

GIOVANNI VARANESE*

Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la culpa in contrahendo **

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La *culpa in contrahendo*. – 3. Gabriele Faggella e il recesso ingiustificato dalle trattative. – 4. Leonardo Coviello e la *culpa in contrahendo*.

1. *Introduzione*

Grazie alla Pandettistica, la scienza giuridica tedesca assume un'importanza decisiva in Italia e «l'influenza esercitata dal paradigma pandettistico aveva carattere trasversale: non si può far a meno di notare come anche la maggior parte dei pionieri delle altre discipline giuridiche stesse allora rinvenendo negli studi storico-giuridici una funzione generale di propeudeutica formazione metodologica. Pertanto, nella maggior parte dei casi, il loro *curriculum* non mancava di un periodo di perfezionamento degli studi giuridici in Germania»¹.

Il civilista italiano recepisce gli schemi categoriali atti a costruire quel sistema del diritto civile italiano che risultava difficile edificare sulla base del Codice civile del 1865, ma al quale si rivelavano acconci i concetti astratti che la Pandettistica ricavava a partire dal diritto romano². La genuina deferenza verso il Codice del 1865 – il nostro «monumento legislativo» – ben si coniugava con le nuove teorie di origine germanica.

I migliori giuristi italiani attingono a piene mani dal modello tedesco con tutta la loro genialità. Vittorio Scialoja traduce il fondamentale Sistema del diritto romano attuale di Savi-

* Professore associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento giuridico dell'Università degli Studi del Molise.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento*, Torino, 2016, p. 81.

² P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, p. 43.

gny, mentre Giovanni Pacchioni ne traduce Le obbligazioni. Filippo Serafini traduce il Trattato delle Pandette (*Lehrbuch des Pandektenrechts*) di Karl Ludwig Arndts con «note, appendici e confronti». Filippo Serafini, Pietro Cogliolo e poi Carlo Fadda, dirigono la traduzione del Commentario alle Pandette di Christian Friedrich Glück (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*), arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia. Gian Pietro Chironi, Francesco Bernardino Cicala, Vittorio Scialoja traducono le *Pandekten* di Heinrich Dernburg. Paolo Emilio Bensa e Carlo Fadda traducono il manuale più famoso della pandettistica, il *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Bernhard Windscheid.

Gli esponenti della Pandettistica vengono visti come «romanisti portatori di un sapere giuridico assolutamente congeniale al maturo capitalismo tedesco con i propri schemi astratti di ascendenza giusnaturalistica che si prestavano mirabilmente a rivestire le istanze dell'individualismo borghese»³.

Compito del giurista era di elaborare concetti esatti e scientificamente corretti e qui vi era il maggior fascino della Pandettistica. Tra i molteplici concetti elaborati dalla scienza giuridica, tre sembrano essere quelli fondamentali: il diritto soggettivo, il rapporto giuridico e, soprattutto, il negozio giuridico. La recezione di questi concetti ha mutato per sempre l'evoluzione della civilistica italiana

Per quanto riguarda il negozio giuridico, nella società italiana liberale post-unitaria l'ordine dei valori era tutto sommato omogeneo. Nel codice del 1865, in coerenza con l'originale francese, il diritto privato patrimoniale ruota attorno agli istituti cardine della proprietà e del contratto. L'autonomia contrattuale è assolutamente funzionale all'ideologia del *laissez faire* per liberare da ogni vincolo l'attività economica dei privati. Sotto questo punto di vista il discorso sull'autonomia privata introduce più una novità di metodo che di valori. Non bisogna ovviamente lasciarsi influenzare dalla mancata recezione nel codice civile del 1942. Non solo il nuovo codice non conterrà una disciplina del negozio giuridico, ma manca persino qualsiasi riferimento⁴.

Non ha senso in questa sede affrontare le ragioni alla base di quella scelta. Certamente

³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, cit., p. 41.

⁴ La letteratura è sterminata. V. ad es., F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, 2^a ed., Milano, 2002.

tra i redattori non mancano alcuni dei civilisti che hanno dato il contributo maggiore alla teoria negoziale all'epoca della redazione del codice (Emilio Betti, Giuseppe Messina, Filippo Vassalli)⁵. Inoltre ha sempre avuto grande peso l'idea che il nostro codice non disciplina «il» negozio giuridico ma «quel negozio giuridico centro della vita degli affari che si chiama contratto»⁶.

Certamente l'autonomia privata nel codice del 1942 non è più «un docile strumento» della volontà dei privati e siamo lontanissimi dal «concetto individualistico di signoria della volontà»⁷. Non c'è dubbio che il quadro di valori cambierà di lì a poco e l'eventuale impostazione dirigistica del regime fascista verrà spazzata via dalla Costituzione del 1948, con la tutela del principio di autodeterminazione (art. 2 Cost.), della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e della proprietà privata (art. 42 Cost.). Non una espressa previsione sull'autonomia privata ma piuttosto una tutela ricavabile dai principi che emergono da una lettura sistematica della Costituzione⁸.

2. La culpa in contrahendo

Nella redazione del codice civile vigente il legislatore italiano ha trattato espressamente negli artt. 1337 e 1338 c.c. la responsabilità precontrattuale, assente dal codice del 1865, e la relazione al Re dedica a questo istituto alcuni passaggi, ispirati all'idea che gli obblighi di correttezza e buona fede pervadano la fase delle trattative del contratto⁹.

⁵ Cfr. V. SCALISI *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 535 ss.

⁶ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV*, n. 604.

⁷ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV*, n. 603.

⁸ L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 1 ss.; in seguito ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., per il quale la mancanza di un'apposita previsione sull'autonomia contrattuale deriverebbe dalla volontà di non porre eccessivi limiti all'intervento pubblico nell'economia.

