



A. DI MAJO, *OBBLIGAZIONI E TUTELE*, GIAPPICHELLI, TORINO, 2019, PP. XIII-289.

Nel mese di luglio 2018, veniva dato alle stampe un volume<sup>1</sup> con cui il Prof. Adolfo di Majo compendia-va, con una straordinaria combinazione di sinteticità, chiarezza e completezza, e senza mai abbandonare una prospettiva critica, l'evoluzione dottrinale, giurisprudenziale e normativa della responsabilità medica: par-tendo dalle concezioni più risalenti, passando per la “svolta” pretoria che ravvisò in capo al medico una re-sponsabilità (non già aquiliana, bensì) contrattuale da contatto sociale<sup>2</sup>, sino a giungere all'attuale quadro le-gislativo (che ha inteso “decontrattualizzare” tale responsabilità, al fine di contrastare la c.d. medicina difen-siva) e alle problematiche più attuali che da tale quadro derivano<sup>3</sup>.

Meno di un anno dopo, è stato pubblicato dallo stesso Autore<sup>4</sup> un nuovo lavoro nel quale ha inteso illu-strare, nella stessa ottica, il diritto delle obbligazioni nel prisma delle tutele: prisma che ha costantemente ca-ratterizzato il pensiero scientifico dell'illustre Maestro<sup>5</sup>, tramandato agli Allievi nell'insegnamento del diritto civile, e che trova in questa opera un'emblematica e apprezzabile consacrazione.

Sin da subito viene messo in evidenza come l'Autore, attraverso questo studio, abbia voluto recuperare quella centralità delle obbligazioni che il codice del 1942 aveva inteso assicurare dedicando ad esse il libro quarto (il più grande) e che tuttavia è andato sfumando a causa della concentrazione degli studi privatisti su altri istituti, quali il contratto e il fatto illecito, che pur tuttavia nella sistematica codicistica rappresentano “fonti di obbligazioni”<sup>6</sup>.

Infatti il contratto (nella parte seconda) e il fatto illecito (nella parte terza) vengono analizzati nel volume seguendo le due linee direttrici che danno il titolo al volume stesso: da un lato, appunto come fonti delle ob-bligazioni; dall'altro, come forme di tutela dei diritti. Le due prospettive, nell'ottica dell'Autore, sono peral-tro strettamente correlate e interdipendenti: le obbligazioni sono funzionali a tutelare gli interessi delle per-sone laddove, perché siano soddisfatti, vi sia “bisogno dell'altrui cooperazione” (come da insegnamento bet-tiano<sup>7</sup>); mentre le tutele, dal canto loro, per essere effettive debbono attuare – in natura o per equivalente – gli obblighi posti dall'ordinamento a carico dei consociati.

La prima parte è specificamente dedicata al “diritto delle obbligazioni” e alla ricostruzione delle sue coordinate fondamentali; nel primo capitolo vengono, innanzitutto, evidenziate le funzioni che le obbligazio-ni sono chiamate a svolgere, richiamando quelle tipiche, rispettivamente, del contratto e del fatto illecito: nel primo caso, in un'ottica statica, si consente lo scambio, giungendo a una nuova, diversa e più efficiente allo-cazione delle risorse; nel secondo caso, in senso statico, si assicura la conservazione dello *status quo*, iniben-done modificazioni derivanti da interferenze non consentite e non autorizzate<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Trattasi di A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>2</sup> Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 441 ss., con nota dello stesso A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

<sup>3</sup> L'A. è tornato sull'argomento anche successivamente: v., ad es., A. DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*, nota a Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991, in *Giur. it.*, 2020, 1, 37 ss.

<sup>4</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Giappichelli, Torino, 2019.

<sup>5</sup> Sin da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4 ed., Giuffrè, Milano, 2003; si vedano anche A. DI MAJO, *Adempimento e risar-cimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1, 1 ss.; ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 2, 289 ss.; ID., *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009; ID., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 4, 703 ss.; ID., *I rimedi giuridici tra ideologia e tecnica*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 3, 825 ss.

<sup>6</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., XI.

<sup>7</sup> Richiamato da A. DI MAJO, *op. cit.*, XII.

