

**RUDOLF VON JHERING:
GLI OBBLIGHI PRECONTRATTUALI DI
(AUTO) INFORMAZIONE
E LA PRESUNZIONE ASSOLUTA DI ‘CULPA’
IN CAPO AL ‘VENDITOR’.**

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le fonti a sostegno della teorica della cd. *culpa in contraendo*. 3. In particolare: il movente legislativo ed il fondamento giuridico per il generalizzato riconoscimento di un’azione risarcitoria di natura contrattuale. 4. In particolare: la presunzione assoluta di *culpa* in capo al venditore che ignori la reale condizione giuridica del proprio bene. 5. Duplicità del significato di *culpa*: la colpa come *causa obligationis* e come criterio di imputazione della responsabilità contrattuale. 6. Considerazione conclusive.

1. *Premessa.*

Come noto, il problema del rilievo giuridico del comportamento colposo tenuto dalle parti nel corso delle trattative contrattuali fu per la prima volta affrontato organicamente¹ –

¹ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, in TSDP III 2010, sez. ‘Incontri di studio’ (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), la quale evidenzia a ragione

ancorché nello specifico intento di garantire un risarcimento a chi fosse stato inutilmente coinvolto nella gestazione di un contratto rivelatosi nullo o, comunque, non giunto a perfezione²– da Rudolf von Jhering (1818-1892³).

come, a differenza di quanto avviene nella civilistica contemporanea, «nell'ambito dell'esperienza giuridica romana, le varie forme di scorrettezza prenegoziale per reticenza o affermazioni inesatte o mendaci furono sanzionate in modo diverso, secondo l'approccio casistico proprio della prima giurisprudenza romana e nell'ambito della pluralità di ordinamenti giuridici (...); il tutto senza velleità classificatorie».

² L. SOLIDORO MARUOTTI, *La violazione degli obblighi di informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, in *Studi R. Martini*, vol. III, Milano, 2009, III. 613.

³ Nell'impossibilità di dare puntualmente conto della sterminata letteratura dedicata allo studioso ed alla sua opera scientifica, mi limito a segnalare: L. MITTEIS, voce *Jhering, Rudolf*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, L, Leipzig, 1905, 652 ss.; R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* III.2, *Text*, München, 1910, 788 ss.; E. HURWICZ, *Rudolf von Jhering und die deutsche Rechtswissenschaft*, Berlin, 1911, 1 ss.; M. RÜMELIN, *Rudolf von Jhering*, Tübingen, 1922, 1 ss.; F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, Leipzig, 1942, 5 ss.; W. WERTENBRUCH, *Versuch einer kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolph von Jherings*, Berlin, 1955, 1 ss.; W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1958, 88

quel che concerne i contenuti concreti della postulata *diligentia in contrahendo* del *venditor*.

Mutuando, per un momento, talune categorie dogmatiche della civilistica moderna potremmo infatti dire che la teorica della cd. *culpa in contrahendo*, così come delineata da Jhering, non poggia le proprie basi sulla violazione di un obbligo informativo della controparte, verificatasi nella fase precontrattuale, bensì è volta a sanzionare in modo assoluto la trasgressione di un'obbligazione di preliminare (per così dire) 'auto-informazione' che graverebbe sul venditore, condizionando l'*an* dell'apertura delle trattative prima ancora del *quomodo* delle medesime.

Una prospettiva particolare, che avrebbe significativamente contribuito alla compiuta elaborazione, ad opera della dogmatica successiva, della teoria dell'addossamento oggettivo del rischio (cd. 'Gefahrtragung') che tanta attenzione ha ricevuto nell'ambito del dibattito dottrinale dell'esperienza giuridica storica e contemporanea.

FEDERICO PROCCHI
Ricercatore di Diritto Romano
Università di Pisa
E-mail: procchi@jus.unipi.it

L'autore negava, infatti, recisamente che sotto una *culpa* così delineata si celasse un'ipotesi di 'responsabilità legale' del venditore. Come abbiamo illustrato poc'anzi, la configurazione 'colposa' della responsabilità era per Jhering un tratto irrinunciabile della nuova teorica⁶⁴, poiché poneva la tutela processuale accordata al soggetto *deceptus* nel solco delle altre azioni risarcitorie, sancendone la generalizzata applicabilità ed escludendo che i casi presi in esame dalle fonti discusse potessero essere considerati come eccezionali ed isolati⁶⁵.

6. Considerazioni conclusive.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, la particolare forma di violazione colposa degli obblighi di informazione connessa all'esistenza di una causa di invalidità del contratto parrebbe dunque atteggiarsi in maniera peculiare rispetto alle altre tipologie di fattispecie individuabili in materia, anche e soprattutto per

⁶⁴ W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse*, cit., 50 s. che sottolinea come l'irrinunciabilità del fondamento colposo abbia spinto Jhering a postulare l'esistenza di una «*culpa ohne culpa*».

⁶⁵ F. PROCCHI, 'Licet', cit., 210 s.

ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1969, 24 ss., 44 ss. (trad. it. della prima edizione S. VENTURA, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, 27 ss., 58 ss.); E. PARESCHE, voce *Jhering Rudolf (von)*, in *Noviss. dig. it. VIII*, Torino, 1962, 151 s.; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*⁴, Tübingen, 1963, 622 ss.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967, 450 ss. (trad. it. U. SANTARELLI - S.A. FUSCO, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, 150 ss.); F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, in *ZSS LXXXVI*, 1969, 1 ss.; F. WIEACKER - C. WOLLSCHLÄGER (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1970, 9 ss.; F. STURM, *Rudolf von Jhering: scienza ed insegnamento del diritto romano*, in *Studi Senesi LXXXIII*, 1971, 23 ss.; A. HOLLERBACH, voce *Jhering, Rudolf von*, in *Neue deutsche Biographie X*, Berlin, 1974, 123 s.; W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, Tübingen, 1976, 101 ss.; W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Ebelsach, 1982, 1 ss.; G. WESENER - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Wien-Köln-Graz, 1985, 185 s. (trad. it. P. CAPPELLINI - M.C. DALBOSCO, *Storia del diritto privato in Europa*, Padova, 1999, 246 s.); O. BEHRENDTS, *Rudolf von Jhering (1818-1892). Ein Durchbruch zum Zweck des Rechts*, in *Rechtswissenschaft in Göttingen*, hrsg. von F. Loos, Göttingen, 1987, 229 ss.; C.A. CANNATA - A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Dal