⁹ *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV*, n. 612: «È dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c. d. per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 del c.c. come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva. Esso, riferito alla fase precontrattuale, sbocca in una responsabilità in contrahendo quando una parte conosca e non rivela all'altra l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (art. 1338 del c.c. n. 638). Formalità speciali sono state poi previste per la conclusione dei contratti su moduli e formulari predisposti da una sola parte o dei contratti con rinvio a condizioni generali (art. 1341 del c.c. e art. 1342 del

Sembrava essere avvenuta la codificazione della *culpa in contrahendo*, anche se in Italia era già stata riconosciuta dai formanti dottrinale e giurisprudenziale¹⁰. Certamente è restato sostanzialmente irrisolto come questa si inserisca nella tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che il codice civile nelle rubriche degli artt. 1218 e 2043 c.c. descrive come responsabilità del debitore per inadempimento e responsabilità per fatto illecito, perché nella «scarsa normativa» dettata dagli artt. 1337 e 1338 c.c. «non è possibile desumere una disciplina completa ed esauriente dei comportamenti illeciti che si possono svolgere nel corso di trattative contrattuali. Sicché per i problemi irrisolti da queste specifiche disposizioni occorre riferirsi alla disciplina prevista per l'uno o per l'altro settore contrattuale ed extracontrattuale e per questo dottrina e giurisprudenza civilistiche affrontano da tempi risalenti la questione della natura della responsabilità precontrattuale»¹¹.

Non è questa la sede per entrare in uno dei dibattiti più travagliati nella civilistica italiana. Certo, se si rimane fedeli all'insegnamento Rudolf von Jhering, l'artefice della scoperta giuridica della *culpa in contrahendo*, allora anche per la dottrina italiana risulta logico sostenere

c.c.). Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, alle quali non potrebbero attendere se non agenti e produttori privi di legittimazione a contrarre, l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione dal contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che importerebbe intralci spesso insuperabili. Ma la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla merce dell'imprenditore. La giurisprudenza ha reagito come ha potuto contro detti abusi, allargando talora il concetto di illiceità e altre volte affermando la mancanza di consenso su alcuni patti onerosi, per il riflesso che questi dovettero sfuggire all'attenzione dell'aderente essendo stampati in caratteri microscopici. Gli articoli art. 1341 del c.c. e art. 1342 del c.c. vogliono ovviare ad ogni abuso, anzitutto dando efficienza giuridica solo alle condizioni generali che al momento della conclusione del contratto il cliente aveva conosciuto o avrebbe dovuto conoscere (art. 1341 del c.c., primo comma), in secondo luogo dichiarando nulle le clausole di particolare gravità, se sulle stesse non sia stata specificatamente richiamata la sua attenzione (art. 1341 del c.c., secondo comma, e art. 1342 del c.c., secondo comma). Delle clausole dei moduli o formulari che devono essere specificatamente approvate per iscritto l'art. 1341 del c.c. secondo comma, fa un'elencazione suscettibile bensì di interpretazione estensiva ma non di estensione analogica; l'aderente deve specificatamente approvarle per iscritto, non soltanto quando trovano sede in formulari, ma anche quando sono collocate in capitoli generali cui il contratto si richiama. È ovvio che, per quanto muovano dagli inconvenienti verificatisi nel campo dei contratti di impresa, le norme citate si devono osservare anche all'infuori di detta sfera, tutte le volte in cui una delle parti usa formulari predisposti, anche se non si tratti di un imprenditore, e qualunque sia il tipo di contratto concluso».

¹⁰ L. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence*, Milano, 2009, p. 9 ss.

¹¹ G. VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 335 s.

la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale¹², come responsabilità fondata sulla violazione di un rapporto¹³. D'altro canto, gli orientamenti a favore del carattere extracontrattuale di tale responsabilità affondano le loro radici nell'idea che il codice del 1942 abbia cristallizzato a livello legislativo le elaborazioni della dottrina fiorite sulla base dell'art. 1151 c.c. previg., corrispondente all'attuale art. 2043 c.c.¹⁴ e che, in ultima analisi, discendevano dalla norma onnicomprensiva dell'art. 1382 del *Code Napoléon*¹⁵. Se il punto di partenza non è tanto l'art. 1337 in sé, ma la sua relazione con il sistema codicistico della responsabilità aquiliana, allora se ne può dedurre che si tratti di colpa extracontrattuale¹⁶.

Se la dottrina non è rimasta insensibile alle tendenze contrattuali germanofile¹⁷, il più delle volte la giurisprudenza ha visto nella *culpa in contrahendo* «una forma di responsabilità extracontrattuale che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto»¹⁸.

Qui non si vuole certo entrare in un tema così profondo e travagliato, ma piuttosto ricordare un contributo di chi ha guardato al modello tedesco come fonte di ispirazione per lo sviluppo del nostro sistema giuridico.

Nel suo saggio del 1861 «Della *culpa in contrahendo* ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione»¹⁹ Rudolf von Jhering si è interrogato sul rilievo giuridico del comportamento colposo tenuto dalle parti nel corso delle trattative contrattuali.

Prendendo le mosse dal diritto romano Jhering si propose il fine «delineare un'azione

¹² V., ad es., L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 325 ss.

¹³ C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 1 ss.

¹⁴ A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 637.

¹⁵ Cfr. la sintesi efficace di P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 243 ss.

¹⁶ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, t. II, Torino, 3^a ed., 2004, p. 260, «se l'art. 1337 non esistesse, la slealtà non verrebbe forse repressa ex art. 2043? E qual è allora il compito dell'art. 1337? Forse esso vuol creare una obbligazione, con lo scopo di dar vita ad un doppio caso dell'art. 2043, e mettere in piedi un nuovo caso di cumulo di responsabilità contrattuale e delittuale? O invece l'art. 1337 interpreta l'art. 2043, per rendere incontestabile che il danno arrecato con la slealtà precontrattuale è "ingiusto"? A nostro giudizio, la risposta da dare al primo e all'ultimo di questi quesiti è positiva».

¹⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 534 ss.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, I, c. 806 ss.