<sup>8</sup> Cfr. A. DI MAJO, *op. cit.*, 4, il quale sottolinea altresì come le obbligazioni possano anche assolvere una funzione restitutiva



L'attenzione viene poi soffermata sul “diritto di credito”, del quale viene messo in evidenza il profilo della titolarità-appartenenza (che sarebbe alla base della possibilità di cederlo, di pignorarne e di essere oggetto di tutela aquiliana), nonché sulla “responsabilità”, della quale viene ricordato il fondamentale ruolo che essa ha tradizionalmente assunto nella teoria dell'obbligazione, quantunque ridimensionato in tempi più recenti<sup>9</sup> in favore della primazia dei rimedi in forma specifica<sup>10</sup>.

Il Prof. di Majo, dopo aver richiamato le dimensioni dell'obbligazione quale “rapporto fondamentale”, evidenzia come essa dia vita a una “relazione” fra i soggetti che non si esaurisce in una semplice sommatoria dei diritti e degli obblighi reciproci. Ciò si appalesa maggiormente nei cc.dd. rapporti di durata<sup>11</sup>, che hanno assunto un'importanza sempre maggiore nell'economia moderna e contemporanea<sup>12</sup>. Successivamente si sofferma sull'obbligazione quale possibile *titulus detinendi* del bene acquistato e/o dell'utilità conseguita (pur non mancando di sottolineare che tale funzione risulta sfumata in un ordinamento basato sull'unificazione fra *titulus* e *modus acquirendi*<sup>13</sup>). Discorre, infine, diffusamente, della *valenza normativa* dell'obbligazione giungendo a sostenere che, lungi dall'essere un concetto in declino, la sua astrattezza e la sua generalità la rendono funzionale ad adattarsi alla realtà economico-sociale in cui i rapporti necessitano regole di governo<sup>14</sup>.

Il secondo capitolo della prima parte è dedicato alle fonti delle obbligazioni, di cui viene ricordata l'evoluzione storica nel sistema romanistico: dall'originaria bipartizione (*obligatio nascitur vel ex contractu vel ex delicto*), passando per la tripartizione (contratto/delitto/*varie causarum figurae*) alla quadripartizione (contratto/quasi contratto-delitto/quasi delitto). Quest'ultima è stata recepita nelle codificazioni ottocentesche (art. 1370 *code civil*; art. 1097 codice civile del 1865), con l'aggiunta della legge, a garanzia dei privati contro interventi arbitrari dello Stato<sup>15</sup>.

Il codice civile vigente ha affiancato al contratto e al fatto illecito «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Ebbene, viene ricordato come questa clausola generale abbia consentito un adattamento del sistema delle fonti delle obbligazioni al mutamento del contesto storico, economico, sociale e politico. Infatti, essa è stata concepita originariamente per sancire la supremazia dello Stato sui privati, *sub specie* di creazione da parte del primo di obblighi a carico dei secondi; se ne è data in seguito

---

(“correttiva”) in ordinamenti che ammettono forme di trasferimento astratto (come in quello tedesco, che accoglie un *Abstraktionssprinzip*). Nel nostro sistema, invece, che impone una giustificazione causale agli spostamenti di ricchezza, tale funzione «appare più ridotta» (A. DI MAJO, *op. cit.*, 5).

<sup>9</sup> Che già da tempo aveva evidenziato che «l'appiattimento della obbligazione sulla fonte contrattuale e cioè sull'atto di volontà, tipico del modello francese, ha fatto sì che l'effetto dell'obbligazione si realizzasse massimamente nel risarcimento del danno, così da fare sì che l'obbligazione non rinnegasse la volontà espressa nel contratto, specie nel suo risvolto di adempimento *invito debitore*. Il che ha impedito che dell'obbligazione, quale *iuris vinculum*, venisse apprezzata la forza coercitiva anche *contro* la volontà della parte renitente. È invece la *responsabilità patrimoniale* (art. 2740), e quindi quella per danni e la sua attuazione processuale (art. 2910 c.c.), ad essere considerata il “*Rückgrat*” (spina dorsale) della obbligazione. L'obbligazione, a differenza di altri doveri giuridici, reca seco la “responsabilità patrimoniale” di chi si obbliga» (A. DI MAJO, *Adempimento e risarcimento*, cit., 16 s.).

<sup>10</sup> V. A. DI MAJO, *L'adempimento “in natura” quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 4, 1149 ss. Più recentemente ID., *Ascesa e declino dell'adempimento in forma specifica*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1, 117 ss.

