

Libera Università Maria SS. Assunta

**Dipartimento di Giurisprudenza – Palermo**

**A.A. 2020-2021**

**Il DIRITTO CIVILE NELLA GIURISPRUDENZA**

**Prof.**

**Stefano Sajeva**

**(s.sajeva1@lumsa.it)**

Tutor

Ruggero Picone

(r.picone1@lumsastud.it)

**APPUNTI SUL PRINCIPIO DI BUONA FEDE**

**(Lezione 18 febbraio 2021)**

La buona fede, tra tutte le clausole generali presenti nell’ordinamento, è forse quella che ha segnato maggiormente l’evoluzione del diritto civile moderno e che meglio rappresenta l’interazione che esiste fra la giurisprudenza e il diritto scritto.

Essa può essere intesa in **due accezioni**, tra loro distinte: in senso soggettivo e in senso oggettivo.

Buona fede in senso soggettivo: stato psicologico di un soggetto agente.

Questo stato soggettivo può declinarsi in vari modi: nell’erronea *convinzione* che il proprio agire sia conforme a diritto; oppure nell’ *ignoranza* del fatto che la condotta posta in essere sia idonea a offendere, ledere, la situazione giuridica soggettiva altrui; o ancora, la buona fede in senso soggettivo può anche essere intesa come ragionevole *affidamento* che un soggetto faccia della corrispondenza al vero di una situazione apparente.

Ad esempio, si pensi al pagamento al creditore apparente (*art. 1189 c.c*.): il debitore che paga a chi appare creditore - ma che in realtà non lo sia-, estingue il proprio obbligo. Ciò in quanto si dà rilievo alla sua buona fede, ossia al ragionevole convincimento di star facendo ciò che andava fatto, ossia di tenere una condotta solutoria nei confronti dell’avente diritto.

Altro esempio è l’a*rt. 128 c.c.* (matrimonio putativo): il matrimonio, ancorché contratto in presenza di una causa di invalidità, viene preservato e conserva la sua validità se i coniugi lo hanno contratto in buona fede, cioè convinti di agire entro la cornice dettata dalle norme dell’ordinamento.

Altro impiego dell’accezione di buona fede in senso soggettivo si ha in materia di possesso (*art. 1147* e *art. 1153 c.c*.): chi possiede in buona fede, non essendo consapevole di ledere la cosa altrui e quindi di ledere l’altrui diritto, può ricavare da tale situazione di fatto l’acquisto a non domino della proprietà.

Buona fede in senso oggettivo: essa è una regola di condotta, di comportamento.

Essa è imposta dall’ordinamento tutte quelle volte in cui esista un rapporto giuridico.

Quando due soggetti (o, meglio dire, due situazioni giuridiche soggettive) interagiscono, si crea un rapporto giuridico; l’ordinamento pretende che in tali rapporti giuridici le parti osservino un comportamento conforme a buona fede: dunque un comportamento *corretto*, *leale* e *probo*.

Tale accezione di buona fede presuppone un rapporto giuridico e si estrinseca in una aspettativa che l’ordinamento nutre quando due sfere giuridiche interagiscono fra loro, creando una dinamica intersoggettiva che può essere *cooperativa* o *competitiva*.

È cooperativa quando le parti, inizialmente in posizioni diverse e distanti, trattano e arrivano ad accordarsi in un contratto, componendo un regolamento dei propri interessi; la condotta di entrambe le parti muove infatti verso un’unica direzione, ovvero realizzare l’obiettivo (la causa) perseguito col contratto.

È competitiva quella dinamica che contraddistingue la fase precedente alla stipula del contratto, in cui le parti sono in posizioni di tendenziale conflitto e ciascuna di esse mira a soddisfare il massimo profitto per sé, ossia il proprio interesse. Ciò si concretizza nel tentativo di portare, lecitamente, l’asse della negoziazione a proprio vantaggio.

Tale ultima dinamica si conclude con la stipula del contratto. Anche nella dinamica competitiva, come nella prima, le parti devono dunque perseguire il proprio interesse egoistico, tenendo peraltro in debita considerazione anche l’interesse della controparte al fine di tutelarne la sfera giuridica.

