

Ar2

L'elaborazione del presente volume è coordinato da Damiano Marinelli. Si può imputare a Damiano Marinelli l'introduzione, il capitolo secondo della parte prima ed i capitoli primo e secondo della parte seconda, mentre si può imputare ad Andrea Barretta il capitolo primo della parte prima.

Damiano Marinelli, Andrea Barretta

**Studio sulle figure giuridiche della
responsabilità**



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5389-8

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

7 *Introduzione*

Parte I

Le classiche figure di responsabilità

13 **Capitolo I**

La responsabilità precontrattuale

1.1. Le origini della responsabilità precontrattuale, 13 – 1.2. La ricezione della teoria di Jhering nei principali ordinamenti giuridici europei, 15 – 1.3. Il dovere precontrattuale di buona fede, 16 – 1.4. L'ambito di applicazione, 23 – 1.5. I soggetti, 25 – 1.6. La natura giuridica, 29.

33 **Capitolo II**

La responsabilità contrattuale e l'illecito aquiliano: l'incertezza del confine

2.1. La teoria degli idealtipi di responsabilità e i suoi problemi, 33 – 2.2. Le ipotesi di confine, 35 – 2.3. Il problema del cumulo di responsabilità, 37 – 2.4. La presunta differenza fra i due idealtipi di responsabilità, 39 – 2.4.1. *L'onere della prova*, 40 – 2.4.2. *La valutazione del danno*, 41 – 2.4.3. *La costituzione in mora e alcuni tipi speciali di responsabilità*, 43 – 2.5. Teoria della relatività degli idealtipi di responsabilità: le promesse unilaterali, la gestione di affari altrui e l'influenza del diritto europeo, 45.

Parte II

Le nuove figure di responsabilità

53 **Capitolo I**

Contatto sociale, obblighi di protezione e obbligazioni senza prestazione

1.1. Gli obblighi di protezione nella dottrina tedesca, 53 – 1.2. Dall'eterno ritorno della teoria degli idealtipi di responsabilità all'autonomia delle

Schutzpflichten, 56 – 1.3. Autonomia delle **Schutzpflichten** e sistema delle fonti dell'obbligazione, 58 – 1.4. Obbligazioni senza prestazione e rapporti contrattuali di fatto: differenze, 61 – 1.5. Atti o fatti idonei a produrre obbligazioni senza prestazione, 62 – 1.5.1. *Gli obblighi di protezione fra legislazione antitrust e legittimità del recesso ad nutum*, 63 – 1.5.2. *Obblighi di protezione e nascita di figlio malformato*, 66 – 1.5.3. *Obblighi di protezione e azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c.*, 74 – 1.5.4. *Obblighi di protezione e legittimità dell'azione amministrativa*, 78 – 1.6. Gli interessi protetti, 80 – 1.7. Gli obblighi di protezione del terzo: verso una nuova ermeneutica dell'art. 1175 c.c., 81 – 1.8. Fenomenologia dell'obbligazione senza prestazione: la responsabilità per violazione dell'affidamento, 85 – 1.9. Il problema della giustiziabilità del contatto sociale, 88 – 1.10. Verso una sintesi generale, 90.

93 **Capitolo II**
Le responsabilità apicali

2.1. Il dilemma della responsabilità apicale prima dalla riforma del 2003, 93 – 2.2. Le ricostruzioni esegetiche dopo la riforma: la tesi della natura contrattuale, 96 – 2.3. Segue: critica degli argomenti in favore della responsabilità contrattuale della capogruppo, 99 – 2.4. Segue: la tesi della natura extracontrattuale, 100 – 2.5. La doppia struttura dell'art. 2497 c.c. come ipotesi di responsabilità “a geometria variabile” e come contatto sociale, 102.

107 *Bibliografia*

Introduzione

In una celeberrima introduzione ad un prestigioso manuale di diritto privato un autorevole studioso, esorbitando dagli aridi confini del diritto, ha affermato con espressione pregevole di *pathos* che il diritto privato “è veramente vario, vivo, umano. Esso è il diritto dell’uomo, anzi: è l’uomo”¹. La locuzione a suo tempo ebbe il pregio di scuotere la dottrina dalle secche e dalle tentazioni del formalismo, individuando in questa branca delle scienze giuridiche un’anima e delle motivazioni che sono del tutto estranee alla durezza della disciplina privatistica, anche quando assumono forme tecniche.