medioevo all'epoca contemporanea, Torino, 1989, 285 s.; A. GROMITSARIS, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Jhering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus*, Berlin, 1989, 1 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Jhering e 'Lo spirito del diritto romano'*, in *Quad. fior.* XXI, 1992, 177 ss.; AA.VV., *Beiträge und Zeugnisse aus Anlass der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1892*, hrsg. von O. Behrends, Göttingen, 1993, 1 ss.; AA.VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von O. Behrends, Köln, 1993, 1 ss.; O. BEHREND, *Anche la giurisprudenza è una scienza? La riscoperta della prolusione viennese tenuta da R. von Jhering venerdì 16 ottobre 1868*, in *Index XXIII*, 1995, 183 ss.; AA.VV., *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*, hrsg. von G. Luf und W. Ogris, Berlin, 1995, 9 ss.; A. MANTELLO, *L'immagine di Jhering fra nazionalsocialismo e fascismo: analisi d'una vicenda ideologica*, in *Index XXIII*, 1995, 215 ss.; C. VANO, *Il 'Grand Tour' del giurista. Spunti per una riflessione sull'Italia di Rudolf von Jhering*, in *Index*, XXIII 1995, 193 ss.; F. WIEACKER, *Jhering, la Frisia, Gottinga, Napoli, die Wissenschaftlichkeit*, in *Index XXIII*, 1995, 181 s.; G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1996, 220 ss.; A.M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, 1999, 197 s. (trad. it. L. APA - L. SANTI, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, 227 ss.); P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999, 121 s. (trad. it. L. GAGLIARDI, *Il diritto romano nella storia europea*, a cura di E. Cantarella, Milano, 2001, 149 s.); U. FALK, voce *Jhering, Rudolph*

In altri termini Jhering giunge ad utilizzare fonti in cui la sussistenza di una *culpa* è vista dai giuristi come titolo di ascrizione della responsabilità per contratti effettivamente esistenti, al fine di enucleare già per la fase delle trattative una nozione di 'colpa', questa volta intesa come generale fonte di obbligazioni di natura irrinunciabilmente contrattuale⁶³.

⁶³ F.C. VON SAVIGNY, *System*, III, cit., § 138, 295 nt. d (trad. it. V. SCIALOJA *Sistema*, III, cit., 387 nt. d): «culpa ist gar nicht allgemein eine *causa obligationis*, wie es der Betrug allerdings ist. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden ist (der hier fehlt), da ist dieser eine *causa obligationis*, und die daraus entspringende Obligation kann durch Culpa, wie durch Betrug, modificirt und erhöht werden». Sul punto v. R. ZIMMERMANN, *The Law*, cit., 695. La lezione di Savigny, secondo cui la colpa, a differenza del dolo, non può essere intesa come un'autonoma fonte di obbligazione ma può entrare in gioco al solo fine di modificare l'obbligo di fonte negoziale, doveva rendere irrinunciabile per Jhering il fondamento contrattuale dell'azione risarcitoria per *culpa in contrabendo*. A giudizio di quest'ultimo, infatti, chi intraprende una trattativa uscirebbe automaticamente dalla sfera meramente negativa delle relazioni extracontrattuali e (indipendentemente dal fatto che essa giunga o meno a buon fine) entrerebbe *ipso facto* in un terreno in cui valgono le regole proprie dei rapporti contrattuali. Cfr. F. PROCCHI, *Licet'*, cit., 212 s.; ID., *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

ziale di esso sarebbe, infatti, un comportamento di per se stesso sempre e comunque inescusabile⁶⁰.

5. *Duplicità del significato di ‘culpa’: la colpa come ‘causa obligationis’ e come criterio di imputazione della responsabilità contrattuale.*

Come ho già avuto modo di evidenziare altrove⁶¹, il richiamo ad un principio generale secondo cui ogni parte dovrebbe essere responsabile nei confronti della controparte per il danno che le ha colposamente cagionato per aver contrattato senza poter garantire le condizioni della validità del contratto imputabili alla propria persona, a mio sommessimo avviso finisce per creare – da un punto di vista squisitamente dogmatico – una discutibile sovrapposizione di piani tra la ‘colpa’ intesa come ‘criterio di imputazione’ della responsabilità contrattuale e la ‘colpa’ come *causa obligationis*⁶².

⁶⁰ R. VON JHERING, *‘Culpa’*, cit., 39/360 s. (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa’*, cit., 79).

⁶¹ F. PROCCHI, *‘Licet’*, cit., 212. V. anche B.J. CHOE, *‘Culpa’*, cit., 121.

⁶² B.J. CHOE, *‘Culpa’*, cit., 121.

Nel suo fondamentale articolo apparso per la prima volta agli inizi dell’estate del 1860⁴

von, in *Juristen. Ein biographisches Lexicon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, hrsg. von M. Stolleis, München, 2001, 334 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ‘ius commune’ alle codificazioni moderne. Lezioni*, Torino, 2003, 183 s.; K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, *Seit 1650*, Köln-Weimar-Wien, 2008, 130 ss., 138 s., 185 s. 191, 200, cui *adde* le indicazioni bibliografiche contenute nelle singole opere.

⁴ L’articolo è noto attraverso due pubblicazioni fondamentali: R. VON JHERING, *‘Culpa in contrabendo’ oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jh. Jb.* IV, 1860/1861, 1-112; ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, III, Jena, 1881, 327-425. Sulle varie edizioni e traduzioni del saggio in questione, mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *‘Licet emptio non teneat’. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. ‘culpa in contrabendo’*, Padova, 2012, 8 nt. 4. A seconda degli autori, esso viene alternativamente datato 1860 (secondo l’indicazione contenuta nella raccolta degli articoli di Jhering), ovvero 1861 in base alla data riportata sul frontespizio del IV volume dei ‘dogmatische Jahrbücher’. A tal proposito confido di aver dimostrato in un mio precedente studio che, sebbene pochi mesi di differenza non comportino particolari conseguenze, neanche in un momento così delicato per la transizione dalla ‘juristische Konstruktion’ alla ‘praktische Jurisprudenz’, abbiamo tutti gli strumenti per poter affermare con certezza che il primo fascicolo del quarto volume della rivista, con-

nel primo fascicolo del quarto volume degli 'Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts' e dedicato alla costruzione dogmatica della cd. *culpa in contrabendo*⁵, l'autore prese le mosse dal

tenente l'articolo in questione, fu messo in distribuzione dall'editore Friedrich Mauke già nell'estate del 1860. Per un approfondimento dei termini del problema, mi permetto di rinviare ad una mia precedente indagine: cfr. F. PROCCHI, *Nota di lettura*, in R. VON JHERING, *Della 'culpa in contrabendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it., Napoli, 2005, xviii nt. 11. Colà (*ibid.*, xv s. nt. 2) si rinvergono, parimenti, le ragioni della preferenza da me accordata, per il cognome dell'autore, alla tradizionale grafia 'Jhering' rispetto a quella 'Ihering', minoritaria, ma pur sempre autorevolmente attestata. Nel prosieguo l'articolo verrà citato indicando prima la numerazione delle pagine della rivista e poi, separate da una sbarra, le corrispondenti pagine della raccolta.