<sup>11</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 11 ss. Cfr. altresì ID., *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 2, 193 ss.

<sup>12</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 13, richiama, esemplificativamente, quelli di lavoro, di locazione, di affitto e di somministrazione di servizi.

<sup>13</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 14 s., ove si evidenzia che «l'obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) invece funge da solo titolo per giustificare quanto si è conseguito in esecuzione di essa».

<sup>14</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 19.

<sup>15</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 22.



una lettura riduttiva, in virtù della quale essa avrebbe dovuto intendersi come un rinvio “chiuso” ad ipotesi specificamente previste dalla legge; si è infine affermata un’interpretazione che ha consentito di individuare ipotesi atipiche di fonti (la più nota delle quali è il “contatto sociale qualificato”), rendendo così “aperto” il sistema delle fonti anche ai valori costituzionali<sup>16</sup>.

In relazione all’evoluzione delle singole fonti, l’Autore rammenta come, per un verso, il contratto non sia necessariamente fonte di obbligazioni (potendo invece direttamente e immediatamente trasferire o costituire diritti: art. 1376 cod. civ.)<sup>17</sup> e, per altro verso, non sia più sufficiente il *seul consentement*, essendo altresì indispensabile una giustificazione causale per (la validità del contratto e, quindi, per) l’assunzione dell’obbligazione<sup>18</sup>.

Il fatto *illicito*, dal canto suo, ha perduto la sua centralità, essendo la colpevolezza diventata un criterio di imputazione (un tempo centrale, ma ormai) residuale rispetto ad altri che progressivamente si sono affermati<sup>19</sup> ed essendosi, altresì, diffuse (quantitativamente e qualitativamente) le ipotesi di obbligazioni indennitarie da atto lecito. Di altre ipotesi tradizionali, come le promesse unilaterali, l’indebito e l’arricchimento senza causa, vengono ricordati gli aspetti maggiormente critici e le prospettive, anche con un immancabile sguardo comparatistico<sup>20</sup>.

Nel terzo capitolo della prima parte il Prof. di Majo si occupa degli “interessi rilevanti” nel rapporto obbligatorio. “*Ex latere solventis*”<sup>21</sup>, esclude che il debitore abbia un interesse diretto ad adempiere: semmai, tale interesse può essere strumentale alla soddisfazione di altro interesse meritevole di tutela (come nel caso emblematico del lavoratore). Diverso dall’interesse all’adempimento è l’interesse alla liberazione dal vincolo, che invece trova specifica tutela attraverso l’istituto della *mora credendi*.

“*Ex latere accipientis*”, il punto di partenza dell’analisi è la disposizione dell’art. 1174 cod. civ., che ha rappresentato un’innovazione rispetto alle codificazioni precedenti e di cui vengono ricostruite, con taglio critico, le diverse letture che sono state date<sup>22</sup>. Si affrontano poi i rapporti fra il comportamento dovuto dal debitore e la soddisfazione dell’interesse del creditore<sup>23</sup>, evidenziandone il rapporto di mezzo a fine, peraltro non necessario: il creditore può risultare soddisfatto anche per altre vie (adempimento del terzo o esecuzione forzata in forma specifica); il debitore può tenere il comportamento dovuto liberandosi dal vincolo senza che il creditore abbia ottenuto il bene della vita a cui aspirava (di qui la tormentata distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato<sup>24</sup>).

Dopo alcune considerazioni sulle tipologie di prestazione (e circa i profili di attualità della distinzione ro-

<sup>16</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 22 ss.

<sup>17</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 28 ss.

<sup>18</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 30 ss.

<sup>19</sup> Diffusamente anche A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>20</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 35 ss.

<sup>21</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 53 s.

<sup>22</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 43 ss.

<sup>23</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 47 ss.