Fu uno degli innumerevoli tentativi volti ad abbandonare quell’ossessione tipica degli studiosi del diritto, che tende a sistematizzare gli istituti giuridici entro predefiniti canoni concettuali che, seppure lucidi e chiari a livello sistematico, tuttavia nulla propongono di originale rispetto alle realtà indubbiamente nuove che la casistica giurisprudenziale offre.

Si potrebbe chiedere, a buon diritto, la ragione per cui era opportuno iniziare uno studio sulle figure giuridiche di responsabilità antiche e nuove in questa prospettiva. In verità, la ragione essenziale è che il diritto scorre come la storia umana e si evolve alla luce di essa. In altre parole, il diritto è in movimento perenne.

È sufficiente un solo dato empirico per giustificare un simile assunto: negli ultimi anni sono sorti — non per effetto degli studiosi, ma dai fatti che quotidianamente incontriamo (quasi a confermare l’antico brocardo *ex facto oritur ius*) — nuove realtà, come ad esempio il “contatto sociale” e le responsabilità apicali, che hanno sconvolto l’originario assetto sistematico della dottrina classica, chiedendo silenziosamente e nella loro fisica consistenza di essere interpretate.

Tuttavia, dinanzi a questi fatti nuovi — che, come accade per il giurista pratico, comportano una totale revisione anche di decisioni

1. Si allude alla *Introduzione* del 18.05.1987 di Francesco Gazzoni (2007) *Manuale di diritto privato*, NAPOLI: Edizioni Scientifiche Italiane, p. XXV.

già prese — gli studiosi hanno invece quasi sempre fatto ricorso a categorie generali che, lungi dall'essere totalmente assenti nel nostro ordinamento, hanno mutato completamente fisionomia, in quanto il diritto è, come si è accennato in precedenza, in movimento. Si pensi al contratto: non vi sono dubbi che il dogma del consenso oggi sia venuto meno, grazie ai contratti di massa; eppure la dottrina parla ancora di “*contratto*”. Ed ancora: poniamo la mente al principio del *neminem laedere*. Attualmente ad esso si suole ricondurre la fattispecie del c.d. “*contatto sociale*”, nonostante questo imponga degli obblighi specifici alla parte del negozio giuridico.

In altre parole, nella dottrina esistono delle colonne d'Ercole che impediscono la navigazione verso le Indie di nuovi istituti giuridici e che, soprattutto, ostacolano il viaggio sul *mare magnum* del sistema delle fonti di obbligazione. Qui la teoria si scontra con la realtà dei dati normativi (primo fra tutti, come si vedrà analiticamente, l'art. 1173 c.c.); ma questo non consente di dire che se la teoria è buona e la realtà non corrisponde alla teoria, allora il destino del reale è del tutto autonomo rispetto alle elucubrazioni teoriche.

In verità concepire qualcosa di simile significa creare una chiusura del sistema in un orizzonte autoreferenziale e asfittico, dove le domande di giustizia restano inascoltate in quanto lontane dalle tavole categoriali che il giurista teorico impone kantianamente alla realtà. Uno dei compiti più ardui di uno studioso serio, infatti, consiste nell'individuare i limiti della propria ricostruzione teorica alla luce della realtà empirica e valutarne le relative conseguenze sulla propria teoria. Però per poter osare in questa direzione è necessario affrontare in termini analitici alcuni principi che, sebbene siano stati proclamati con enfasi in passato, sono caduti in una desuetudine dottrinale.

Il primo di questi, per quel che ci riguarda da vicino, è l'art. 1173 c.c. che tratta delle fonti delle obbligazioni, che non si limitano alle colonne d'Ercole della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ma avallano un'interpretazione del nostro sistema in una logica *aperta* al nuovo. Ed aperta al nuovo significa, soprattutto, attenta alle esigenze concrete di giustizia dei singoli e al superamento di un — purtroppo ricorrente — formalismo giuridico.

Accanto al sistema aperto delle obbligazioni, però, si accosta anche un fatto che ha rilevanza, ad un tempo, giuridica e culturale: si tratta del tramonto di quei due idealtipi classici di responsabilità, che

hanno rappresentato le colonne d'Ercole del diritto privato. Qualcuno potrebbe affermare che le definizioni giuridiche sono fondamentali per poter comprendere la realtà esistente, cioè proprio quei fatti dai quali il diritto nasce.