⁵ Sulla costruzione dogmatica della cd. *culpa in contrabendo*, v., in particolare, W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse*, Berlin, 1902, 48 ss.; P. VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano*, in *Scritti beat. C. Ferrini*, 4 voll., Milano, 1947, II. 361 ss., ora in *Studi di diritto romano*, 2 voll., Padova, 1985, I. 21 ss.; A. VALENTE, *Note sulla 'culpa in contrabendo'*, in *AUM A XXII*, 1958, 315 ss.; F. KESSLER - E. FINE, *'Culpa in contrabendo' Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a Comparative Study*, in *Harv. Law Rev.* LXXVII, 1964, 401 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane*

stesso di ignorare la qualità di una cosa altrui, a maggior ragione dovrebbe essere qualificata in questi termini l'ignoranza nella vendita di una cosa propria⁵⁷.

Lo stesso genere di *culpa* sarebbe posto a fondamento della responsabilità tanto del socio per il risarcimento del danno cagionato dal terzo associato senza il consenso degli altri soci⁵⁸, quanto del promittente in *mora* per non esser riuscito a consegnare entro un certo termine un oggetto che non doveva creare alcun problema di reperibilità ma che, a dispetto di ogni ragionevole previsione, è improvvisamente scomparso dal mercato⁵⁹.

In tutte queste fattispecie non avrebbe senso porsi il problema della 'scusabilità' dell'errore: concludere un contratto senza avere perfetta contezza di ogni aspetto essen-

⁵⁷ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 38/359 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 77).

⁵⁸ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 38/360 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 77), il quale sostiene la sussistenza di una tale *culpa* sulla base di Ulp. 30 *ad Sab. D. 17.2.23 pr.: De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet, an vero indemnes eos praestare debeat. et puto omnimodo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa ipsius admissum.*

⁵⁹ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 39/360 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 79).

Chi commette un errore facendo una promessa non potrebbe che farlo a proprie spese, tenendo indenne la controparte⁵⁵.

Secondo Jhering, la mancanza di una prova contraria liberatoria contro una colpa astratta e ‘fittizia’ non dovrebbe sconcertare l’interprete, visto che il diritto romano già la imputava a chi, inconsapevolmente, avesse dato mandato di acquistare uno schiavo di indole ladresca che avesse derubato il mandataro⁵⁶:

Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62(61).5: ... *ita in his culpam eorum, quorum causa contrabatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, ...*

L’autore imposta, pertanto, un ragionamento *a fortiori*: se viene ravvisata una *culpa*, senza possibilità di prova contraria, nel fatto

⁵⁵ R. VON JHERING, ‘*Culpa*’, cit., 39/361 (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa*’, cit., 79).

⁵⁶ R. VON JHERING, ‘*Culpa*’, cit., 37/358 (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa*’, cit., 75). Sulla generale e problematica questione della *noxae deditio* del *servus fur* quale alternativa irrogazione al *dominus* della *condemnatio poenalis* affrontata da Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62(61).1-2, D. 47.2.62(61).5 v. R. LA ROSA, *La repressione del ‘furtum’ in età arcaica*, Napoli, 1990, 105 ntt. 151-152 con ampia indicazione bibliografica.

(corso di pandette), I.1, *Il contenuto dell’obligatio*, Padova, 1969, 166; E. SCHANZE, ‘*Culpa in contrabendo*’ bei Jhering, in *Ius commune*, VII, 1978, 326 ss.; Y. BENDROR, *The Perennial Ambiguity of ‘Culpa in Contrabendo’*, in *Am. J. Leg. Hist.* XXVII, 1983, 142 ss.; G. WESENER - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, cit., 150 e 185 (trad. it. P. CAPPELLINI - M.C. DALBOSCO, *Storia*, cit., 200 e 246); D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der ‘culpa in contrabendo’*, in *Turis professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, hrsg. von H.-P. Benöhr, K. Hackl, R. Knütel, A. Wacke, Wien-Köln-Graz, 1986, 169 ss.; B.J. CHOE, ‘*Culpa in contrabendo*’ bei Rudolf von Jhering, Göttingen, 1988, 7 ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern. München, 1989, 439 s.; M. TALAMANCA, *Recensione a B.J. CHOE, ‘Culpa in contrabendo’ bei Rudolf von Jhering*, Göttingen, 1988, in *BIDR XXXI-XXXII [XCII-XCIII]*, 1989-1990, 687 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, 244 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 439 nt. 1417; A.M. RABELLO, *The Theory Concerning ‘Culpa in Contrabendo’: Precontractual Liability: from Roman Law to the German Legal System. A Hundred Years after the Death of Jhering*, in *European Legal Traditions and Israel*, edited by A.M. Rabello, Jerusalem, 1994, 85 ss.; P. STEIN, *Roman Law*, cit., 122 (trad. it. L. GAGLIARDI, *Il diritto*, cit., 150); T. GIARO, ‘*Culpa in contrabendo*’: eine Geschichte der Wiederentdeckungen, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts*

(1896-1914), hrsg. von U. Falk und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 2000, 113 ss.; K. KINDEREIT, *Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf – Rudolf von Jhering und die ‘culpa in contrabendo’*, in *Zivilrechtliche Entdecker*, hrsg. von T. Hoeren, München, 2001, 107 ss.; L. WINKEL, ‘*Culpa in contrabendo*’ in *Roman Law and in some Modern Dutch Court Decisions*, in *Viva vox iuris romani. Essays in Honour of J.E. Spruit*, Amsterdam, 2002, 153 ss.; D. DEROUSSIN, ‘*Culpa in contrabendo*’. *L’indemnisation en cas d’annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités*, in *RHD LXXXII*, 2004, 190 ss.; N. KUONEN, *La ‘culpa in contrabendo’: un colosse aux pieds d’argille?*, in *TR LXXIII*, 2005, 268 ss.; F. PROCCHI, *Nota*, cit., xv ss.; M.J. SCHERMAIER, *Mistake, Misrepresentation and Pre-contractual Duties to Inform: the Civil Law Tradition*, in *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, 2005, 62 ss.; K.V. GNITSEVICH, *Die Lehre von ‘culpa in contrabendo’ in deutscher Zivilistik der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Diritto @ Storia V*, 2006; A. PETRUCCI, *Formazione del contratto*, in AA. VV., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei ‘Principles of European Contract Law’ della Commissione Lando*, a cura di G. Luchetti e A. Petrucci, Bologna, 2006, 120 s. (ora sostanzialmente trasfuso, con integrazioni, in AA. VV., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al ‘Draft Common Frame of Reference’*, I, *Materiali e commento*, a cura di G. Luchetti e A. Petrucci, Bologna, 2009, 113 ss.); D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, 2007, 573 ss.; N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle. Analyse historique: étude de la phase précontractuelle et des instruments précontractuels*, Zürich-Bâle-Genève, 2007,

vrebbe potuto e dovuto conoscere i difetti della cosa che ha messo in vendita⁵².

Il risultato ultimo sarebbe sostanzialmente lo stesso cui si giungerebbe applicando il principio, di matrice giusnaturalistica, secondo cui *errorem in dubio semper nocere debere erranti*⁵³, ma Jhering si sforzava di ricondurlo ad un fondamento fittizio: la presunzione *iuris et de iure* di una colpa del venditore che renderebbe l’errore di quest’ultimo sempre e comunque inescusabile⁵⁴.