<sup>24</sup> In proposito, l’Autore osserva che «fermo restando che, in tutte le obbligazioni, rileva tanto il comportamento quanto il risultato, può essere diversa la combinazione tra entrambi. È più che evidente che, in talune categorie di obbligazioni (ad es. quelle aventi per oggetto prestazioni professionali o l’attività dell’amministratore o del gestore), dipendendo il risultato cui tiene il creditore anche da fattori che non si identificano con l’attività dell’obligato (si pensi alla guarigione del malato o al buon esito della causa o della società amministrata), l’obligato non può essere ritenuto responsabile se il risultato non si raggiunge, tranne che non si dia la prova, da parte del creditore, che esso non si è raggiunto per colpa dell’obligato. In altre obbligazioni (ad es. quella dell’appaltatore), essendo il risultato *in obligatione*, è tale risultato (e cioè la costruzione dell’opera) ad essere “dovuto” dall’obligato e del mancato risultato dovrà, esso, rispondere (salvo l’esonero per impossibilità non imputabile)» (A. DI MAJO, *op. cit.*, 50).



manistica *dare-facere-praestare*), l'attenzione viene infine concentrata sull'interesse (non soltanto alla prestazione, ma anche) alla protezione<sup>25</sup> della propria sfera giuridica, che rappresenta un elemento centrale nella concezione moderna del rapporto obbligatorio, già oggetto di ampia elaborazione dottrinale in esperienze straniere (ove si parla di *obligations de sécurité*, ovvero di *Schutzpflichten*) e definitivamente acquisito anche nella nostra. Maggiormente controverso è se, ed eventualmente in che limiti, possa esservi soltanto la protezione, così configurandosi un'obbligazione senza (dovere primario di) prestazione<sup>26</sup>: l'Autore sul punto ammonisce a resistere alle tentazioni di allargare oltre misura l'area del contratto a discapito di quella del torto<sup>27</sup>.

Il quarto capitolo, continuando a seguire idealmente l'ordine del codice, è dedicato a qualche rapida ma densa considerazione sul principio di buona fede (art. 1175 cod. civ.) e sul dovere di diligenza (art. 1176 cod. civ.).

Del principio di buona fede, intesa in senso oggettivo, vengono ricordate le molteplici funzioni che è andato assumendo nel diritto delle obbligazioni, con particolare riferimento a quella di limite all'azione, pur di per sé lecita, dei soggetti (abuso del diritto)<sup>28</sup>.

A proposito del dovere di diligenza, che dev'essere di base quella del *bonus pater familias*, salvo che nell'esercizio dell'attività professionale (nel qual caso è richiesto un livello di diligenza adeguato alla natura dell'attività esercitata), l'Autore si sofferma diffusamente sulla sua rilevanza nel valutare se il debitore debba o meno essere ritenuto responsabile in caso di mancato conseguimento dell'utilità da parte del creditore<sup>29</sup>, nonché sulla distinzione fra "responsabilità per imperizia" e "responsabilità per (più semplice) imprudenza o negligenza", avendo particolare riguardo all'ipotesi della responsabilità medica<sup>30</sup>.

La prima parte del volume, nei capitoli quinto e sesto, si conclude soffermandosi diffusamente sulle vicende, fisiologiche e patologiche, dell'obbligazione, evidenziando come essa dovrebbe estinguersi attraverso l'(esatto) adempimento, che consiste nell'esecuzione della prestazione dovuta, spontaneamente oppure coattivamente. L'Autore non manca di evidenziare come questa prospettiva risulti ancor più marcata nel c.d. diritto privato europeo, nonché in altri ordinamenti (come quello tedesco), ove maggiore spazio viene riconosciuto all'adempimento "sanante" (*cure by non performing party*)<sup>31</sup>: finché è possibile, l'interesse dedotto in obbligazione deve essere soddisfatto in forma specifica. Si sofferma poi, analiticamente, sulla ricostruzione (sempre in chiave critica) delle diverse teorie dell'inadempimento (con particolare riferimento alla rilevanza attribuibile alla colpa, o più in generali a profili soggettivi)<sup>32</sup>, nonché sul risarcimento del danno ad esso conseguente, sviluppando ulteriori considerazioni sulla dicotomia fra debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*)<sup>33</sup>.

In conclusione di questa parte, il Prof. di Majo si concentra su alcuni aspetti del diritto delle obbligazioni che soltanto in tempi recenti sono stati al centro della riflessione giuridica (che sono diventati di ancor più drammatica attualità poco meno di un anno dopo la stampa del libro, e che potrebbero diventarlo sempre di più alla luce dei più recenti eventi sulla scena internazionale), vale a dire i possibili profili di rilevanza della

<sup>25</sup> V. già A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 1, 1 ss.