Le **norme** che indicano il principio di buona fede in senso oggettivo risultano compendiate in diverse disposizioni. Art. 1337 c.c.: durante le *trattative* le parti devono comportarsi secondo buona fede (dinamica competitiva); art. 1375 c.c.: durante l’*esecuzione* del contratto, le parti devono comportarsi secondo buona fede, in modo da eseguire le prestazioni principali; inoltre, esse devono agire anche secondo buona fede; art. 1358 c.c.: ipotesi di dinamica cooperativa, che interviene cioè dopo la conclusione del contratto, ma che si colloca in una fase di quiescenza dello stesso (si pensi al *contratto condizionato*, i cui effetti sono ricollegati al verificarsi di un evento futuro e incerto); le parti anche in questo caso sono tenute a comportarsi secondo buona fede, non dovendo tenere un comportamento che possa offendere l’altrui sfera giuridica e quindi alterare l’assetto di interessi per come stabilito nel contratto; art. 1366 c.c.: il contratto si *interpreta* secondo buona fede (il regolamento contrattuale va cioè interpretato in modo da non aggravare oltremisura un obbligo previsto per la parte debitrice o, al contrario, in modo da non accentuare oltremisura il diritto di pretesa di credito del titolare della posizione attiva). Il contratto dunque si interpreta in modo che si possa ricavare dal regolamento un significato equilibrato che possa realizzarne lo scopo senza pregiudicare le situazioni giuridiche soggettive dei contraenti.

Come anticipato all’inizio, la buona fede si considera una clausola generale.

Le clausole generali sono state definite come degli organi respiratori dell’ordinamento: permettono cioè a un sistema rigido come quello italiano, costruito su norme scritte, di adeguarsi all’evoluzione socio-economica della società.

Non c’è ambito del diritto civile che, come quello dell’interpretazione della clausola generale di buona fede oggettiva, rappresenti una maggiore espressione di questa tendenza evolutiva dell’ordinamento.

Nel 1942 infatti la clausola di buona fede era intesa in modo minimale.

Dominava la scena la **teoria valutativa**, che riconduceva la buona fede ad un *canone di valutazione* delle condotte tenute dalle parti.

Fondamentalmente era dunque un canone di valutazione ex post, e competeva al giudice farne applicazione nelle aule di giustizia: la dinamica cooperativa era fallita, vi era stato un inadempimento e si chiedeva al giudice di valutare la condotta della parte inadempiente al fine di stabilire se fosse stata o meno conforme a buona fede (ossia leale, corretta, proba).

Occorre adesso fare un passo indietro.

Quando si parla di obbligazioni e contratti, essi non vanno intesi come concetti separati.

Il rapporto obbligatorio potrebbe essere inteso come un’astrazione, una scissione, di un più ampio rapporto che può derivare da un contratto; il contratto vincola un soggetto passivo a realizzare una prestazione in favore del soggetto attivo e, parimenti, l’altro sarà obbligato ad effettuare una prestazione nei confronti del primo (contratti a prestazioni corrispettive).

Nello stesso senso, la buona fede genera degli obblighi nei confronti di entrambe le parti, in quanto ciascuno è, in relazione a tale aspetto, allo stesso tempo debitore e creditore.

Ad esempio, si pensi alla compravendita. L’acquirente ha diritto al trasferimento della proprietà della cosa, mentre il venditore ha il dovere di trasferire la proprietà della cosa (prestazione di dare). L’alienante ha il diritto di pretendere il pagamento del prezzo mentre l’acquirente ha l’obbligo di corrisponderlo: fasci obbligatori che si intrecciano per attuare il trasferimento della proprietà.

Inoltre, le dinamiche obbligatorie di matrice contrattuale mirano sempre a realizzare interessi acquisitivi: un soggetto non possiede un qualcosa e vuole arricchire il proprio patrimonio giuridico di una situazione giuridica soggettiva nuova. Per fare questo, conclude un contratto con un’altra parte che si obbliga a conferirgliela.

La teoria sin qui evidenziata ha subito un’evoluzione in chiave moderna: la buona fede, in principio strumento di valutazione ex post, in sede giudiziale, delle condotte tenute dalle parti, diventa **strumento di integrazione** del rapporto obbligatorio.

L’obbligazione, com’è noto, è il vincolo giuridico che impone al soggetto passivo di tenere un determinato comportamento (realizzare una certa prestazione) in favore del creditore, per soddisfare un interesse di quest’ultimo. Tale aspetto costituisce il contenuto primario, indispensabile, del rapporto obbligatorio.