Si potrebbe, tuttavia, obiettare a questa considerazione in due modi. Anzitutto, poiché il diritto è in movimento il giurista teorico ha il compito di fotografare l'esistente interpretandolo sì con definizioni, ma mai con categorie che mal si conciliano con la realtà, in quanto se alle prime corrisponde un dovere di precisione concettuale, al contrario le seconde indicano una *Weltanschauung* di fondo che può anche mutare con il tempo.

Pertanto — e con ciò si viene alla seconda obiezione — vale il principio enucleato nel Digesto da Giavoleno, secondo il quale *omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset*². Il rischio paventato era quello di un irrigidimento delle tesi dottrinali nel senso di costituire quello che Bacone nel suo *Novum Organum* chiama con espressione calzante *idola theatri*.

L'apertura del sistema, in questo senso, corrisponde in una prospettiva a quel diritto vario, vivo e umano citato all'inizio di questo contributo: solo così, infatti, è possibile giungere ad una navigazione affascinante nel diritto privato. Pertanto coloro che sostengono che tale compito non spetti al giurista teorico, ma solo ai Pratici del diritto, in verità nulla fanno di quell'espressione con cui si è aperta l'*incipit* di questo lavoro, ossia che il diritto privato è l'uomo, riducendolo l'uomo solo alla sua testa e ai suoi concetti, come in una celebre immagine letteraria che parla di accecamento³.

Il contributo che segue, in tal senso, intende offrire con l'umiltà che lo studio del diritto civile richiede alcune chiavi ermeneutiche per reinterpretare, alla luce di categorie tecniche che costituiscono i "*ferri del mestiere*", proprio i modi per proporre interpretazioni alternative a quelle classiche.

2. D. 50.17.202.

3. Si fa qui riferimento allo scritto di Elias Canetti (2001), *Auto da fè*, trad. it., MILANO: Adelphi, pp. 5 ss. che reca nel suo titolo originario il termine *Blendung*, che significa "accecamento".

PARTE I

LE CLASSICHE FIGURE DI RESPONSABILITÀ

La responsabilità precontrattuale

1.1. Le origini della responsabilità precontrattuale

La responsabilità precontrattuale come fenomeno giuridico rilevante è frutto, com'è noto della scoperta giuridica¹ di Rudolf Jhering che volle liberarsi delle strettissime maglie dogmatiche, che volevano una distinzione eccessivamente astratta fra la responsabilità contrattuale e l'illecito aquiliano.

In un suo celeberrimo saggio, infatti, il giurista tedesco si interrogava se e in quali limiti il soggetto che era stato causa della nullità del contratto dovesse risarcire il danno sofferto dall'altra parte per aver confidato nella validità del contratto, esaminando in particolare i classici testi della letteratura romanistica.

Jhering, in particolare, affermava che secondo le regole vigenti nel diritto romano il danneggiato non avrebbe potuto esercitare in alcun modo né l'*actio doli*, in quanto questa riguardava solo la condotta dolosa e postulava l'esistenza di un contratto, né l'*actio legis Aquiliae*, poiché quest'ultima presupponeva una lesione alla persona o alle cose. La questione era tale da evidenziare, in pienezza, i limiti delle ricostruzioni pandettistiche, la cui chiarezza concettuale spesso sfociava in un soffocamento esplicito delle concrete esigenze di giustizia: infatti era contrario a queste esigenze non attribuire un mezzo di tutela a chi avesse subito un pregiudizio da un comportamento altrui colpevole, tenuto in occasione della formazione del contratto.

L'indagine di Jhering, tesa a superare l'*impasse*, si sofferma così sull'analisi di alcuni testi del Digesto che regolamentavano la vendita di un *locus sacer* o *publicus* senza che il venditore comunicasse all'acquirente il carattere *extra commercium* del bene, constatando che, pur

1. Così Francesco Benatti (1990), voce *Responsabilità precontrattuale*. I) *Diritto civile in Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, ROMA, p. 1.

in presenza della nullità della vendita, era accordata al contraente di buona fede l'*actio empti*², finalizzata a fargli conseguire "*quod interfuit ne deciperetur*".