⁵² F. PROCCHI, ‘*Licet*’, cit., 209.

⁵³ Tale principio fu formulato, per la prima volta in questi termini, da Christian Thomasius e venne accolto in molte codificazioni di ispirazione giusnaturalistica: F. PROCCHI, ‘*Licet*’, cit., 134 ss.

⁵⁴ Così R. VON JHERING, ‘*Culpa*’, cit., 39/360 s. (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa’*, cit., 79) ove (nt. 39) si richiamano Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.1 (che si occupa del caso in cui siano state prese in locazione delle botti da vino difettose e stabilisce, senza riserve, la responsabilità del locatore indipendentemente dalla scusabilità o meno della sua ignoranza circa il difetto) ed Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.13.6 (che stabilisce la responsabilità del *fullo* che abbia restituito gli indumenti ad una persona che assomigliava come una goccia d’acqua al cliente che li aveva realmente consegnati). Sul tema dei *dolia*, da ultimo, cfr. I. FARGNOLI, ‘*Culpa*’, cit., 469 ss., ed ivi citazione della principale letteratura precedente.

teneva di poter comunque estrapolare tale elemento dal fatto che Ulpiano rimproverava al venditore la sua ignoranza⁴⁷.

Questo modo di ragionare parrebbe, a prima vista, perfettamente in linea con la dottrina tomistica dell'imputabilità dell'errore⁴⁸ e con le successive elaborazioni teoriche tese a sanzionare la *iniusta ignorantia*⁴⁹ e l'*error vincibilis*⁵⁰, che, come ho avuto modo di illustrare in un precedente studio, è evitabile e, in quanto tale, 'colpevole'⁵¹.

La costruzione di Jhering si segnala, tuttavia, per una significativa novità: egli finisce, infatti, per considerare sempre e comunque *iniusta* l'*ignorantia* del venditore circa gli elementi che possono escludere la conclusione di un valido contratto: in ogni caso questi a-

⁴⁷ R. VON JHERING, 'Culpa', cit., 36/358 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 73).

⁴⁸ F. PROCCHI, 'Licet', cit., 37 ss.

⁴⁹ Tra gli esponenti dell'*Usus modernus* è questa, ad esempio, la posizione di Georg von Frantzke: cfr. F. PROCCHI, 'Licet', cit., 95 s.

⁵⁰ Così si esprime, nell'ambito della tarda scolastica, Leonard Lessius: cfr. F. PROCCHI, 'Licet', cit., 114 ss.

⁵¹ Nell'ambito della tarda scolastica già Luis de Molina era giunto a fondare sulla colpa (equiparata al dolo) del dichiarante una generale responsabilità risarcitoria per la nullità del contratto: cfr. F. PROCCHI, 'Licet', cit., 111 ss.

problema dell'«ingiustizia ed inadeguatezza sul piano pratico⁶» della dottrina allora assolutamente dominante, che sanciva l'irrisarcibilità dei danni cagionati da un errore 'essenziale' e, in particolar modo, da quel tipo di *error* che,

15 ss.; F. PROCCHI, 'Dolus' e 'culpa in contrabendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di *sinallagma genetico*, in AA. VV., *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 2 voll., a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, II, 218 ss.; A.M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolph von Jhering sulla 'culpa in contrabendo'*, in *Φιλία. Scritti G. Franciosi*, a cura di F.M. D'Ippolito, III, Napoli, 2007, 2175 ss.; M.J. SCHERMAIER, *L'errore nella storia del diritto*, in *Roma e America XXIV*, 2007, 243 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, 73, 106 s. e, *praecipue*, 127 ss.; EAD., *La violazione*, cit., 609 ss.; EAD., *Annotazioni*, cit., 31 ss.; I. FARGNOLI, 'Culpa in contrabendo' e azioni contrattuali, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 439 ss.; P. LAMBRINI, *La 'culpa in contrabendo' e l'actio de dolo malo*, in AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, a cura di R. Fiori, Napoli, 2011, 277 ss.; F. PROCCHI, 'Licet', cit., 189 ss.; ID., *Roman Contracts and the Construction of Fault in their Formation*, in corso di pubblicazione.

⁶ Così R. VON JHERING, 'Culpa', cit., 2/328: «die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit eines solchen Resultats liegt auf der Hand; der colpose Theil geht frei aus, der unschuldige wird das Opfer der fremden Culpa» (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 5).

secondo la corrente terminologia, siamo soliti definire ‘ostativo’⁷.

La cd. ‘Willenstheorie’ allora imperante⁸, così come da ultimo⁹ ‘canonizzata’¹⁰ dall’auto-

⁷ Sulla distinzione istituzionale della moderna romanistica tra ‘errore-vizio’ (che altera il processo formativo della volontà del dichiarante) ed ‘errore ostativo’ (che comporta un’inconsapevole discrasia tra quanto l’errante dichiara e la volontà – liberamente formata – dello stesso) v., per tutti, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990, 260 ss. e 764 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 228; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, 151 ss. Sul punto v. anche F. PROCCHI, *Licet*, cit., 11 nt. 12.

⁸ K. KINDEREIT, *Wer*, cit., 122; F. PROCCHI, *Nota*, cit., xxxii; ID., *Licet*, cit., 9 ss. Nonostante Rudolf von Jhering si stacchi ben presto dalla Scuola Storica del diritto e compia un percorso originale ed autonomo, egli non metterà mai in discussione il cd. ‘Willensdogma’. Cfr. T. GIARO, *Culpa*, cit., 114, che a tal proposito parla significativamente di una ‘ipertrofia’ del dogma della volontà ad opera della Pandettistica.

⁹ Già nella riflessione di taluni autori dell’*Usus modernus Pandectarum* e di alcuni esponenti del Giusnaturalismo è ravvisabile, infatti, il tentativo di assicurare adeguata tutela agli interessi del dichiarante caduto in errore, considerando invalido il negozio per mancanza di volontà: cfr. G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, cit., 123 e 146 (trad. it. P. CAPPELLINI - M.C. DALBOSCO, *Storia*, cit., 163 e 195). A tale generale declaratoria di nullità del

so prestare alla controparte circa l’effettiva sussistenza di tutte le condizioni necessarie per la conclusione di un valido contratto.

L’affermazione di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.3 veniva, infatti, rimaneggiata dallo studioso in modo da sancire, in via di principio, la regola secondo cui il venditore *non debet facilis esse ad temerariam venditionem*.