*L’obbligo primario* deriva dal titolo dell’obbligazione (ossia dalla legge, dal contratto, o da qualsiasi altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità all’ordinamento giuridico).

A questo, peraltro, si affiancano altri obblighi, non specificati nel titolo dell’obbligazione, che derivano dall’evoluzione del sistema, ossia dalla buona fede. Infatti, essa genera degli **obblighi cd. accessori** che gravano su ciascuna parte. Non si tratta di obblighi tipizzati, in quanto nel contratto non vi è analiticamente descritto ciò in cui essi si concretano (altrimenti sarebbero obbligazioni primarie, in quanto deriverebbero dal titolo).

In altri termini, un soggetto che si obbliga ad una determinata prestazione nei confronti di altro soggetto potrebbe essere tenuto a obblighi ulteriori, non espressamente contemplati nella pattuizione tra di essi intercorrente.

Ad esempio, potrebbe essere chiamato ad *informare o avvisare* l’altra parte di certi aspetti; oppure, al contrario, a mantenere il segreto su certe notizie, assolvendo un obbligo di *riservatezza*; oppure ancora potrebbe essere “costretto” ad accettare modificazioni della pattuizione primaria perché, in effetti, la prestazione così modificata realizza comunque il suo interesse; potrebbe, altresì, dover proteggere la sfera giuridica altrui. Questi obblighi non scritti si ricavano dall’evoluzione del sistema e sono ricavabili dal principio di *solidarietà sociale* (art. 2 Cost.).

La buona fede come fonte integrativa del contenuto del contratto si declina quindi come principio di reciprocità: *ciascuno è chiamato a preservare la sfera giuridica della controparte, in tutti i modi in cui il concetto di preservare possa declinarsi, ma con un fondamentale limite, rappresentato dal proprio apprezzabile sacrificio*. In altri termini, il soggetto, per preservare la sfera giuridica altrui potrà essere obbligato ad adempiere una serie di obblighi ulteriori, sempreché queste condotte imposte non provochino alla parte che li realizzi un apprezzabile sacrificio. L’ordinamento si interessa a che il comportamento delle parti sia corretto, ma non si spinge fino al punto di pretendere che le stesse interagiscano con fini altruistici.

Si tratta dunque di un concetto che si declina in base alle circostanze del caso concreto; circostanze che possono portare, ex post, a ritenere, per un verso, che una parte avrebbe dovuto realizzare determinate condotte in quanto imposte dal rispetto dell’obbligo di buona fede e non arrecanti un sensibile pregiudizio al loro autore; per altro verso che, se poste in essere, esse avrebbero tutelato la sfera giuridica della controparte.

Gli obblighi descritti sono dunque atipici; non emergono dal titolo dell’obbligazione né dalla legge, ma si ricavano in base ad una valutazione che tiene conto del particolare contesto in cui si inserisce il rapporto.

La violazione degli obblighi di buona fede, così come la violazione degli obblighi primari previsti dal titolo, produce lo stesso risultato, ossia crea responsabilità civile (art. 1218 c.c.): se la violazione è grave, può comportare anche la risoluzione del contratto, altrimenti produce la possibilità di ottenere il risarcimento del danno.

Accanto all’*obbligo primario* di prestazione (ricavabile dal titolo) e agli *obblighi accessori* e integrativi di buona fede (non scritti, ricavabili dall’analisi delle circostanze), si collocano quelli **strumentali**. Questi obblighi vengono in rilievo quando si realizzano alcune specifiche prestazioni, come quelle di fare.

Ad esempio, quando si commette ad un falegname di realizzare un tavolo, il falegname non soltanto dovrà realizzarlo, ma dovrà realizzarlo a regola d’arte, ossia osservando puntualmente tutte le leggi del settore di riferimento.

Sono definiti strumentali perché determinano il *contenuto della prestazione* dovuta (non solo realizzare il tavolo, ma realizzarlo in maniera perfetta, secondo le regole del settore di appartenenza). Ecco perché vengono definiti strumentali: costituiscono uno strumento per la realizzazione della prestazione principale.

A tal riguardo assume rilevanza il concetto di **diligenza**: il debitore è tenuto ad adempiere secondo diligenza. Diligenza in senso lato significa allora osservare le specifiche *regole di cautela* imposte nel caso di specie, e, quando si ha riguardo alle obbligazioni di fare, le leges artis (regole tecniche del settore di appartenenza).