Alla luce di questo fenomeno, lo studioso affermò che la conclusione del contratto non produce semplicemente un obbligo all'adempimento ma, se questo effetto sia escluso per qualche ostacolo giuridico, anche il sorgere di un obbligo al risarcimento del danno: in tal senso, il concetto civilistico di nullità designa, sia nel linguaggio romano che in quello moderno, solo l'assenza di quell'effetto e non in generale di ogni effetto³. La vendita di una *res extra commercium*, dunque, esclude la possibilità dell'adempimento, ma non l'obbligo del risarcimento che si ricollega al contratto.

La responsabilità precontrattuale, peraltro, com'è noto si fonda sulla *culpa in contrahendo*, in quanto è ritenuto dalla legge tale il venditore che non comunica il carattere *extra commercium* del bene. La colpa (*Verschuldung*) ricorre anche nell'ipotesi in cui l'alienante non è a conoscenza che il bene venduto sia fuori commercio, poiché chi si accinge a stipulare un contratto è tenuto ad accertare preventivamente l'esistenza di tutti i requisiti richiesti per la sua validità.

Dal caso particolare tipico del diritto romano Jhering inferì così una regola generale: egli affermò, infatti, che se il dovere di risarcimento gravante sul venditore di una *res extra commercium* si basa su una colpa commessa prima della conclusione del contratto, ogni qualvolta ricorra una *culpa in contrahendo* sorgerà quel dovere.

Lo spostamento dell'asse dalla dicotomia fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale alla responsabilità precontrattuale non era un aspetto irrilevante nella moderna teoria dei contratti: infatti, l'intuizione di Jhering consentiva di approntare un'adeguata tutela dei contraenti nella fase delle trattative, nell'ambito delle quali le parti dovevano mantenere un comportamento corretto e leale. Solo dal rispetto di queste regole precontrattuali, in altre parole, si sarebbe potuto garantire il mantenimento di una simmetria anche nella successiva fase negoziale.

2. Alberto Burdese (2000), *Manuale di diritto privato romano*, TORINO: Utet, pp. 461 ss.

3. Rudolf Jhering (1881), *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträge in Gesammelte Aufsätze*, vol. I, Jena, pp. 327 ss.

1.2. La ricezione della teoria di Jhering nei principali ordinamenti giuridici europei

La felice scoperta giuridica di Jhering trovò effettiva risonanza anche nei moderni ordinamenti, ma solo in quello italiano, come vedremo, la sua portata sarà più profondamente radicata. Posto che è opinione comune dei vari sistemi giuridici comparati l'accoglimento del principio per cui deve essere represso il comportamento di chi mantiene una condotta scorretta nella fase antecedente alla conclusione del contratto, tuttavia le declinazioni di questa regola sono diverse.

In Germania, Svizzera e Francia, ad esempio, il legislatore si è limitato a disciplinare solo alcune ipotesi di *culpa in contrahendo*, benché il principio di Jhering costituisca patrimonio condiviso in dottrina e in giurisprudenza. Questa discrasia fra i due piani ha creato notevoli difficoltà per l'esegesi d'oltralpe, al punto tale che spesso si è passati dall'orizzonte della disciplina del fenomeno a quello della risoluzione del problema relativo alla natura della responsabilità precontrattuale⁴.

A livello normativo, tuttavia, esistono delle differenze tra gli ordinamenti francofono ed elvetico, da un lato, e quello tedesco, dall'altro. In Francia e in Svizzera, in presenza dell'ampia formula dell'art. 1382 del *Code Napoleon* e dell'art. 41 del codice delle obbligazioni, che sanziona con l'obbligo del risarcimento qualsiasi fatto dell'uomo qualificato dalla colpa, si è potuta configurare la colpa precontrattuale come figura di illecito civile. Al contrario, in Germania la rigida tipicità degli illeciti prevista dal §823 *BGB* non consente di ricomprendervi la *culpa in contrahendo*, sicché si è costruita la relazione instaurata fra i soggetti nelle trattative come rapporto di fiducia a carattere quasi contrattuale, tradendo del tutto le intenzioni di Jhering nel superamento della dicotomia classica fra responsabilità contrattuale e illecito aquiliano.