In altri termini, per Jhering chi non è totalmente sicuro del fatto proprio non dovrebbe mai procedere ad una vendita. All’autore non sfuggiva che la fonte in questione non si esprimesse mai in termini di *culpa*, ma egli ri-

selbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat; durch diese Bestimmung übernimmt er die Garantie für die Folgen desselben». Così B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*³, 3 voll., Düsseldorf, 1870, § 307, II. 162 nt. 5. Tramite la ‘Bestimmung’ si genererebbe ‘affidamento’ nella controparte e questo comporterebbe una volontaria assunzione della garanzia per le conseguenze negative della propria dichiarazione negoziale. Lo studioso avrebbe poi cambiato opinione in occasione della pubblicazione della sesta edizione (1887), ‘verbesserte und vermehrte’, delle Pandette, in cui avrebbe sostenuto il fondamento legale della responsabilità in questione. Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1887, § 307, 184 nt. 5 (trad. it. C. FADDA - E. BENZA, *Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1904, 1 188 nt. 5). Sul punto v. F. PROCCHI, *Licet*, cit., 270 ss. e 344 s.

In siffatto contesto l'esplicita promessa da parte del venditore dell'assenza di vizi veniva da Jhering equiparata alla 'tacita garanzia'⁴⁶ che lo stesso avrebbe dovuto in ogni ca-

gleich selbst hinzu, er rechnet hier mit Widerspruch und wisse nicht, ob er diesen zum Schweigen bringen könne. Ich muß gestehen, daß auch hier nicht überzeugt worden bin. Gewiß mag es bei den Römern ebenso wie einen typisierten *dolus* auch eine typisierte *culpa* gegeben haben. Aber dann wäre doch eher zu erwarten, daß die Texte dann auch von dieser *culpa* reden und ihr ausdrücklich oder stillschweigend die hier fraglichen Sachverhalte zuschlagen. Gerade an einer solchen Erwähnung der *culpa* fehlt es jedoch. Zudem stammen die einschlägigen Texte von Spätklassikern (Mod., Ulp., Paul.), für die eine weitgehende Typisierung eher unwahrscheinlich ist». Cfr. anche F. PROCCHI, *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

⁴⁶ La teorica della cd. 'assunzione tacita di garanzia' sarà compiutamente sviluppata da Bernard Windscheid nelle prime cinque edizioni delle sue Pandette. A giudizio di questo autore la dichiarazione negoziale conterrebbe una tacita assunzione di garanzia per le conseguenze che essa aveva cagionato alla controparte che fosse stata indotta a confidare nell'effettiva conclusione del contratto, giacché essa ignorava – né era tenuta a conoscere – il motivo di nullità. Il fondamento dell'assunzione di responsabilità da parte del dichiarante, per aver deluso la fiducia della controparte, viene identificato nel fatto che «er muß für die Folgen dieses Vertrauens eintreten, eben weil er das-

rità indiscussa di Friedrich Carl von Savigny (1779-1861¹¹), imponeva infatti all'interprete di considerare nulli tutti i contratti affetti da

contratto, tuttavia, tali autori erano per lo più soliti accompagnare dei 'correttivi' a tutela della controparte che avesse contrattato in buona fede. Sul punto mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *Licet*, cit., 90 ss., con citazione di ulteriore bibliografia.

¹⁰ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1940, § 4, I. 7 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, I. 36 s.). Sul punto mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *Licet*, cit., 10 nt. 10.

¹¹ E. LANDSBERG, voce *Savigny, Friedrich Carl von*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XXX, Leipzig, 1890, 425 ss.; R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte*, III.2, *Text*, cit., 186 ss.; P. KOSCHAKER, *Europa*, cit., 254 ss. (trad. it. A. BISCARDI, *L'Europa*, cit., 435 ss.); F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., 381 ss. (trad. it. U. SANTARELLI - S.A. FUSCO, *Storia*, II, cit., 53 ss.); G. PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., 91 ss./421 ss.; G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, cit., 170 ss. (trad. it. P. CAPPELLINI - M.C. DALBOSCO, *Storia*, cit., 227 ss.); G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen*, cit., 352 ss.; A.M. HESPANHA, *Panorama*, cit., 182 ss. (trad. it. L. APA - L. SANTI, *Introduzione*, cit., 213 ss.); P. STEIN, *Roman Law*, cit., 115 ss. (trad. it. L. GAGLIARDI, *Il diritto*, cit., 143 ss.); J. RÜCKERT, voce *Savigny, Friedrich Carl von*, in *Juristen*, cit., 555 ss.; D. NÖRR, voce *Savigny, Friedrich Carl*, in *Neue deutsche Biographie*, XXII, Berlin, 2005, 470 ss.

errore essenziale ed impediva, pertanto, che il danneggiato dall'altrui erronea dichiarazione potesse esperire l'azione contrattuale per il risarcimento del pregiudizio subito¹². D'altra parte, a voler rimanere saldamente ancorati alle fonti del diritto romano, anche la strada della responsabilità extracontrattuale risultava – a giudizio di Jhering – impercorribile per chi avesse sofferto un danno di questo tipo, essendo l'applicabilità della sussidiaria *actio doli* limitata alle sole ipotesi di contegno doloso di un contraente¹³ e l'operatività dell'*actio ex lege Aquilia* circoscritta al ristoro del solo *damnum corpore corpori datum*¹⁴.

¹² H. COING, *Europäisches Privatrecht*, II, cit., 276 s.; R. ZIMMERMANN, *The Law*, cit., 614 ss. Ma v. anche M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quad. fior.* IX, 1980, 265 ss., ove si evidenzia come il sistema delle dichiarazioni di volontà secondo Savigny si costruisca comunque intorno al proprio elemento formale.

¹³ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 627 s. Circa l'utilizzo dell'*actio de dolo malo* come sanzione di una responsabilità 'borderline', v. le considerazioni di P. LAMBRINI, *La 'culpa'*, cit., 289 ss.

¹⁴ Sulle caratteristiche dell'*actio legis Aquiliae* v., per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 621 s. In tempi recenti, tuttavia, M.F. CURSI, *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 23 ss.; EAD., *Danno e responsabilità extracontrat-*

propria presunzione assoluta di colpa in capo all'alienante⁴⁴: a suo giudizio, infatti, in ipotesi del genere la *culpa* del *venditor* consisterebbe nel fatto stesso di aver dato corso alla vendita⁴⁵.

sulla responsabilità di tipo 'oggettivo' nascente dall'editto degli edili curuli per i vizi occulti di schiavi o animali compravenduti nei mercati, o per mancanza in essi delle qualità promesse, cfr. A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, 201 ss., con ampie citazioni bibliografiche.

⁴⁴ La tendenza a considerare la responsabilità del venditore fondata su una presunzione assoluta di colpa, anziché sul criterio della cd. 'responsabilità oggettiva' (da intendersi correttamente come responsabilità *sine culpa*), ancorché minoritaria, è significativamente attestata nella letteratura in tema di azioni edilizie. Tra gli autori moderni essa è stata sostenuta soprattutto da R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, 40 ss. e, in tempi recenti, è stata condivisa da L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 41; EAD., *Annotazioni*, cit., 10. Per la discussione critica delle diverse posizioni assunte dagli studiosi in tempi meno recenti, v., per tutti, L. MANNA, *'Actio'*, cit., 104 ss. Cfr. anche L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 6 s.