Oltre all’esempio del falegname, si pensi anche all’avvocato: quando gli viene conferito il mandato, egli non si obbliga a vincere la causa, non potendo prevederne l’esito; si obbliga, piuttosto, a fare tutto il possibile per vincerla, dunque a improntare la propria condotta esecutiva a diligenza professionale osservando tutte le regole del diritto tecniche che fanno di lui il perfetto avvocato.

Questa diligenza è definita *diligenza determinativa*, in quanto serve a determinare il contenuto della prestazione nelle obbligazioni di fare, di comportamento.

Tornando alla buona fede, occorre tenere a mente anche un’altra distinzione importante: la violazione della buona fede in senso oggettivo (intesa come regola di condotta) determina responsabilità civile, da inadempimento o extracontrattuale.

Dunque vi è un obbligo di risarcire il danno provocato e, in casi gravi, può comportare anche la risoluzione del contratto.

La violazione di tali regole, peraltro, non produce mai invalidità.

Tale principio è stato ribadito da *Cass. Civ., Sez. Un., n. 26724/2007*. In un certo momento vi è stata una tesi, minoritaria in dottrina, secondo la quale il principio di buona fede, ex art. 1175 c.c., avrebbe posto un limite di validità ulteriore rispetto a quelli già previsti dal legislatore per il contratto. Una lettura combinata degli articoli art. 2 Cost., 1375 c.c. e 1322 c.c. comportava come conseguenza il fatto che il contratto, per essere valido, non dovesse rispettare soltanto i requisiti legali previsti ai fini della validità dalle norme positive, ma doveva anche realizzare un assetto di interessi corretto, equo. La buona fede passava dunque da regola di condotta, integrativa, a regola di validità. Questa tesi è emersa nell’ordinamento perché, in taluni casi, certi obblighi di comportamento, specialmente nella legislazione speciale – codice consumo – sono stati elevati a regole di validità. In questo si era desunto un principio per ricavare che anche le regole di buona fede, se violate, potessero determinare l’invalidità del contratto.

La tesi in questione è stata respinta dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza poc’anzi citata, la quale ha ribadito la distinzione tra regole non scritte (ossia gli obblighi integrativi di buona fede, la cui violazione non può che produrre responsabilità), e regole tipizzate dal legislatore, da intendersi come requisiti di validità del contratto la cui violazione genera, appunto, invalidità.

La buona fede ha un ambito applicativo che va al di là del contratto e dell’obbligazione, sussistendo essa anche nel caso di rapporti giuridici reali.

Si pensi ad esempio *all’usufruttuario e al nudo proprietario*, i quali sono titolari di diritti reali su una cosa. Inizialmente si affermava non vi fosse un rapporto tra i soggetti, in quanto il rapporto era da intendersi tra la cosa e ciascun soggetto; la moderna dottrina invece afferma che esiste una relazione giuridica tra queste sfere giuridiche (usufruttuario- nudo proprietario). Al riguardo, l’art. 1005 c.c. disciplina il caso in cui la cosa su cui esistono questi diritti - usufrutto e nuda proprietà- necessiti di essere riparata.

L’esecuzione delle riparazioni, secondo il predetto articolo, compete immediatamente al nudo proprietario.

La norma è dunque intesa come se accordasse al nudo proprietario un diritto potestativo. I diritti potestativi sono diritti irresistibili: il soggetto che ne è titolare ha un potere di fare, ossia di agire nell’altrui sfera giuridica e l’altro soggetto è in uno stato di soggezione, non potendovi resistere.

In queste ipotesi la buona fede ha la funzione di mitigare il fascio di poteri irresistibili del diritto potestativo. È vero cioè che se il proprietario deciderà di realizzare le riparazioni, l’usufruttuario non vi si potrà opporre; ma la buona fede potrà imporre al primo degli obblighi, ad esempio, di concertare con l’usufruttuario i tempi, i luoghi, le modalità affinché tali riparazioni vengano realizzate, proprio per non ledere la sfera giuridica di quest’ultimo, che vedrebbe la cosa sottratta al proprio uso.

Un ulteriore esempio attiene agli *obblighi di informazione*, in un particolare ambito che è quello dei contratti di assicurazione professionale. L’assicurazione è un contratto aleatorio, stipulato perché un soggetto ha interesse a proteggersi da un rischio derivante dall’esercizio di un’attività.