L'ordinamento italiano, come accennato, nello studio della *culpa in contrahendo* sembra trovarsi, a prima vista, in una posizione privilegiata, in quanto l'art. 1337 c.c. ha risolto a livello testuale due problemi ancora dibattuti negli ordinamenti dove manca una disposizione analoga. La norma, infatti, da un lato, ha reso certa la regola della responsabilità per scorrettezze nelle trattative e, dall'altro, ha superato la vecchia disputa se si abbia *culpa in contrahendo* solo nell'ipotesi di

4. Paul Piotet (1981), *La culpa in contrahendo aujourd'hui* in *SJZ*, pp. 225 ss.

negozio invalido oppure anche quando si è concluso un contratto valido o non si è ancora raggiunto alcun accordo.

L'interpretazione più restrittiva, che trovò consolidamento non nell'autorità dell'ideatore della teoria della *culpa in contrahendo*, ma anche in un passo della Relazione al codice civile (n. 612), definito da alcuna dottrina, "poco felice"⁵, era già stata abbandonata dagli autori coevi a Jhering e non può più essere sostenuta in presenza dell'art. 1337 c.c., che impone alle parti il dovere di comportarsi secondo buona fede indipendentemente dell'esito delle trattative. Si argomenta, infatti, a buon diritto, che non si riuscirebbe a comprendere per quale motivo, una volta stabilito che i contraenti devono osservare nelle trattative una condotta improntata a correttezza, il comportamento sleale e disonesto dovrebbe consistere solo nella formazione di un negozio nullo o annullabile⁶.

A conferma di questa tesi si citano come norme relative gli artt. 1440, 1812 e 1821 del codice civile, che prevedono tutti una responsabilità precontrattuale sia pure in presenza di un contratto valido. Tuttavia, anche se si prescinde dalle accennate questioni risolte dalla lettera della legge, l'interpretazione dell'art. 1337 c.c. è tuttora al centro di un vivace dibattito soprattutto sotto il profilo del contenuto.

1.3. Il dovere precontrattuale di buona fede

Relativamente al contenuto del dovere precontrattuale di buona fede, la dottrina che più attentamente ha studiato il fenomeno ha affermato che la natura di clausola generale dell'art. 1337 c.c. necessita, per la sua intrinseca struttura, una concretizzazione, nel senso che richiede una specificazione dei comportamenti che le parti sono tenuti ad osservare per rispettarne il precetto⁷.

In primo luogo, il concetto di buona fede in senso oggettivo, che rileva agli effetti dell'art. 1337 c.c., esprime una regola di condotta se-

5. Francesco Benatti (1990), *op. cit.*, p. 2.

6. Francesco Benatti (1963), *La responsabilità precontrattuale*, MILANO: Giuffrè, pp. 13 ss. Cfr. anche Francesco Gazzoni (2007), *Manuale di diritto privato*, NAPOLI: Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 873-874; Cesare Massimo Bianca (2000), *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, MILANO: Giuffrè, p. 157.

7. Francesco Benatti (1990), *op. cit.*, p. 2.

condo lealtà e correttezza in una duplice accezione: negativa, ossia come dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell'interesse altrui; e positiva, come dovere di collaborazione al fine di promuovere o soddisfare le reciproche aspettative. Non è, dunque, condivisibile la tesi minoritaria in dottrina secondo cui la buona fede *ex art. 1337 c.c.* impone soltanto obblighi negativi di astensione da comportamenti sleali⁸, in quanto tale ricostruzione tende a confondere la nozione di *interesse negativo*, il cui studio si approfondirà in seguito, con quella di *comportamento negativo*, che si concreta appunto nel dovere di astensione.

Se questa interpretazione è aderente al dettato dell'art. 1337 c.c., ciò significa che non è possibile nemmeno individuare nella norma in esame un insieme indistinto di regole non scritte tipiche del vivere sociale, poste da doveri morali di solidarietà contrattuale⁹. In altre parole, il principio solidaristico, definito all'art. 2 Cost., non vanifica ma al contrario rende ancor più *forte* il carattere vincolante del rapporto giuridico, in quanto funge da criterio ermeneutico integrativo che si aggiunge alla civilistica interpretazione del contratto secondo buona fede, come si evince dall'art. 1366 c.c.¹⁰. Insomma, se le clausole generali in linea di principio hanno la funzione di rendere più elastico lo *ius strictum*, tuttavia esse non debbono rappresentare un pretesto per lasciar evaporare i contenuti precisi della norma, come definiti dal legislatore¹¹.