¹⁹ *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4, 1861, pp. 1-112, trad. di F. Procchi, Napoli, 2005.

risarcitoria generale, di natura sostanzialmente contrattuale, capace di garantire un adeguato ristoro patrimoniale per i danni subiti da chi fosse stato inutilmente coinvolto nelle trattative di un contratto invalido o, comunque, non perfezionatosi»²⁰.

In base al diritto dell'epoca le parti potevano risultare prive di protezione nei confronti di comportamenti scorretti tenuti dalla propria controparte sia quando il contratto, dopo le negoziazioni, non si fosse perfezionato, sia quando, pur perfezionatosi, fosse da dichiarare nullo. Ciò in quanto in entrambe le ipotesi non si era perfezionato alcun valido contratto tra le parti. Il giurista tedesco riteneva, quindi, la parte in errore responsabile del danno subito dalla propria controparte che avesse riposto affidamento nella validità del contratto. L'autore, inoltre, prese posizione sulla tipologia di danni risarcibili in siffatte situazioni, affermando che la legge avrebbe dovuto ricondurre la parte danneggiata nella posizione in cui si trovava prima del verificarsi dell'evento dannoso, tramite il risarcimento di quelli che definiremmo «interessi negativi».

Jhering giunse alla conclusione che «se sia stato formato un contratto invalido, e se una delle parti avrebbe dovuto esserne a conoscenza, o se essa avrebbe potuto prevenire l'invalidità del contratto, la controparte ha il diritto di chiedere un risarcimento per il danno a lui causato dalla mancata formazione del contratto, fino all'ammontare dell'interesse negativo»²¹.

La parte che si accinge a stipulare un contratto deve accertarsi che esistano di fatto le condizioni necessarie per la corretta formazione dello stesso o deve crearle qualora dipenda da lui. In questo contesto, Jhering preferiva parlare di *culpa in contrahendo* (o colpa nella formazione di un contratto). Si determinava la cosiddetta «responsabilità per negligenza» quando, invece, la nullità del contratto fosse derivata, da impossibilità giuridica dell'oggetto dell'obbligazione (ad es., la vendita di un uomo libero o di una *res extra commercium*), o da impossibilità fisica dell'oggetto dell'obbligazione (per esempio la vendita di un'eredità o cessione di un credito inesistente).

Alla base della riflessione di Jhering c'è l'idea che non si potesse fare a meno di ricorrere all'azione risarcitoria e che questa dovesse avere un fondamento teorico che prescindesse

²⁰ F. PROCCHI, *Rudolph von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *TDSP*, 2010, p. 14.

²¹ A.M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolph Von Jhering sulla culpa in contrahendo*, in *Ius Antiquum*, 2007, p. 154 ss.

dalla responsabilità aquiliana. Riteneva che non si potesse creare un'azione di natura extra-contrattuale, né applicare estensivamente l'*actio legis Aquiliae* fino al punto di elevarla al rango di clausola generale. L'elemento comune delle ipotesi problematiche dalle quali era partito Jhering era un comportamento colposo avvenuto nella formazione del contratto. In particolare, uno dei contraenti ha subito un danno dall'esecuzione di un contratto che sembrava essere stato regolarmente perfezionato. Da qui il nome di «culpa in contrahendo» per la nuova figura giuridica²².

Rudolph von Jhering si è rivelato un vero e proprio precursore e a tutt'oggi la sua teoria è imprescindibile per ogni riflessione sulla responsabilità precontrattuale. Il contenuto innovativo è evidente e rifugge dalla consueta distinzione del pensiero di Jhering in due periodi, che stanno tra loro in opposizione. Dapprima precorritore della Giurisprudenza dei concetti e poi antesignano della Giurisprudenza degli interessi. Se nella prima fase prevale l'aspetto sistematico e Jhering vuole indagare la struttura interna del diritto per cogliere le leggi della sua produttività, invece nella seconda fase è prevalente l'aspetto teleologico e funzionale. L'analisi teleologica deve precedere quella logica²³. Il secondo Jhering mostra i limiti del costruttivismo giuridico. Non condivide il pensiero di von Savigny e ritiene che tutti i sistemi esterni si riducano all'applicazione della logica tradizionale alle proposizioni scientifiche²⁴.

Gli eccessi della dogmatica della Pandettistica non mancarono di essere colti con i toni leggeri della satira. È il suo divertente sogno: «sognò di morire e di vagare verso il paradiso dei pandettisti. Là si potevano incontrare, in assoluta purezza, i concetti del diritto. [...] Là si trovava pure una macchina idraulica per l'interpretazione dialettica, uno strumento in grado di produrre un numero infinito di significati possibili a partire da un testo qualunque, ed un apparato per dividere un capello in 999,999 parti uguali. I dogmatici più esperti erano in grado di usare questo strumento per dividere a sua volta ogni parte del capello in altre 999,999 parti identiche. Le smisurate opportunità di questo paradiso erano a disposizione di ogni dogmatico purché egli avesse bevuto l'acqua del Lete, che conduce a dimenticarsi del mondo

²² F. PROCCHI, 'Licet emptio non teneat'. *Alle origini delle moderne teorie sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Napoli, 2012, p. 192.

²³ F. VIOLA, R. von Jhering e la conoscenza del diritto, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, p. 28 ss.

²⁴ M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, I, p. 230.

concreto degli affari degli uomini. Von Jhering notò però che le anime dei più grandi dogmatici erano dispensate da tale bevuta: non avevano nulla da dimenticare!»²⁵.

Senza voler entrare nelle dinamiche di pensiero di un autore così importante nel diritto moderno, non c'è dubbio che la *culpa in contrabendo* può ben essere definita come una grande «scoperta giuridica»²⁶.