⁴⁵ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 35 s./356 s. (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 71 e 73). Una tale affermazione è, quanto meno per il diritto romano classico, priva di ogni fondamento. Cfr. D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte*, cit., 172: «Jhering fügt freilich

ché con quello dell'*actio empti* quando fosse stata promessa l'assenza di vizi⁴³) una vera e

nell'*emptio venditio*. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti, in AA. VV., *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 476 ss.

⁴³ Jhering richiama, in questo caso, Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.13.3: *Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? videamus, an ex empto teneatur. et putem teneri. atqui ignoravit: sed non debuit facile quae ignorabat adseverare. inter hunc igitur et qui scit praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem*. Sul passo, nella letteratura più recente, cfr. H. HONSELL, 'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, 84 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 446 nt. 1477; M. MEMMER, *Der 'Schoene Kauf' des 'guten Sklaven'*, in *ZSS, CXX*, 1990, 13 nt. 48; L. MANNA, 'Actio redhibitoria' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis', Milano, 1994, 130 ss.; L. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Iura*, XLV, 1994, 246 nt. 53; É. JAKAB, 'Praedicere' und 'cavere' beim Marktkauf. *Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, 191 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, 174 ss. Da ultimo, sul rapporto tra *actio empti* ed *actio redhibitoria* per i *dicta et promissa venditoris* cfr. anche N. DONADIO, *Qualità promesse e qualità essenziali della 'res vendita': il diverso limite della responsabilità per 'reticentia' e quella per 'dicta promissave' nel 'diritto edilizio' o nel 'ius civile'*, in *TSDP III 2010*, sez. 'Incontri di studio' (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), 1 ss. Più in generale,

tuale nella storia del diritto privato, Napoli, 2010, 64 ss., 90 s., 115 ss., ha il merito di aver evidenziato come le fonti registrino, accanto alla tradizionale *actio directa* – destinata ai soli danni relativi alla distruzione della cosa materiale in proprietà, secondo condotte che l'interpretazione giurisprudenziale andò tipizzando *corpore* (con l'intervento di attività fisica) ed in direzione dell'altrui *corpus* (cd. *damnum corpore corpori datum*) – la spinta a voler superare i limiti di tale azione aquiliana diretta, estendendo l'ambito della tutela ad ipotesi di danneggiamento in cui non è ravvisabile la lesione materiale della *res*, ma che si riflettono comunque sul patrimonio del *dominus* o di soggetti che vantano un interesse sulla cosa. Già i giuristi classici avrebbero quindi affiancato all'azione diretta, un'*actio utilis* ed un'*actio in factum legis Aquiliae* che i giustinianeî avrebbero contrapposto, riconducendo la prima al *damnum non corpore* ma *corpori datum* e la seconda al danno né *corpori*, né *corpore datum*. Proprio quest'ultima azione (*actio in factum generalis*) avrebbe fondato un'obbligazione generale di risarcimento del danno che ben si sarebbe prestata ai successivi ulteriori allargamenti interpretativi del diritto intermedio, per l'approfondimento dei quali si rinvia a H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, 509 ss.; J. SCHRÖDER, *Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaftes Schadenszufügung im deutschen 'Usus modernus'*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995, 144 ss.; R. FEENSTRA, *Zum Ursprung der deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen*, in *ZEUP*, IX, 2001, 585 ss.; F. PROCCHI,

Tale soluzione pareva inaccettabile al giurista frisone, soprattutto con riguardo a tre casi ricorrenti nella prassi dei suoi giorni:

- quello dell'errore di scrittura commesso in una contrattazione svoltasi in via epistolare¹⁵;
- quello della commissione mal eseguita dal messaggero che si facesse latore dell'altrui volontà negoziale in qualità di mero *nuntius*¹⁶;
- quello della manifestazione di volontà affidata ad un dispaccio telegrafico trasmesso con errori da parte del telegrafista¹⁷.

Lo studioso passò, quindi, in rassegna le fonti del diritto romano al fine di verificare la possibilità di delineare un'azione risarcitoria generale¹⁸, di natura sostanzialmente contrat-

Licet, cit., 126 s. e nt. 136; ID., *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

¹⁵ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 2/328 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 5).

¹⁶ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 4 s./330 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 9 e 11).

¹⁷ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 6/331 s. (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 13).

¹⁸ Sulla metodologia 'costruttiva' della teorica e, in particolare, circa alcune peculiarità rispetto alla 'juri-

sen, durch Deine Unkenntniß ist der Gegner in Schaden gekommen⁴⁰».

Non potendo trascurare che vi potessero essere casi in cui il venditore, pur usando la massima diligenza, avesse ignorato l'impossibilità della prestazione, Jhering delineò (ragionando per analogia⁴¹ col regime delle azioni edilizie per i vizi ed i difetti occulti⁴², non-

⁴⁰ Così R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 34/356 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 69).

⁴¹ M.J. SCHERMAIER, *L'errore*, cit., 218 ss. dedica la propria attenzione alle possibili interazioni tra la dottrina dell'*error*, da una parte, e la disciplina dell'impossibilità iniziale della prestazione e della garanzia per vizi, dall'altra. Con riferimento a quest'ultima l'autore afferma (*ibid.* 226) significativamente che: «... il confine tra diritto in materia di errore e diritto in materia di garanzia per vizi è determinato; tuttavia, questo confine è molto formale e, considerato dal punto di vista economico, addirittura non pratico».

⁴² Jhering richiama espressamente Ulp. 1 *ad ed. aed. cur. D. 21.1.1.2: Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.* Sul passo cfr., da ultimo, N. DONADIO, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni*

dürfnis einer Schadensersatzklage in nicht geringerem Maße vorhanden ist³⁸».

4. *In particolare: la presunzione assoluta di ‘culpa’ in capo al venditore che ignori la reale condizione giuridica del proprio bene.*

Nel caso di specie la ‘colpa’ contrattuale del venditore consisterebbe nell’aver ommesso tutti i controlli necessari a conoscere la reale condizione del bene e, quindi, l’impossibilità della prestazione³⁹.

«Wenn das Gesetz den Verkäufer in den beiden uns bekannten Fällen zur Leistung des Schadensersatzes verpflichtet, so macht es ihm damit den Vorwurf: Du hättest den Vertrag gar nicht abschließen sollen, denn Du hättest das Hindernis desselben kennen müs-

³⁸ Così R. VON JHERING, *‘Culpa’*, cit., 41/362 (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa’*, cit., 83).

³⁹ Circa la astratta delineabilità di una siffatta *culpa* in configurazione omissiva, mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

tuale, 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.

2. *Le fonti a sostegno della teorica della cd. ‘culpa in contrahendo’.*

Sulla scia di uno studio di Heinrich Richelmann pubblicato nel 1837¹⁹, Jhering soffermò la propria attenzione in particolare su alcune fonti in materia di vendita di *res extra commercium* e di eredità inesistente²⁰.