Se l'ambito di applicazione dell'art. 1337 c.c. riguarda, dunque, tutte le ipotesi in cui, in conseguenza del comportamento sleale di una

8. La tesi in esame è sostenuta da Emilio Betti (1953), *Teoria generale delle obbligazioni*, MILANO: Giuffrè, pp. 81-82.

9. Così, invece, intende Giorgio Berti (1988), *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, MILANO: Giuffrè, pp. 47 ss., il quale ricade in un errore comune a taluna dottrina civilistica che, incontrandosi con i principi e i valori costituzionali, tende a rendere sfumato ed indeterminato il dato normativo chiaramente identificato dal legislatore. Cfr., sul punto, anche Adolfo Di Majo (1984), *Clausole generali e diritto delle obbligazioni in Riv. critica dir. priv.*, p. 560, che considera le clausole generale come delle "espansioni dei principi costituzionali".

10. Cfr., in questa prospettiva, Stefano Rodotà (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, MILANO: Giuffrè, p. 115.

11. Sul carattere elastico delle clausole generali rispetto alle norme di diritto positivo, cfr. Ugo Natoli (1993), *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza in Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, MILANO: Giuffrè, p. 682.

delle parti nella fase precontrattuale, non si addivenga alla stipulazione di un contratto ovvero si concluda un contratto invalido o inefficace, nonché i casi in cui sia stato concluso un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole, allora sarà possibile identificare alcuni precisi obblighi gravanti sulle parti nella fase anteriore alla conclusione del contratto.

Il primo dovere che discende dalla formulazione dell'art. 1337 c.c. consiste nel non recedere dalle trattative senza giusta causa: questa regola, enucleata da una giurisprudenza abbastanza risalente ma del tutto attuale¹², trova le proprie radici già nella stessa norma esaminanda. Benché la stessa dottrina che ne individua l'attualità ne indica come limite costitutivo anche la vaghezza¹³, tuttavia sotto altro aspetto essa evidenzia il carattere paradossale dell'art. 1337 c.c. come clausola generale.

Da un lato, infatti, è difficile stabilire in quale momento sorga un affidamento nella stipulazione del contratto che merita tutela; dall'altro, non è precisato il criterio da adottare al fine di accertare quando un motivo di recesso è giusto, essendo il giudizio sull'opportunità dell'affare fondato per lo più su elementi squisitamente soggettivi e, pertanto, rimessi all'esclusivo apprezzamento di chi tratta¹⁴.

Dalla visuale dottrinale questo primo dovere di non recedere dalle trattative genera comunque delle spaccature significative a livello interpretativo. Un primo orientamento, infatti, di stampo ideologico più liberale afferma che va comunque rispettata la libertà di iniziativa dei soggetti, restringendo così l'ambito di applicazione del dovere in esame solo ai casi in cui le trattative inizino o continuino in mala fede, ossia quando sono accompagnate dalla convinzione di una parte che non arriverà mai a stipulare il contratto. Un secondo indirizzo, viceversa, propende nell'estendere la sanzione derivante dalla *culpa in*

12. In questo senso, non si può non condividere il plauso espresso da Rodolfo Sacco (1975), *Il contratto in Tratt. Vassalli*, VI, 2, TORINO: Utet, p. 663, secondo il quale "questa massima è ormai penetrata anche nell'area delle definizioni dottrinali. Ha un tale fascino che si trova estratta anche dalle sentenze che in realtà annunciano principi del tutto diversi". E, in effetti, l'attualità di questo dovere non può non essere evidenziata soprattutto nell'orizzonte di quei contratti squilibrati, come quelli contenuti nel Codice del Consumo. Sul punto, cfr. Damiano Marinelli et al. (2008), *Contratti d'impresa. Guida all'elaborazione, alla verifica e al controllo*, MILANO: Cesi.

13. Rodolfo Sacco (1975), *op. cit.*, p. 663.

14. Francesco Benatti (1990), *op. cit.*, pp. 2-3.

contrahendo non solo alle ipotesi sopra descritte, in quanto ciò finirebbe per privilegiare quanti sul mercato operano in modo sleale e poco razionale con notevole pregiudizio per gli operatori responsabili¹⁵, ma anche ai casi in cui si manifestino contegni poco corretti e sleali¹⁶.