<sup>26</sup> Riflessioni anche in A. DI MAJO, *Della responsabilità civile "restaurata" (a proposito del libro di Carlo Castronovo, Responsabilità civile)*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 3, 895 ss.

<sup>27</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 61 ss.

<sup>28</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 69.

<sup>29</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 70 ss., spec. 74 ss.

<sup>30</sup> Vengono pertanto sviluppate le riflessioni già compiute in A. DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, in *Giur. it.*, 2018, 4, 841, nonché in ID., *La salute responsabile*, cit., spec. 11 ss.

<sup>31</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 91 s.

<sup>32</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 92 ss.

<sup>33</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 122 ss.



crisi economica del debitore sulla sorte dei rapporti obbligatori. Secondo il pensiero più classico e risalente, essa non avrebbe dovuto avere alcuna rilevanza, trattandosi di una mera difficoltà (più o meno grave) del debitore, non idonea ad esonerarlo neppure da responsabilità per il ritardo, poiché comunque riconducibile alla sua sfera giuridico-organizzativa; nei casi più estremi (e soltanto per alcune categorie di soggetti) poteva darsi luogo a fallimento, che però era connotato da un forte stigma e finalizzato (in senso più o meno marcato) a sanzionare il debitore che aveva deluso la fiducia dei creditori e, più in generale, del mercato<sup>34</sup>.

Queste concezioni sono state, sotto certi aspetti, superate, tenendo nella dovuta considerazione che l'insolvenza non è una "colpa" del debitore, ma un'evenienza in larga parte fisiologica: dal lato degli operatori economici, l'innovazione tecnologica, il costante mutamento delle preferenze dell'utenza, ecc., fanno sì che sia sempre più difficile rimanere stabilmente sul mercato, dovendosi continuamente "reinventare", passando per disinvestimenti e reinvestimenti che talvolta hanno esito positivo, talaltra no; dal lato dei consumatori, essi sono esposti a continue e pressanti "tentazioni" da parte di quel mercato che, però, offre loro sempre meno facilmente un'occupazione (e dunque un reddito) stabile, trovandosi così in equilibrio precario che, inevitabilmente, può accadere che perdano.

In un'ottica che rievoca il *cuius commoda eius et incommoda*, beneficiando il ceto creditorio di questo diverso assetto dell'economia, sempre più freneticamente circolante, le tendenze più recenti della legislazione e della scienza giuridica pretendono che su di essi possa finire per gravare una parte del rischio di questa insolvenza divenuta ormai fisiologica: ve ne sono evidenti segni nelle procedure concorsuali "alternative" al fallimento (concordato preventivo, accordi di ristrutturazione del debito, ecc.), nonché nella disciplina del sovraindebitamento del consumatore<sup>35</sup>. Le riflessioni dell'Autore sono magistrali anche su questi innovativi aspetti<sup>36</sup>.

La seconda parte, come accennato, è dedicata più specificamente al contratto (*rectius*, alle tutele contrattuali<sup>37</sup>), in quella prospettiva rimediale<sup>38</sup> che è andata sempre più caratterizzandolo, specialmente, in forza delle influenze derivanti dal diritto dell'Unione Europea e del commercio internazionale (e, infatti, l'Autore fa costante riferimento agli istituti di derivazione eurounitaria, nonché ai *Principi Unidroit* e ai *Principles of European Contract Law*<sup>39</sup>).

Non manca il confronto, sempre critico, con alcune delle problematiche più delicate con cui si è recentemente confrontata la giurisprudenza sul terreno contrattuale: dal regime processuale della nullità (Cass., sez. un., nn. 26242/2014 e 26243/2014), passando per la *culpa in contrahendo* (Cass. n. 14188/2016), sino alla disciplina delle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile (Cass., sez. un., nn. 9140/2016 e 22437/2018)<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Su questi aspetti si veda, per tutti, F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2018.

<sup>35</sup> Ampie e profonde riflessioni sul punto nei saggi raccolti in G. D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>36</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 128 ss.

<sup>37</sup> Alle quali l'Autore ha sempre dedicato significativa parte del suo pensiero: per più ampia trattazione cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit.