Invece va rilevato che i compilatori del BGB non vollero recepire la sua teoria e, a parte alcune ipotesi specifiche, mancava nel codice civile tedesco un principio generale in materia di responsabilità precontrattuale. Tuttavia già pochi anni dopo l'entrata in vigore del BGB, i deficit contenutistici del diritto tedesco in materia di responsabilità civile hanno dato impulso alla *Rechtsfortbildung* delle corti, che hanno plasmato la *culpa in contrabendo* come un «istituto non scritto»²⁷. Si è imposta l'idea di un rapporto obbligatorio «legale», che sorge già con l'avvio delle trattative e obbliga le parti a comportarsi in modo diligente²⁸. Prima della riforma del diritto delle obbligazioni entrata in vigore nel 2002 si riteneva che nascessero obblighi di protezione dalla clausola generale di buona fede *ex* § 242 BGB; oggi il § 241, comma 2, BGB rappresenta la base legale espressa, mentre il § 311, comma 2 BGB, specifica che questi nascono già con l'avvio delle trattative²⁹.

Con la *Schuldrechtsmodernisierung* l'istituto della *culpa in contrabendo* è entrato a far parte del nuovo BGB. Il legislatore ha recepito la giurisprudenza consolidata e ha fatto ampio riferimento a fattispecie a contenuto ampio e indeterminato, anche per consentire all'interprete di adattare il diritto applicato alle esigenze dei mutamenti della realtà sociale. Nel secondo comma del nuovo § 311 BGB ritroviamo dettate con ampia formulazione le tre diverse fattispecie di *culpa in contrabendo* che possono far nascere un rapporto obbligatorio (senza prestazione, ai sensi del § 241, comma 2, BGB). Se il n. 1 fa riferimento alle trattative contrattuali, è significativo che al n. 2 si tenga conto del fatto che con l'avvio del contatto tra le parti l'una concede all'altra la possibilità di incidere sui propri diritti, beni giuridici o interessi, o li affida a lei, ma si specifica che la eventuale relazione deve avere carattere «negoziale»; parimenti nel

²⁵ G. B. PORTALE, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, Torino, 2011, p. 104.

²⁶ Espressione di Hans Dölle pronunciata nel 1958 al quarantaduesimo *Deutsche Juristentag* e poi divenuta proverbiale. Hans DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. DJT*, II, Tübingen, 1959, B, p. I ss.

²⁷ C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003, p. 26.

²⁸ V. EMMERICH, § 311 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2019, Rn. 35.

²⁹ D. MEDICUS e S. LORENZ, *Schuldrecht*, I, 18ª ed., München, 2008, Rn. 5.

contenuto amplissimo del n. 3 un'obbligazione può sorgere da «contatti simili a quelli negoziali»³⁰.

3. Gabriele Faggella e il recesso ingiustificato dalle trattative

Jhering ha «scoperto» la *culpa in contrahendo*, ma non aveva ancora proposto una responsabilità in caso di rottura ingiustificata delle trattative ad opera di una delle parti. Nel suo contributo, Jhering ha, infatti, sì riconosciuto che, durante le trattative, non è da escludere la configurabilità di una responsabilità per *culpa in contrahendo*, ma non ha, mai associato questa sua geniale intuizione al problema della rottura ingiustificata delle negoziazioni. Ha concepito la sua idea di responsabilità precontrattuale principalmente in relazione alla tutela della parte che ha stipulato in buona fede un contratto invalido. Nonostante ciò non leva un'uncia all'assoluta importanza della teoria Jhering, che ha fatto emergere la rilevanza su una tematica nevralgica nel diritto delle obbligazioni.

Ciò invece impregiosisce l'importanza della questione relativa alla rottura ingiustificata delle trattative, che fu indagata dal magistrato Gabriele Faggella (1856-1939)³¹. Durante gli studi universitari a Napoli, Faggella entrò a contatto con gli insegnamenti della Scuola delle Pandette tedesca, da cui assorbì la metodologia.

Si laureò in giurisprudenza nel 1879 e dopo aver superato brillantemente gli esami da pretore nel 1889, fu giudice presso il tribunale di Roma (1892), dove esercitò fino al 1899. Fu nominato Vicepresidente del Tribunale di Milano nel 1901 e consigliere presso la Corte d'appello di Messina nell'anno successivo. Nel 1903 venne trasferito alla Corte d'appello di Napoli, dove dal dicembre del 1907 fu Presidente del tribunale. Dal 1909 al 1917 Faggella trascorse un secondo periodo a Roma, dove fu Consigliere presso la Corte d'Appello e nel 1915 conseguì la libera docenza in diritto civile presso l'ateneo romano. Nel 1917 fu nominato procuratore generale presso la Corte d'Appello di Trani e dal 1921 fu componente del Consiglio superiore della magistratura. Dopo un breve periodo trascorso come procuratore generale presso la Corte di Cassazione di Palermo, chiuse la sua carriera di magistrato come

³⁰ S. LORENZ e T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, Rn. 366 ss.

³¹ Sulla vita e le opere v. C. BERSANI, *Faggella, Gabriele*, voce in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 44, 1994, disponibile on line nel sito www.treccani.it.

presidente della Cassazione di Napoli, carica che lasciò nel 1923 per trasferirsi, ormai in pensione, a Roma.

Attento osservatore della dottrina tedesca e francese, il giurista lucano ha completato in un certo senso la scoperta di Jhering sulla *culpa in contrabendo* nel lavoro in cui ha trattato “*Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*”, dedicato a Carlo Fadda³². Qui ha delineato i contorni di una delle fattispecie più classiche di responsabilità precontrattuale, quella da abusiva interruzione delle trattative.

Per Faggella «il contratto si perfeziona con l'accordo delle volontà: finché non si opera l'*in idem placitum consensus*, non esiste il *vinculum iuris*, e i contraenti, di regola, sono liberi di stringerlo o meno. Nel periodo delle trattative, prima che s'incontrino le due volizioni dei contraenti, e propriamente prima dell'accettazione dell'offerta, ciascuno mantiene la propria libertà, il proponente quella d'impedire il perfezionamento del vincolo obbligatorio, e il destinatario quella di non accettare la proposta»³³.