In effetti, quest'ultima impostazione è meglio aderente anche con i principi classici individuati da Jhering, il quale aveva come obiettivo finale della formulazione della propria teoria una moralizzazione dei rapporti giuridici. Ciò non toglie che apparentemente i limiti pratici di questo indirizzo ermeneutico sono notevoli: infatti, come si è detto in precedenza, resta arduo definire sia il momento in cui le trattative abbiano raggiunto una conclusione qualificata, tale da far insorgere un legittimo affidamento nella stipulazione del contratto, sia l'identificazione del momento in cui il recesso possa dirsi giustificato.

Tuttavia il limite pratico dell'art. 1337 c.c., in verità, è un limite tipico di tutte le clausole generali, in quanto l'applicazione di essa non è se non applicazione della legge, ossia diritto giurisprudenziale¹⁷: in tal senso, non può essere definita manchevole una ricostruzione teorica se non soddisfa alcuni requisiti non già strutturali, ma accidentali, la cui definizione spetta non al giurista che tratteggia i profili teorici di una fattispecie, ma al giurista che applica la legge.

Parimenti è necessario, proprio per le ragioni sopra enucleate, delineare i precisi confini della nozione di legittimo affidamento, inscrivendo in questa fattispecie tutte quelle ipotesi in cui si registri un'aspettativa che l'altra parte si comporti conformemente ai principi generali di correttezza e buona fede oggettiva¹⁸. In verità è a questo principio formalistico che tende l'art. 1337 c.c., lungi dall'individuazione di una opinabile e incerta prospettiva in cui sia il soggetto che tratta l'affare a crearsi un'aspettativa ingenerata dall'altrui comportamento.

Un altro dovere che sorge dall'interpretazione della clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. si sostanzia nel non revocare la proposta scorrettamente prima della conclusione del contratto. Il principio in questione, peraltro, apparentemente collide con la norma civilistica

15. Mario Bessone (1972), *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 974.

16. Francesco Benatti (1990), *op. cit.*, p. 3.

17. Francesco Galgano (1999), *Diritto civile e commerciale*, II, PADOVA: Cedam, p. 549.

18. Fabio Merusi (2001), *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'alternanza*, MILANO: Giuffrè, pp. 127-128.

dell'art. 1328, comma primo c.c., alla luce della quale la proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso.

Per poter comprendere quest'aspetto specifico della *culpa in contrahendo* è opportuno effettuare una comparazione fra la norma in esame e l'art. 5, comma secondo della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1964, ratificata con legge 21 giugno 1971, n. 816, relativa alla legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di cose mobili materiali, che contempla il caso di revoca in mala fede e contro la lealtà che deve presidiare ai rapporti tra commercianti. Infatti, nel caso della norma internazionale il contenuto sanzionatorio consiste esclusivamente nell'illegittimità della revoca, in ciò differenziandosi dal nostro sistema per cui la revoca della proposta fatta contro il precetto dell'art. 1337 c.c. dà luogo soltanto al risarcimento del danno¹⁹.

Peraltro, sostiene che l'illegittimità della revoca avvenuta in modo scorretto si verifica alla luce dell'art. 1328, comma primo seconda parte del codice civile, laddove il legislatore prevede che nel caso di revoca sorge un obbligo di indennizzo a carico del prominente, qualora la controparte abbia intrapreso l'esecuzione del contratto in buona fede prima di avere notizia della revoca.

Osserva, però, giustamente la dottrina più attenta che l'ipotesi di cui all'art. 1328, comma primo sopra citata non è in alcun modo paragonabile a quella prevista dalla Convenzione dell'Aja, in quanto presupposto giuridico della prima norma è rappresentato dalla responsabilità dell'offerente senza che preesista un obbligo violato, anche perché questi è tenuto ad *indennizzare* la controparte e non già a risarcirla²⁰.

Un terzo dovere derivante dalla responsabilità precontrattuale, così come finora rappresentata, consiste nella comunicazione delle cause di invalidità del contratto ai sensi dell'art. 1338 c.c. La norma in questione, infatti, dispone che la parte che conosce o deve conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto è tenuta a darne notizia all'altra parte: posto che, al fine di sottrarsi alla sanzione risarcitoria per *culpa in contrahendo*, non è sufficiente la mera comunicazione alla controparte di ciò che sapeva in ordine alle cause di invalidità del contratto, ma occorre anche che abbia rappresentato all'altro contraente i rischi di un'eventuale negoziazione sotto il profilo dell'invalidità.

19. Francesco Benatti (1990), *op. cit.*, p. 3.

20. *Ibidem*.