L’assicuratore si accolla di pagare l’eventuale danno cagionato dall’assicurato in cambio di una prestazione in denaro. A tal fine, l’assicuratore calcola un premio per coprire il soggetto dai rischi che dovrà da quest’ultimo essere corrisposto. Nei contratti assicurativi c’è un premio base, fisso, e un maggior premio, che viene invece versato alla scadenza di ciascun periodo assicurativo.

L’art. 1901 c.c. dà il potere all’assicuratore di sospendere la copertura assicurativa quando tale maggior premio non è stato pagato. Posto che, ai fini della stipula di un siffatto contratto, l’assicuratore deve essere messo a conoscenza di tutte le informazioni necessarie per quantificare il rischio oggetto della pattuizione, si comprende che l’informazione riveste un ruolo molto importante: omettere di dire qualcosa per pagare di meno è una condotta sleale da parte dell’assicurato.

Ci si è allora chiesti se l’art. 1901 c.c., e dunque la sospensione della copertura assicurativa, si possa applicare anche nel caso in cui l’assicurato non abbia reso le informazioni imposte nel contratto, impedendo così all’assicuratore di stabilire con esattezza quanto chiedere al primo, in termini economici, per poterlo coprire dal rischio che si verifichi l’evento infausto.

La cassazione inizialmente aveva risposto positivamente al quesito, attraverso un’applicazione analogica.

Successivamente le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi (*Cass. Civ., Sez. Un., 4631/2007*) hanno negato questa possibilità; tuttavia hanno riconosciuto che, pur non potendosi applicare quella norma, se la violazione dell’obbligo di informazione è grave, compete comunque lo stesso all’assicuratore, come rimedio atipico, il potere di sospendere la copertura assicurativa.

Dalla buona fede possono derivare, come detto, anche **obblighi di protezione**. Tali obblighi possono essere, anche primari. In che senso? In un rapporto giuridico già perfezionato tra due soggetti, vi è anche, secondo buona fede, l’obbligo giuridico accessorio di proteggere la sfera giuridica altrui nei limiti di un proprio apprezzabile sacrificio.

È però possibile che due soggetti, pur non essendo legati da alcun rapporto giuridico obbligatorio in senso stretto, interagiscano. Da questa interazione, in certi casi, possono nascere obblighi di protezione primari e cioè non accessori ad altri.

In questo caso, questo obbligo primario sorge perché un soggetto *inizia ad eseguire una prestazione* di fare a favore di un altro soggetto, senza esservi obbligato né dalla legge né da un contratto né da un atto formale. Il soggetto inizia ad eseguire la prestazione, interagendo dunque con l’altrui sfera giuridica. A questo punto la controparte ha un legittimo affidamento a che lui, pur non essendone inizialmente obbligato, porti a termine quella prestazione avviata, e lo faccia nel modo migliore possibile, come un agente modello, rispettando dunque gli obblighi di diligenza.

Il soggetto non era obbligato ad una prestazione ma, avendola iniziata, deve concluderla come se vi fosse obbligato. Ecco che sorge in capo al soggetto agente un *obbligo primario di protezione* deriva dal contatto sociale posto in essere con la controparte. Quest’obbligo primario di protezione non è generico, bensì specifico: è concretizzato dal dovere del soggetto di portare a termine la prestazione che ha avviato, avendo invaso la sfera giuridica altrui senza esserne obbligato, e che ha creato un affidamento nell’altra parte.

Queste sono tesi dottrinali che hanno trovato il consenso della giurisprudenza in molti ambiti in cui esiste una relazione tra soggetti ma non vi è un’obbligazione in senso tecnico.

Il fatto dell’interazione, dell’avvio dell’esecuzione, dell’avere ingenerato un ragionevole affidamento sulla conclusione (chiamato contatto sociale) genera obbligazione.

È infatti ricondotto al *tertium delle fonti* (altro fatto idoneo a produrre obbligazioni, ex art. 1173 c.c.).

Obblighi di protezione accessori si agganciano ad un rapporto obbligatorio già esistente.

Esempio classico di questa teoria è il rapporto *medico ospedaliero - paziente*: il medico non stipula un contratto con il paziente; il paziente lo stipula con la struttura sanitaria.

Tra gli obblighi di quest’ultima vi è quello di mettere a disposizione un medico, che non è però scelto dal paziente. Quando il medico prende “in carico” il paziente, ne assume la responsabilità. Ha iniziato l’esecuzione e deve portarla a termine come se vi fosse obbligato da contratto.