Nel periodo delle trattative occorre distinguere due fasi: la fase di preparazione del contratto e quella decisiva dello scambio della proposta e dell'accettazione. «I romanisti e i civilisti [dell'epoca], in generale, – come aggiunge Faggella – prendono in considerazione questo secondo momento del periodo precontrattuale, senza tener conto del primo, quasi che la proposta sorga improvvisa e sia separata da tutto il precedente lavoro che l'abbia prodotta»³⁴. Inoltre, gli accordi preparatorii del contratto non hanno il fine di creare vincoli obbligatori, ma quello esclusivo di elaborare e formulare la proposta. Essi non vincolano al perfezionamento del contratto in quanto non hanno il carattere giuridico di promesse obbligatorie. Viene rilevato che «il criterio determinante, per distinguere la non obbligatorietà degli accordi e delle trattative dalla obbligatorietà, è riposto nello scopo che si prefiggono le parti nell'intendersi su tutti o su alcuni punti di un disegno di contrattazione. Questo scopo può essere diretto o alla preparazione di una proposta di contratto, ovvero alla conclusione stessa di un rapporto di obbligazione. Nel primo caso, pur se raggiunto, non si avrà mai il

³² G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906, pp. 271-342.

³³ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 271.

³⁴ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 272.

vinculum iuris»³⁵.

Pertanto ogni contratto ha un periodo di preparazione che si divide in tre momenti: a) il momento di ideazione ed elaborazione; b) il momento di perfezionamento o concretizzazione della proposta; c) il momento in cui questa si pone in movimento. Secondo Faggella «considerato il primo momento in rapporto all'autonomia della volontà, non ha importanza giuridica per i fini della esistenza e obbligatorietà del *vinculum iuris*»³⁶. Le parti del contratto conservano la più ampia libertà di decidere se continuare o meno le trattative: il diritto di interromperle, mutarle o modificarle è illimitato e sovrano. Nel secondo momento la volontà si trasforma e diventa volontà a formulare e concretare la proposta o l'accettazione. Nel terzo momento, quello più importante, il progetto contrattuale si completa: la volontà si ferma su una proposta concreta e si determina nel deliberarla.

Il giurista lucano formula il seguente principio generale: «la volontà, come potere psicologico, è, dal punto di vista astratto, libera nelle sue determinazioni, ma essa si muove, si determina secondo le circostanze esterne, le impressioni psichiche, i concetti della mente e l'ambiente morale e materiale in cui si trova»³⁷.

Dopo aver analizzato come opera la volontà nei tre momenti di preparazione del contratto, Faggella passa ad esaminare se ed in quali casi possa sorgere una responsabilità per la rottura delle trattative e rileva che sia «unanime il consenso dei giuristi, che nel periodo delle trattative non s'incorra in alcuna responsabilità, e la ragione fondamentale è la seguente: non esiste la volontà di obbligarsi, onde le parti possono ritrarsi a loro piacimento, rompere o modificare le trattative, senza che abbiano a temere alcun obbligo di risarcimento, tranne il caso in cui si rendessero responsabili di colpa extracontrattuale»³⁸. Finché il comportamento di una parte non genera alcun affidamento nella controparte sulla conclusione del contratto, «il recesso è un legittimo esercizio del potere della propria volontà»³⁹. Può accadere, però, che uno dei contraenti dia all'altro il consenso, anche tacito, a continuare le trattative. Tale consenso, infatti, genera fiducia che l'altra parte perseveri finché si giunga alla costituzione

³⁵ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 273.

³⁶ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 275.

³⁷ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 285.

³⁸ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 297.

³⁹ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 298.

del vincolo giuridico ovvero fino al punto in cui, per la contrarietà degli interessi e per il risultato della discussione, l'accordo non sia più possibile.

Nella tesi di Faggella emerge ancora il dogma della volontà: egli sostiene che alla base della responsabilità per recesso abusivo dalle trattative vi sia l'accordo (anche tacito) a trattare; il semplice recesso, infatti, importa la violazione di tale accordo.

In conclusione, la responsabilità precontrattuale, di cui parla Faggella, si determina per la tempestiva interruzione, *sine causa*, di ogni trattativa. Essa trova fondamento nel consenso, o nel concorso, alle trattative e nel «fatto della distruzione di un valore del trattante verso cui si recede, rappresentato dalle spese e dall'opera realmente impiegate nella elaborazione del progetto contrattuale»⁴⁰. Il risarcimento è limitato alle spese sostenute ed al costo del lavoro preparatorio precontrattuale.

Si colma così una lacuna. L'esigenza di approntare una tutela alle parti nei confronti di comportamenti scorretti della controparte nella fase precedente al raggiungimento di un accordo, tutela che quindi non poteva essere fornita dai rimedi contrattuali, era già sentita nel XIX secolo.

Il principio di libertà contrattuale si estrinseca anche nella libertà di non concludere un contratto. Detta libertà, tuttavia, non poteva giustificare eventuali condotte lesive delle altrui posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, poste in essere nella fase delle trattative, indipendentemente dalla successiva stipulazione o meno di un contratto. Ciononostante, il codice civile del 1865, seppure contemporaneo all'opera di Jhering, non forniva alcun rimedio alla parte danneggiata dal comportamento scorretto della controparte nel corso delle negoziazioni.

Al fine di approntare una qualche forma di tutela a tali soggetti, le illecite condotte precontrattuali venivano sanzionate solamente mediante la sussunzione delle stesse sotto il campo di applicazione dell'allora vigente art. 1151, che dava rilievo istituzionale al principio del *neminem laedere*, di cui la *culpa in contrahendo* rappresentava una delle (molteplici) violazioni. Tale responsabilità, di conseguenza, ricadeva nell'area dell'illecito extracontrattuale.