Quanto al primo caso, venivano in discussione²¹:

stische Konstruktion’ del primo periodo, mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *Nota*, cit., xxxvi.

¹⁹ H. RICHELMANN, *Der Einfluß des Irrthums auf Verträge*, Hannover, 1837, 129-138.

²⁰ Per l’esegesi di tali fonti mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *‘Dolus’*, cit., 224 ss.; ID., *‘Licet’*, cit., 193 ss., *praecipue* ntt. 16, 18, 19, 20, 25 e 31 ove viene discussa la moderna letteratura sul tema.

²¹ R. VON JHERING, *‘Culpa’*, cit., 8 s./333 s. (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa’*, cit., 17, 19).

Mod. 5 reg. D. 18.1.62.1: *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.*

Inst. 3.23.5: *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

Ulp. 25 ad ed. D. 11.7.8.1: *Si locus religiosus pro puro venisse dicitur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.*

Quanto alla seconda fattispecie, entravano in gioco²²:

Iav. 2 ex Plaut. D. 18.4.8: *Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distinguere oportebit, ut, si est quidem*

²² R. VON JHERING, 'Culpa', cit., 9 s./334 s. (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 19, 21).

Per Jhering, infatti, il criterio di responsabilità fondamentale era quello della *culpa*, in quanto egli riteneva scontato che chi rispondeva per colpa, a maggior ragione dovesse rispondere anche per dolo; rilevava, inoltre, che erano numericamente esigui i casi nei quali al debitore era attribuita – come regola generale – una responsabilità limitata al dolo.

Questa concezione generale sarebbe stata dall'autore sintetizzata, pochi anni più tardi (1867), nelle note massime «kein Uebel ohne Schuld» e «keine Strafe ohne Schuld»³⁶.

L'adozione della colpa quale criterio di imputazione della particolare forma di responsabilità contrattuale che veniva delineandosi rappresentava, pertanto, non solo il 'movente legislativo', ma anche il 'fondamento giuridico' strumentale alla generalizzazione della stessa in via di principio³⁷. Secondo lo studioso la *culpa* rappresenta, infatti, il 'ponte' «um von den zwei Fällen der Quellen zu den vielen andern zu gelangen, in denen das Be-

³⁶ R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Gießen, 1867, 8, 60 e *passim* (trad. it. F. FUSILLO, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Napoli, 1990, 9, 56 e *passim*).

³⁷ F. PROCCHI, 'Licet', cit., 211 s.; ID., *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

Jhering ritiene significativamente che «das legislative Motiv unserer Klage kann also nicht (...) in der *bona fides* des Käufers gesucht, die Klage mit der des wirklichen Käufers überhaupt gar nicht in Parallele gebracht werden. Wir müssen vielmehr uns daran halten, daß sie eine Schadensersatzklage ist, und demgemäß versuchen, ob dieser Gesichtspunkt und das Verständniß derselben zu erschließen vermag³⁴».

Abbandonata la prospettiva fondante della buona fede del compratore e muovendo, invece, dal presupposto della natura risarcitoria dell'*actio* in questione, l'autore si proponeva dunque di verificare se il fondamento della stessa potesse essere ravvisato in una *culpa*, al pari di quanto era normalmente richiesto perché il convenuto potesse essere chiamato a risarcire i danni cagionati alla controparte³⁵.

usate tanto in fattispecie dolose, quanto in ipotesi del tutto immuni da qualsiasi intento frodatorio; N. KUONEN, *La responsabilité*, cit., 22.

³⁴ Così R. VON JHERING, '*Culpa*', cit., 34/356 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 69). Cfr. B.J. CHOE, '*Culpa*', cit., 119 ss.; F. PROCCHI, *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

³⁵ R. VON JHERING, '*Culpa*', cit., 34/356 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 69). Cfr. B.J. CHOE, '*Culpa*', cit., 119 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La violazione*, cit., 621; F. PROCCHI, '*Licet*', cit., 205 s.

aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur

Paul. 33 *ad ed.* D. 18.4.9: *et si quid emptoris interest.*

L'autore preferiva affidare a queste sole fonti la costruzione della propria teorica, in quanto a suo giudizio atte a comprovarla senza ombra di dubbio²³, rinviando ad un secondo momento l'esegesi dei passi in tema di vendita di un uomo libero scambiato per uno schiavo, forieri di dubbi interpretativi che potevano essere risolti, a suo giudizio, solo alla luce di risultati già acquisiti²⁴.

²³ R. VON JHERING, '*Culpa*', cit., 8/333 (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 17).

²⁴ R. VON JHERING, '*Culpa*', cit., 63 ss./381 ss. (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 127 ss.). In realtà il regime della compravendita delle *res extra commercium*, nel caso in cui il compratore fosse di buona fede, suscita per l'interprete maggiori difficoltà rispetto alla vendita dell'uomo libero: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 335 s. e nt. 309. L'esistenza del negozio era negata da giuristi che pur ammettevano la validità della vendita di uomo libero: cfr. Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1-2 e Paul. 5 *ad Sab.* D. 18.1.23 che evidenzia, come unico rimedio possibile, la ripetizione del prez-

Dall'analisi di questi frammenti, Jhering ritenne di poter estrapolare i seguenti elementi fondamentali²⁵:

- 1) la conclusione apparente di un contratto di vendita;
- 2) la nullità di questa vendita per una qualche carenza intrinseca della cosa venduta, inalienabile in un caso ed inesistente nell'altro;
- 3) la responsabilità del venditore che doveva assicurare l'esistenza di tutti i requisiti dell'oggetto irrinunciabili per la nascita del contratto;
- 4) l'ignoranza del difetto da parte dell'acquirente;
- 5) la concessione di un'azione contrattuale in funzione risarcitoria.

Nell'economia del presente studio riveste particolare importanza il terzo requisito delineato dall'autore, in quanto esso gioca un ruolo

zo indebitamente versato dal compratore. Sul punto mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *Licet*, cit., 196 nt. 19 con citazione di bibliografia.

²⁵ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 10 ss./335 ss. (trad. it. F. PROCCHI, *Della 'culpa'*, cit., 21 ss.). Cfr. B.J. CHOE, *'Culpa'*, cit., 15; F. PROCCHI, *Licet*, cit., 200 s.; ID., *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

una qualche ragione (indipendente da comportamenti malevoli della controparte³³).