<sup>38</sup> A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., 143 s. ricorda che «il rimedio non è figura familiare al comune linguaggio sul terreno della tutela. Esso deriva dall'esperienza di un ordinamento (come quello di *Common Law*) che, non avendo un diritto codificato, come il nostro, considera prioritario che il sistema dei c.d. rimedi (*remedies*) abbia in certa misura a precedere l'enunciazione dei diritti. Il "rimedio", più che il diritto, è a stretto ridosso della violazione. Esso è definito da un noto giurista anglosassone una "cura contro i torti" (*cure for wrongs*)».

<sup>39</sup> A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 1 ss.; ID., *Obbligazioni e tutele*, cit., 141 ss.

<sup>40</sup> A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 151 ss.





Analitiche riflessioni vengono dedicate anche al tema dei rapporti fra regole di validità e regole di responsabilità<sup>41</sup>: argomento di grande attualità, alla luce della recente decisione nomofilattica sulla sorte dei contratti stipulati a valle di un'intesa anticoncorrenziale (Cass., sez. un., n. 41994/2021) e della ancor più recente rimessione alle Sezioni Unite della sorte del contratto di mutuo fondiario stipulato in violazione dei limiti di finanziabilità *ex art. 38 TUB* (Cass., ord. n. 4117/2022).

Dopo essersi soffermato su alcuni istituti di più diretta derivazione eurounitaria (ad esempio, su quel rimedio in forma specifica per eccellenza qual è il ripristino del bene di consumo mediante riparazione o sostituzione, *ex art. 129 cod. cons.*<sup>42</sup>), l'Autore conclude il primo capitolo della seconda parte interrogandosi sulla necessità di configurare il c.d. terzo contratto che, ad avviso della ricostruzione più diffusa, si distinguerebbe da quello consumeristico perché caratterizzato da uno squilibrio non normativo, bensì economico. Egli ritiene che proprio attraverso i rimedi sarebbe possibile l'aggregazione in un'unica categoria di contratto asimmetrico<sup>43</sup>.

Nel secondo e nel terzo capitolo della seconda parte, vengono affrontati ulteriori aspetti della patologia funzionale del contratto: non venendo portato a compimento il programma che in forza di esso avrebbe dovuto realizzarsi, occorre infatti rimuoverne le conseguenze pregiudizievoli. In quest'ottica, viene diffusamente analizzato il danno contrattuale<sup>44</sup>, partendo dalle diverse teorie che sono state elaborate per la sua determinazione: da un lato, la teoria dello scambio, in forza della quale il contraente che subisce l'inadempimento può pretendere l'integrale valore della prestazione inadempita, se però ha già adempiuto o è disposto ad adempiere la propria; dall'altro lato, la *Differenztheorie*, per cui tale contraente può esigere la "differenza" fra le due prestazioni, potendo così riallocare la propria sul mercato<sup>45</sup>.

Il rimedio per eccellenza volto a rimuovere il contratto a cui non sia stata data esatta esecuzione è la risoluzione che, nei vari sistemi, può essere di regola giudiziale oppure volontaria: i sistemi di derivazione francese optano per la prima ipotesi (art. 1184 *code civil*), con la conseguenza di un intervento necessario, preventivo e costitutivo da parte del giudice, che normalmente è chiamato a verificare la sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge per la risoluzione, non essendo sufficiente la mera volontà della parte di sciogliersi dal vincolo (essendo altrimenti più efficiente e razionale optare per la regola della risoluzione volontaria), come la gravità dell'inadempimento (art. 1455 cod. civ.).

Il ruolo del giudice, secondo l'Autore, è tuttavia meno marcato nel nostro sistema rispetto ad altri per l'inesistenza (se non settoriale: art. 55, l. n. 392/1978) del potere di concedere un termine di grazia per sanare l'inadempimento, da un lato, e per la presenza di significative ipotesi di risoluzione stragiudiziale, dall'altro. A tacere delle opinioni che ritengono opponibile, in via stragiudiziale, un'eccezione di risoluzione<sup>46</sup>, nonché possibile, in termini generali, a determinate condizioni risolvere unilateralmente il contratto<sup>47</sup>. È in ogni caso

<sup>41</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 156 ss.

<sup>42</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 190.