Nonostante l'assenza di una specifica norma, la dottrina italiana, sotto l'influenza della

⁴⁰ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 304.

dottrina francese, riconosceva che colui che si fosse reso responsabile nella fase delle trattative dovesse venire condannato al risarcimento dei danni connessi a detta illecita condotta. Inoltre, un riconoscimento legislativo della responsabilità precontrattuale era già presente nel Codice del Commercio del 1882. Tuttavia, si tratta di un riconoscimento limitato ad uno specifico campo di applicazione, rappresentato dal «contratto bilaterale» concluso da persone lontane. L'art. 36 cod. comm. stabiliva che «Sino a che il contratto non è perfetto, l'accettazione e la proposta sono revocabili; ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopoché questa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni».

Il pensiero della dottrina non tardò ad influenzare anche l'approccio della giurisprudenza di legittimità sul tema in esame. Infatti, la Cassazione affermò l'obbligo del risarcimento delle spese sostenute a carico della parte che, nel corso delle trattative antecedenti la sottoscrizione di un contratto, avesse esercitato il diritto di recesso illecitamente (senza un giustificato motivo). Ciò in quanto la parte che si sia resa disponibile a trattare, per quanto non fosse obbligata ad addivenire alla effettiva conclusione di un contratto, si era quantomeno impegnata a non sottrarsi alle trattative senza un giustificato motivo⁴¹.

Più in generale anche sotto l'impero del codice del 1865 è sempre stata ammessa la *culpa in contrahendo* e per questo ha goduto di ampio credito l'idea che gli artt. 1337 e 1338 dell'attuale codice civile abbiano cristallizzato a livello legislativo le elaborazioni della dottrina fiorite sulla base dell'art. 1151 c.c. previg., corrispondente all'attuale art. 2043 c.c. e che, in ultima analisi, discendevano dalla norma onnicomprensiva dell'art. 1382 del *Code Napoléon*. Il percorso iniziato dalla dottrina e seguito dalla giurisprudenza portò agevolmente a una espressa regolamentazione del fenomeno della responsabilità precontrattuale nel codice civile del 1942.

Trattando del recesso ingiustificato dalle trattative Faggella non ha soltanto ripreso il tema illuminato da Jhering, ma l'ha anche ulteriormente sviluppato. La dottrina tedesca ha

⁴¹ Cass., 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 428, secondo cui «la parte che recede ingiustificatamente dalle trattative deve risarcire l'altra parte delle spese incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto comporti l'impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo»; conf. Cass., 10 luglio 1936, n. 2441, in *Foro it.*, 1936, I, c. 1260, per la quale «nelle fasi preparatorie le parti devono comportarsi con l'ordinaria diligenza».

costruito la struttura dogmatica necessaria per accreditare la responsabilità precontrattuale, ma ne ha tralasciato un filone importante: quello della rottura scorretta delle trattative. Gabriele Faggella ha scoperto questa altra faccia della responsabilità precontrattuale⁴². Il suo studio non sfuggì all'attenzione di uno dei massimi giuristi, nonché tra i fondatori del diritto comparato moderno, Raymond Saleilles. Il grande giurista francese ha analizzato approfonditamente le tesi di Faggella, portandole alla ribalta transalpina⁴³. Ciò ha fatto nascere una letteratura giuridica sulla responsabilità precontrattuale, ma la tematica ha avuto meno successo nel formante giurisprudenziale, almeno fino agli anni Settanta del secolo scorso⁴⁴.

Salleilles si dichiarava pienamente d'accordo col principio enunziato da Faggella, limitandosi soltanto ad esprimere perplessità sul fatto che, dal punto di vista pratico, il «recesso arbitrario» potesse essere difficile da definire e si dovesse ulteriormente precisare questo profilo per evitare zone d'ombra⁴⁵. Il rischio era quello di lasciare la responsabilità alla discrezionalità del giudice⁴⁶ o all'equità⁴⁷.

Faggella si mostrò lusingato dell'attenzione dell'insigne studioso transalpino e non mancò di raccogliergli gli spunti in un nuovo lavoro del 1909⁴⁸. Qui è significativo che egli riconoscesse a Jhering la potenza e l'originalità della sua teoria, ma nel contempo ritenesse che essa non rispondesse pienamente al fondamento reale e alla legittimazione della responsabilità precontrattuale per «il grande interesse che questa responsabilità deve avere nel mondo moderno, specialmente per la costituzione delle grandi società ed imprese commerciali e industriali, che sorgono soltanto dopo lunghe e faticose e dispendiose preparazioni». Ciò implicava «lunghe e serie e laboriose trattative» nonché «spese e perdite». Di qui l'impe-

⁴² C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 330.

⁴³ R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 697 ss.

⁴⁴ E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del code civil francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1301 ss.

⁴⁵ R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, cit., p. 735.

⁴⁶ R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, cit., p. 736 ss.

⁴⁷ R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une nouvelle étude sur la matière*, cit., p. 746 ss.

⁴⁸ G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, LXXXII, 1909, pp. 128-150 (incluso poi nella seconda edizione del primo lavoro precontrattuali, *Dei periodi precontrattuali e della loro esatta costruzione scientifica*, 2ª ed., Roma, 1918, pp. 86-116).

rativo che «non deve il nostro ordinamento giuridico permettere che ogni trattante sia irresponsabile d'invanire e distruggere nel bel mezzo tutto il lavoro preparatorio cui egli ha concorso o ha consentito»⁴⁹.

Faggella non ricorre all'equità, pur vagliandone gli alti contenuti, ma ritiene dirimente il ruolo dei principi generali, tra i quali vi sono quelli «che presiedono al movimento economico e sociale dei rapporti e delle attività collettive e individuali, nel mondo commerciale, industriale finanziario, che si estendono e si espandono di giorno in giorno fuori la cerchia di un dato luogo o di una data città o di una data regione o di una data classe di uomini, e divengono sempre più complessi e internazionali». I principi generali assumono pienezza di significato solo quando vengono collegati l'uno con l'altro. La conclusione è, ancora una volta, che il diritto di recesso non può essere sempre liberatorio da ogni obbligo risarcitorio: «l'esercizio del diritto si esaurisce col recesso; ma il recedente deve sopportare le conseguenze di questo esercizio, che danneggia e diminuisce il patrimonio altrui. [...] Così il trattante che recede dalle trattative non può essere obbligato a continuarle, ma è tenuto a risarcire le perdite causate all'altra parte per le trattative medesime, ch'egli stesso ha fatto sorgere o ha mantenute»⁵⁰.