Il contatto, in questo caso, crea un rapporto obbligatorio a tutti gli effetti, senza nessuna distinzione.

Altro esempio caratteristico è inerente alle *trattative*.

Le parti sono libere, nell’ambito della loro autonomia negoziale, di recedere dalle trattative. Durante le trattative tuttavia si avvia una dinamica, un’interazione e vi è un contatto sociale qualificato.

Le trattative possono infatti andare avanti per un certo periodo di tempo; ci si può accordare su taluni punti; si può anche ingenerare nella controparte l’affidamento che si arriverà alla stipula del contratto. Quando si crea tale affidamento, poi si ha un obbligo di comportarsi secondo buona fede, proteggendo l’altra parte; se tale affidamento viene violato, si avrà responsabilità da inadempimento e dunque risarcimento.

Il soggetto non è obbligato a stipulare, né a continuare a trattare. È solo obbligato a comportarsi secondo buona fede. Questo obbligo di buona fede può declinarsi anche come obbligo di protezione, facendo sorgere un’obbligazione vera e propria. Se il soggetto ha creato un affidamento nella controparte circa la conclusione delle trattative, non può poi recedere dalle trattative *senza giustificato motivo*. Diversamente, si configurerà una responsabilità precontrattuale.

Sul punto occorre chiarire alcuni aspetti.

Esistono due modelli di responsabilità: *aquliana* (le parti non sono legate da alcun rapporto, sono due sconosciuti, che creano un rapporto – risarcitorio - tra loro nel momento in cui si danneggiano); *da inadempimento* (cd. responsabilità contrattuale), che si configura quando già a monte tra quei soggetti esiste un rapporto giuridico (costituito da un obbligo primario e da più obblighi accessori); se tali obblighi non vengono rispettati, si crea un rapporto secondario, quello della responsabilità.

La *responsabilità precontrattuale*, invece, non è un tertium genus, ma è a metà strada.

I soggetti non son legati da un contratto, ma nemmeno sono così estranei, essendo legati da un qualche rapporto. La difficoltà è dunque come collegare le fattispecie.

Proprio la teoria degli obblighi primari di protezione serve per ricondurli nell’ambito della responsabilità da inadempimento: fattispecie che, in generale, sempre sono state viste come aquiliane, grazie a questa impostazione (che prevede che il contatto sociale qualificato, l’avvio dell’esecuzione di una prestazione, l’affidamento creino un obbligo di protezione, che altro non è se non l’obbligo di eseguire quella prestazione avviata senza esservi tenuto) servono proprio per ricondurre nell’ambito della responsabilità da inadempimento fattispecie che, in realtà, non lo sarebbero. Ciò perché quella da inadempimento ha un regime probatorio molto più di favore rispetto a quella aquiliana. In quest’ultima, chi si assume leso deve provare ogni aspetto della fattispecie (dovrà cioè individuare la condotta; un danno nella propria sfera giuridica; una legge scientifica che collega le condotte al danno; i danni patrimoniali o personali derivanti da quella lesione). Inoltre, il termine di prescrizione è ridotto (5 anni).

Quella da inadempimento invece è una responsabilità che si presume: se si ha un titolo che attesta che il soggetto ha diritto ad una determinata prestazione, tale diritto si presume; grava sul debitore invece dimostrare di avere adempiuto o che vi sia stata una impossibilità sopravvenuta; In questo caso, infine, la prescrizione è di 10 anni.

Queste teorie degli obblighi primari di protezione servivano a rendere più semplice la posizione del soggetto leso.

La responsabilità precontrattuale dunque non è un tertium genus, ma è la responsabilità attinente a quegli illeciti di difficile collocazione. Secondo la tesi degli obblighi primari di protezione, sarebbe responsabilità da inadempimento; secondo l’altra tesi si tratta invece di responsabilità da fatto illecito di cui all’art. 2043 c.c.

La responsabilità precontrattuale è una categoria descrittiva che serve ad individuare tutti gli illeciti che temporalmente si verificano nella fase delle trattative, dunque anteriore alla stipula del contratto.

La teoria degli obblighi primari di protezione ha la funzione pertanto di risolvere il problema della qualificazione di fattispecie di responsabilità di incerta collocazione, che si collocano a metà strada tra contratto e torto.