³³ R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 11/336. Sul punto v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La violazione*, cit., 618; F. PROCCHI, *Licet*, cit., 201 e nt. 31. Circa il significato 'oggettivo' della forma passiva *decipi*, v. anche H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958, 124, voce *Decipere*, secondo cui «... die passive Form *decipi*, *deceptus* wird sowohl gebraucht von einem Betrogenwerden und Betrogensein (l. 3 § 1 D. 4,4) wie auch von jemand, der sich in seinen Erwartungen getäuscht sieht, ohne dass fremde Arglist sein Irren hervorgelaufen hat (Gai. I, 190: *feminae ... levitate animi .. decipiuntur*. l. 4. 19 D. 4, 4. l. 9 § 1 D. 12, 4. l. 9 § 3 D. 13, 7. l. 41 D. 19, 1. l. 20 D. 39, 3: *per errorem aut imperitiam deceptus*). In letzterem Sinne bildet *deceptus* den Gegensatz zu *circumventus* (l. 44 D. 4, 4: *vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti*) oder *circumsriptus* (l. 7 § 1 D. 44, 1)». Nella moderna letteratura romanistica, su questo particolare aspetto, cfr. P. VOICI, *Le obbligazioni*, cit., 153, che chiarisce come in svariate fonti il termine *deceptus* indichi 'tout court' il soggetto che ha subito un danno; F. CUENA BOY, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Valladolid, 1992, 77 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 337 nt. 324; F. MUSUMECI, *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e La beone*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, 49 s. e nt. 30 che opportunamente precisa che anche espressioni come *circumsriptus* e *circumventus* possono, nella loro ambivalenza semantica, esser state

al cd. *dolus in contrabendo*³² del venditore ed anzi ammetteva che, nei casi di specie, non di rado potesse accadere che anche quest'ultimo avesse ignorato in buona fede l'impossibilità giuridica della prestazione dedotta in contratto.

In queste ipotesi, quindi, l'impiego di *decipi* starebbe semplicemente a significare il fatto stesso che l'acquirente è caduto in errore per

³² Sul punto mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *Dolus*, cit., 184, 204 ss. ove evidenzio come la condotta dolosa occorsa nella fase delle trattative viene, per lo più, presa in considerazione dalle fonti al solo fine di garantire una tutela di natura risarcitoria in ipotesi in cui l'errore ingenerato nella controparte comunque non inficia in alcun modo la validità e l'efficacia del negozio. Solo in alcuni casi specifici viene accordata al *deceptus* una tutela diversa dai rimedi risarcitori. Adde M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 191 e 162 ove significativamente si sottolinea, tra l'altro, che «non va aprioristicamente escluso che, impregiudicati i suoi rapporti con la *fides*, fin dalle origini il sintagma *bona fides* avesse una potenzialità semantica – non sappiamo se e fin dove tradotta in atto – che coinvolgesse, come sua antitesi, anche il c.d. *dolus in contrabendo*: potenzialità che è pienamente attestata per il periodo classico, ma anche – con maggiore complessità di punti di vista – nell'ultima repubblica».

lo centrale nella costruzione del fondamento 'colposo' della nuova teorica; in questa sede, pertanto, concentreremo la nostra attenzione esclusivamente su questo profilo²⁶.

3. *In particolare: il 'movente legislativo' ed il 'fondamento giuridico' per il generalizzato riconoscimento di un'azione risarcitoria di natura contrattuale.*

Nel ricercare le basi dell'azione che andava delineando, Jhering non aveva, infine²⁷, esitazioni nello scartare la configurabilità di una sorta di 'contraente putativo', la cui tutela a-

²⁶ Per un'analisi più completa e dettagliata della teorica nel suo complesso, mi permetto di rinviare a F. PROCCHI, *Licet*, cit., 189 ss.; ID., *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.

²⁷ A ben vedere, infatti, almeno in un primo momento della propria riflessione Jhering doveva aver pensato proprio ad una sorta di 'contratto putativo' per giustificare la concessione dell'*actio empti* nonostante la nullità della compravendita. Infatti, in una lettera del carteggio con il collega germanista Gerber, datata 23 settembre 1859, l'autore annuncia all'amico di aver iniziato a lavorare alacremente ad un articolo da pubblicare sui 'dogmatische Jahrbücher', il cui titolo provvisorio era 'Schadensersatz bei putativen Contracten'. Cfr. *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, a cura di M. Losano, Milano, 1977, 277. Sul punto v. F. PROCCHI, *Nota*, cit., xix nt. 11.

vrebbe potuto esser costruita sulla falsa riga di quella accordata al ‘proprietario putativo’, *bonae fidei possessor*²⁸. L’*actio empti* in questione non poteva esser stata creata per analogia con l’azione concessa all’acquirente reale²⁹, né essa poteva essere fondata sulla buona fede dell’acquirente, perché in questo caso anche il venditore avrebbe potuto vantare la medesima *bona fides* dell’*emptor*³⁰.

Facendo propria la lezione di Savigny, secondo cui «die Erwähnung des *emptor deceptus* kann vielleicht bloß beispielsweise gemeint seyn, da im Fall eines Betrugs die Verbindli-

²⁸ Così R. VON JHERING, ‘*Culpa*’, cit., 33/355 (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa’*, cit., 67). Cfr. F. PROCCHI, ‘*Licet*’, cit., 205.

²⁹ Jhering critica espressamente e reiteratamente (‘*Culpa*’, cit., 17 s./341 s.; 33/355) la costruzione proposta da G.C. BURCHARDI, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Göttingen, 1831, 328, secondo cui la precisazione di Modestino – *licet emptio non teneat* – dovrebbe indurre l’interprete alla conclusione che l’impossibilità di procurare la cosa promessa obbligherebbe, comunque, il venditore a prestare un equivalente della stessa. Jhering nota giustamente la contraddittorietà di tale soluzione, giacché la prestazione di un equivalente è comunque una forma alternativa di adempimento che presuppone la validità del contratto.

³⁰ R. VON JHERING, ‘*Culpa*’, cit., 33 s./355 s. (trad. it. F. PROCCHI, *Della ‘culpa’*, cit., 67 e 69).

chkeit besonders unzweifelhaft wird. Es kann aber auch der Ausdruck *deceptus*, so wie er in manchen anderen Stellen vorkommt, bloß den unbestimmten Sinn des *getäuschten Käufers* mit sich führen, wobei es unentschieden bleibt, ob diese Täuschung ihren Grund hat in der Unredlichkeit des Gegners oder nicht³¹», Jhering negava, infatti, che il fondamento dell’azione accordata dai giuristi nei passi sopra richiamati fosse da ricondursi

³¹ F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, II, cit., § 81, 291 s. (trad. it. G. PACCHIONI, *Le obbligazioni*, II, cit., 268 s.). Anche F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, 122 aveva avuto modo di evidenziare come in Mod. 5 *reg. D.* 18.1.62.1 «kann doch aus dem Gebrauch des Wortes: *decipi* ein sicherer Schluß auf einen *dolus* des Verkäufers nicht gezogen werden»: cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La violazione*, cit., 618. Mommensen, tuttavia, aveva utilizzato l’accezione ‘oggettiva’ del verbo *decipi* al fine di giustificare l’applicazione della clausola di equivalenza *culpa lata dolo aequiparetur* nell’ambito di un’azione di natura sostanzialmente extracontrattuale che egli identificava in una sorta di ‘sostituto’ dell’*actio doli*, azionabile anche per colpa grave del dichiarante. Cfr. F. PROCCHI, ‘*Licet*’, cit., 200 e nt. 29; ID., *Roman Contracts*, cit., in corso di pubblicazione.