È significativo che se dal primo lavoro emerge la fede incrollabile (e ingenua) nella teoria proposta⁵¹, il secondo si conclude però con un più moderato auspicio a che essa possa trovare accoglimento nella dottrina e nella giurisprudenza⁵²!

Si può ben essere d'accordo con il biografo quando scrive «le stesse ragioni che muovono il F. ad interessarsi alla materia delle responsabilità precontrattuali e ad aderire all'ipotesi d'una loro piena esistenza – gli interessi economici e commerciali di frequente lesi dall'incerta disciplina delle trattative preparatorie del contratto (Fondamento giuridico, cit., p. 129) – mostrano con estrema chiarezza il suo temperamento scientifico, incline a temperare l'animo del giurista con l'esperienza del magistrato e viceversa»⁵³.

⁴⁹ G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit., p. 129.

⁵⁰ G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit., p. 150.

⁵¹ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, cit., p. 333.

⁵² G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit. p. 150.

⁵³ C. BERSANI, *Faggella, Gabriele*, cit.

4. *Leonardo Coviello e la culpa in contrahendo*

La teoria di Faggella ebbe grandissima influenza nella dottrina civilistica italiana del suo tempo. L'aver messo in luce come la responsabilità per *culpa in contrahendo* non riguardasse soltanto il contratto invalido o non giunto a perfezione, ma anche il recesso ingiustificato dalle trattative ebbe conseguenze notevoli. Al punto che si arrivò quasi alla coincidenza della parte con il tutto, identificando la responsabilità precontrattuale con il recesso ingiustificato dalle trattative⁵⁴.

Queste brevi pagine non vogliono essere la sede per ripercorrere un dibattito di amplissima portata su un istituto del quale si discute in modo animato ancora oggi, con riguardo alla natura giuridica, fondamento e disciplina. Sia consentito tuttavia ricordare il contributo di Leonardo Coviello, corregionale del Faggella⁵⁵. Con il fratello Nicola, al cui nome è indissolubilmente legato, è stato certamente uno dei grandi protagonisti della cultura giuridica italiana nel volgere tra Ottocento e Novecento⁵⁶. Manifestò grande interesse per i nuovi movimenti che affacciavano in Germania, Austria e Francia⁵⁷.

È stato uno degli esponenti di quella scuola napoletana del diritto civile, «comunità scientifica che, raccolta intorno ad ambiti culturali omogenei e a medesime risonanze costruttive, condivide valori e metodi d'indagine», - che ha preso le mosse da Emanuele Gianturco costituendo una sorta di cerniera tra la scuola dell'esegesi e gli sviluppi della pandettistica in Italia⁵⁸.

Leonardo Coviello testimonia come teoria e prassi si integrano armonicamente nell'azione intellettuale del civilista «grazie allo strumento capillare della “nota a sentenza”»⁵⁹. Non manca infatti una densa nota che affronta il tema della tutela dell'oblato in caso di revoca

⁵⁴ G. PETRELLI, *Formazione del contratto, responsabilità precontrattuale e rimedi giuridici*, in *Riv. not.*, 1995, p. 1410.

⁵⁵ L. MARTONE, *Coviello, Leonardo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 30, 1984, disponibile on line nel sito www.treccani.it.

⁵⁶ F. BOSETTI, *Nicola e Leonardo Coviello e la nuova scienza del diritto civile in Italia*, Avigliano, 2005.

⁵⁷ Cfr. P. GROSSI, *Il coraggio della moderazione (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in ID., *Nobiltà del diritto*, vol. I, Milano, 2008, p. 167 ss. Il riferimento è alla prolusione letta a Palermo il 14 gennaio 1908, L. COVIELLO, *De' moderni metodi di interpretazione della legge*, in *La Corte d'Appello*, IV, 1908, p. I ss., oggi in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, t. II, Napoli, 2012, p. 1499 ss.

⁵⁸ P. POLLICE, *La civilistica a Napoli tra la fine dell'Ottocento e il Novecento*, in *Atti Accademia Pontaniana*, LXV, 2016, p. 69 ss. spec. p. 76 e p. 79 ss. Su Emanuele Gianturco la letteratura è imponente, a partire dal classico F. TREGGIARI, *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1235 ss.

⁵⁹ P. GROSSI, *Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita*, in ID., *Nobiltà del diritto*, vol. II, Milano, 2014, p. 132.

della proposta o di morte del proponente, nella quale passa in rassegna le soluzioni che avevano visto la luce nella dottrina tedesca e tra cui spiccava «la famosa teoria sulla *culpa in contrahendo* e sull'*interesse negativo*»⁶⁰.

L'insigne accademico ebbe sempre grande interesse per le esigenze della prassi e intervenne con generosità nelle questioni nuove che comparivano all'orizzonte. Nel 1900 pubblica nella rivista napoletana «Il Filangieri» la prelezione al suo corso di diritto civile presso l'università di Messina sul tema «Della cosiddetta *culpa in contrahendo*»⁶¹. Con nitore nello stile Leonardo Coviello rifiuta una dimensione onnicomprensiva della teoria, e dimostra come l'ufficio del civilista consista nel non «fermarsi alla cortecchia delle cose, ma penetrarne l'essenza, non arrestarsi alle norme positive ed alla gretta casistica, ma volgere la fronte ai principi più alti della scienza. Sono essi soltanto che possono aprirci la via e rischiarare l'oscurità per la conquista di nuovi veri e per l'attuazione di sempre crescenti progressi nel campo del diritto, campo sterminato come quello della vita e dell'attività umana. Però non bisogna fare come colui che per contemplare in cielo le stelle, cade miseramente nel fosso. Contemplare le idealità della speculazione con le esigenze della pratica, armonizzare i desiderati della dottrina con le determinazioni del diritto positivo, non disconoscere questo in omaggio a quella, o viceversa, *hoc opus hic labor!*»⁶². L'analisi di Coviello è di straordinaria completezza e si può ravvisare un *continuum* tra qualificazione del fatto e spessore dogmatico del problema; a una panoramica completa della letteratura tedesca si accompagna la rassegna delle ipotesi concrete⁶³.