<sup>43</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 195: «l'attenzione al piano dei rimedi renderebbe così inutile e superfluo che si abbia a pensare alla costruzione di categorie nei termini di "secondi" o "terzi" diritti laddove, come accade per i contratti del consumatore, è l'evenienza di analoghe condizioni a rendere possibile l'impiego di rimedi altrettanto analoghi».

<sup>44</sup> Generalmente non ricompreso, come rilevato dall'Autore, nelle trattazioni sul contratto, perché «su questo terreno il diritto dei contratti è tributario di quello delle obbligazioni» (A. DI MAJO, *op. cit.*, 197).

<sup>45</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 199.

<sup>46</sup> S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Pers. merc.*, 2015, 3, 76 ss.

<sup>47</sup> Cfr. V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, C. CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456)... per contratto anche tacito*



innegabile che il diritto sovranazionale e transnazionale prediliga il modello di risoluzione che non preveda il coinvolgimento del giudice<sup>48</sup>.

Questa parte del volume si conclude affrontando gli effetti della risoluzione<sup>49</sup> e, soprattutto, il tema del danno da risoluzione<sup>50</sup>, sempre controverso perché «colui che sceglie di risolvere il contratto dimostra di non avere più interesse ad esso e quindi non potrebbe lamentare di aver subito alcun danno dalla sua inesecuzione. Dovrebbe accontentarsi di essere reintegrato nello stato *quo ante*»<sup>51</sup>: l'Autore, tuttavia, dà magistralmente atto di come i sistemi giuridici non siano orientati in questa direzione e lo scioglimento del contratto non comporta, come conseguenza logica e necessaria, soltanto la risarcibilità del mero interesse negativo (ricollocando così il contraente nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se non avesse mai concluso il contratto), ma può costituire esso stesso fonte di danno risarcibile<sup>52</sup>.

Nella terza parte, che si compone di un solo ricco capitolo, il Prof. di Majo sintetizza le principali questioni poste dalla responsabilità civile come fonte di obbligazioni aventi ad oggetto il risarcimento del danno (art. 2043 cod. civ.): il presupposto è la realizzazione di una condotta *contra legem*, perché posta in essere in violazione di diritti o di interessi protetti (*contra jus*, oltre che in assenza di autorizzazione o giustificazione: *non iure*). A tal proposito, l'Autore ripercorre l'evoluzione che ha portato la giurisprudenza a ritenere risarcibile prima soltanto la lesione di un diritto soggettivo assoluto, poi anche la lesione di un diritto soggettivo relativo (nel noto caso Meroni) e, infine, anche l'interesse legittimo (Cass., sez. un., n. 500/199) e qualsiasi altra situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento<sup>53</sup>. Indaga altresì a fondo la possibilità di risarcire il c.d. danno meramente patrimoniale (*pure economic loss*)<sup>54</sup>, per poi soffermarsi sul danno non patrimoniale e sulle «nuove frontiere» del danno risarcibile.

L'opera si conclude interrogandosi, attraverso l'analisi delle fattispecie più problematiche che si sono poste nella prassi, circa i confini tra contratto e torto<sup>55</sup> che un tempo apparivano ben chiari e definiti, ma che sono progressivamente divenuti sempre più evanescenti sotto la spinta di un (difficile) bilanciamento fra conservazione della coerenza sistematica e ricerca di una tutela il più possibile effettiva.

Compendiare le obbligazioni era una sfida estremamente difficile: il Prof. di Majo ha vinto questa sfida, consegnando ai teorici e ai pratici un prezioso ausilio a cui fare riferimento per studiare, ciascuno per la propria finalità, le obbligazioni. Farne buon uso non potrà che essere il miglior ringraziamento.

[ETTORE BATTELLI]

---

(o discordia concors per acquiescenza), I. PAGNI, *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, tutti in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, il Mulino, Bologna, 2018, rispettivamente 13 ss., 33 ss. e 75 ss.

<sup>48</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 229.

<sup>49</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 236 ss.

<sup>50</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 239 ss.

<sup>51</sup> Testualmente A. DI MAJO, *op. cit.*, 239.

<sup>52</sup> Da «collocarsi più nell'area dell'illecito extracontrattuale che contrattuale», precisa l'Autore (A. DI MAJO, *op. cit.*, 243).

<sup>53</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 259 ss.

<sup>54</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 263 ss.

<sup>55</sup> A. DI MAJO, *op. cit.*, 280 ss.