De iure condito, da un lato, la teoria contrattuale della responsabilità *in contrahendo* appare artificiosa e astratta, dall'altro, la tesi aquiliana appare del pari insoddisfacente perché richiede l'elemento della colpa, che non sempre è rilevante nei casi emersi nella prassi. La soluzione è allora quella di trovare risposte adeguate ricavabili *aliunde* nel sistema, come quando si suggerisce di applicare i principi in tema di *negotiorum gestio* nei casi di revoca della proposta o di

⁶⁰ L. COVIELLO, Nota a Cass. Firenze, 16 aprile 1895, in *Giur. it.*, I, 1, cc. 820-832.

⁶¹ L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangieri*, XXV, 1900, pp. 721-746.

⁶² L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., p. 737 s. Qui F. BOSETTI, *Nicola e Leonardo Coviello e la nuova scienza del diritto civile in Italia*, cit., p. 58, intravede gli spunti della futura evoluzione spirituale di Leonardo Coviello.

⁶³ F. BOSETTI, *op. cit.*, p. 57 s.

morte del proponente per tutelare l'oblato⁶⁴. *De iure condendo* si auspica la recezione delle teorie oggettive basate sull'affidamento sorte in Austria e in Germania⁶⁵. Certamente non si trattò di un approccio rivoluzionario, poiché di fronte alle sfide del diritto libero si mantenne lontano da una moderna valorizzazione dell'apporto creativo del giudice, perennemente in bilico tra conservazione e innovazione⁶⁶.

Risulta sempre attuale la sua osservazione che «nello studio del diritto civile e nelle sue quotidiane applicazioni s'incorre facilmente, almeno presso di noi, in due capitali difetti, da' quali è necessario, a mio avviso, tenersi egualmente lontani. L'uno tocca più da vicino i pratici, l'altro riguarda i teorici e gli scrittori. Il giurista pratico, sia giudice o avvocato, si ferma d'ordinario al testo della legge scritta, e non si cura di andare oltre. E se gli accade di sentir parlare di nuove teorie o costruzioni giuridiche, o ne sorride come di astruserie vacue di significato reale, ovvero (e questo è, secondo me, male peggiore) è tentato a farne, se gli torna conto, applicazione fuor di proposito. Gli scrittori e i dottori della cattedra d'altra parte spesso si lasciano attirare da eleganti e ben architettate dottrine esotiche, e non sempre si danno il pensiero di verificare con cautela e circospezione se quelle dottrine, ammirande in sé e degne della massima considerazione, possono senz'altro accorgersi sotto l'impero di un diritto codificato, come il nostro, e che per giunta non sempre trovasi in armonia col progresso dei nuovi tempi. Ad evitare questi scogli bisogna, io credo, non già disprezzare o prendere alla leggera le dottrine straniere, ma sibbene approfondire il significato e chiarirne la portata, rendendole accessibili anche a chi non si dedica alla scienza soltanto, per indi esaminare qual profitto possa trarsene per il nostro diritto vigente. Così si evita di far dire al nostro codice quello che il legislatore si è mai sognato di dire, ed è certo un bene se le nuove teorie non rispondono ad un vero bisogno. Ed è anche un bene se le esigenze della vita reclamano una riforma, perché è assai più utile che le lacune e le imperfezioni si rendono

⁶⁴ L. COVIELLO, Nota a Cass. Firenze, cit., c. 828 ss., riallacciandosi alle opinioni di Thon e Unger, con qualche distinzione. V. F. PROCCHI, '*Licet emptio non teneat*', cit., p. 331 ss., spec. p. 335.

⁶⁵ F. PROCCHI, '*Licet emptio non teneat*', cit., p. 331 ss., spec. p. 392.

⁶⁶ G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in *Quad. fiorentini*, 40, 2011, p. 799 s.

manifeste, anziché occultarle o palliarle con espedienti sempre pericolosi di un'arbitraria giurisprudenza e di una mutevole dottrina. Solo mostrandosi in tutta la loro nudità i difetti di una legislazione si apre la via a riforme coscienti e di stabile durata»⁶⁷.

Vi è una sorta di preveggenza in queste parole, non solo per le sorti della *culpa in contrahendo*, che verrà codificata nel codice del 1942, ma più in generale per gli orizzonti del procedimento di individuazione e di sviluppo giudiziale del diritto civile, che ben potrà giovare del fertile contributo della comparazione giuridica⁶⁸.

Abstract

Questo lavoro presenta due diverse concezioni nella scienza giuridica italiana tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento. Con il saggio intitolato «*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz, bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*» Rudolf von Jhering si è interrogato sul rilievo giuridico del comportamento colposo tenuto dalle parti nel corso delle trattative contrattuali. Gabriele Fagella si occupa «Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica». Leonardo Coviello contro la teoria della *culpa in contrahendo*.

Abstract

This study presents two different two different conceptions in the Italian legal science between the end of the 19th century and the first decades of the 20th century. With the essay entitled «*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz, bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*» Rudolf von Jhering studied the juridical relevance of the culpable behavior of the parties during the contractual negotiations. Gabriele Fagella publishes the essay on pre-contractual periods and true and exact legal construction. Leonardo Coviello against the doctrine of *culpa in contrahendo*.

Campobasso, settembre 2021.

⁶⁷ L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., p. 721 s.

⁶⁸ O. SANDROCK, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurt a.M., 1966, ed. it. a cura di Rocco Favale, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, Napoli, 2009.