

IMMAGINI POSTMODERNE DI UN DIRITTO COMUNE DEI CONTRATTI: VARIAZIONI SUGLI ARTT. 1105 *CODE CIVIL* E 1323 C.C.*

8 Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. *Il nuovo art. 1105 Code civil: una tradizione aggiornata à l'italienne ?* – 2. *Gli artt. 1105 e 1323 come tecniche o luoghi di un ritrovamento disciplinare.* – 3. *La normalizzazione dell'art. 1105, c. 3: le norme speciali integrano eccetto per i casi di un'antinomia.* – 4. *Circolarità del processo applicativo del diritto e ratio di una "parte generale".* – 5. *Gli artt. 1105 e 1323 quali norme assiologicamente gemelle?* – 6. *Parte generale e disciplina per tipi in sette proposizioni: il pregiudizio dogmatico come malattia dell'art. 1105 Code civil ? Criteri testuali e non di coordinamento.* – 7. *I corollari di una parte generale secondo la lente di una dinamica complessa.* – 8. *Una norma che il Code civil in parte qua non ha: l'art. 1469 bis c.c.* – 9. *La rinascita principialista della parte generale nel diritto delle Corti: la meritevolezza maneggiata da clausola generale.* – 10. *Riepilogo: il canone della "maggior tutela" come grimaldello introduttore un secondo discontinuo tra c.c. e c. cons. ?*

ABSTRACT. *Traendo spunto dal riformato art. 1105 Code civil, letto in parallelo all'art. 1323 c.c., lo scritto affronta il tradizionale problema della legge applicabile al contratto, rileggendo la clausola generale di meritevolezza, inquadrata anche nel canone generale della maggior tutela di cui alla disciplina consumeristica.*

Moving from the reformed art. 1105 Code civil, read in parallel with art. 1323 of the Civil Code, the paper addresses the traditional problem of the applicable law to the contract, taking also in consideration the canon of better protection in the consumer discipline.

1. Il nuovo art. 1105 *Code civil*: una tradizione aggiornata à l'italienne?

Il nuovo disposto dell'art. 1105 del *Code civil* recita che “i contratti, abbiano o non abbiano una denominazione propria, sono sottoposti a delle regole generali, le quali formano l'oggetto di questo sottotitolo”. Il secondo comma prosegue statuendo che “le regole particolari di certi contratti sono stabilite nelle disposizioni relative a ciascuno di essi”. Per la dottrina, pressoché unanime, l'art. 1105 ha, come il suo antesignano, il pluricelebrato e simbolico art. 1107¹, un doppio oggetto: da un lato formalizza un dispositivo istituzionalizzante il sottotitolo I del titolo III come il luogo dove trova evidenza un *diritto comune* dei contratti, nel senso di una vocazione degli artt. 1101 e ss. «à s'appliquer à tous les contrats sans distinction»²; dall'altro, sulla premessa pacifica che *droit commun* non significa *droit unique*, si puntualizza che, come accadeva per il pregresso, il diritto comune riformato «se double de règles particulières». E sono queste regole, si aggiunge, «qui restituent ... intérêt à la distinction entre contrat nommés et innommés»³. Nessuna fuga, dunque, dalla parte generale e neanche una sua percezione a guisa di una superfetazione⁴: alla maniera del nostro art. 1323 c.c., facendo così delle “norme generali” il «soggetto logico della norma»⁵, che tutti «i contratti della convivenza sociale» postulino, pure nella Francia odierna, un livello di «regolamentazione comune» non è il riflesso di un sofisticato esercizio dogmatico bensì il «frutto di una [precisa] scelta legislativa»⁶. Come l'art. 1323, che *lessical-*

mente giustappone “disciplina particolare” e “norme generali”, l'art. 1105 *Code civil* esibisce così le fattezze di un *réseau* o di una *meta-norma* contenente pure l'indicazione delle regole applicabili ai tipi contrattuali rampollanti dalla «attività creatrice dei privati»⁷. Oltre a coordinare due plessi di regole, anche l'art. 1105 si candida, perciò, a norma che batte in breccia la tecnicità di una *tipizzazione forzata*⁸. Il punto, ci torneremo, però è: lo fa con una *gerarchia interna*, riconnessa alla posizione sistematica della regola ?, se è vero che, alla maniera dell'art. 1323, pure l'art. 1105 *Code civil* non formalizza un'estensione agli atipici di tutte le norme sui contratti, includendovi così pure quelle dettate per i tipi aventi una disciplina particolare, alla lettera sembrando piuttosto istituire un nesso, a taluno non a caso parso ben poco «rassicurante»⁹, tra *lacuna* e *norme generali*. Dunque, discostandosi scopertamente da un art. 1103, c. 3 dell'Avant-Projet Catala, che recitava invece di contratti atipici retti, *per analogia* e *in quanto* compatibili, dalle regole relative “ai contratti nominati simili” (*contrats comparables*)¹⁰, abbiamo un'estensione in via diretta v. applicazione in via analogica di un tipo o di più tipi combinati ? E poi, detto alla Betti maniera, *quid* per i contratti (normativamente atipici ma) *socialmente tipici* ?, se dovessimo convenire sulla premessa che l'autonomia dei contraenti non li può maneggiare in un modo dissimile dai contratti normativamente tipici, nel senso che l'attività creatrice dei contraenti, risoltisi ad utilizzare degli schemi consolidati nella pratica degli affari, non può «spinger[si] sino al punto di introdurre clausole che li snaturino»¹¹. Vero che la compiutezza normativa di un contratto ti-

*Dedicato alla memoria del Prof. Giuseppe Benedetti, Maestro della civilistica italiana.

¹ Che, è bene ricordarlo, suonava così: “*les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce*”.

² Così DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats. Du régime générale et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, 51.

³ Cfr. DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *op. ult. cit.* 52. Adde CHANTEPIE – LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, 101 s.

⁴ Com'è invece, nell'esperienza italiana, suggerito da più di autore: v., in luogo di tanti, P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 19.

⁵ Così, con esemplare lucidità, G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997², 6.

⁶ Così limpidamente BRECCIA, *sub art. 1325*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei Contratti in generale*, a cura di Navarretta – Orestano, Torino, 2011, 145. L'ammonimento che la parte generale dei contratti «non è una mera costruzione dot-

trinale ma consegue alla sistematica del c.c.» è poi la cifra del discorso lucidamente imbastito da G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 426 e da CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014⁴, 19. E v. anche GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli¹², 2006, 769.

⁷ Così G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 675 e CATAUDELLA, *I contratti*, cit. 19.

⁸ V. già SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 790 ss.

⁹ Così MAJELLO, *Problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 489.

¹⁰ Serbatoio, alla lettera, dei contratti innominati “*dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle*”. Come scriveva CORNU, *Exposé des motifs*, in *L'Avant-Projet Catala*, a cura di Giovanni B. Ferri – Spada, Milano, 2008, 56, la norma apriva ad «*précieux recours au raisonnement analogique afin de combler avec discernement les lacunes des prévisions contractuelles*». Il che, notiamo, avrebbe risolto in premessa il problema se, in caso di contrasto, la via analogica *prevalga* o *perda* rispetto all'applicazione diretta delle norme generali.

¹¹ Cfr. CATAUDELLA, *I contratti*, cit. 215, incline pure a ritenere che la tipicità sociale sottragga le suddette operazioni ad un vaglio specifico di meritevolezza.



pico è strettamente correlata al grado di «analiticità delle regole speciali dettate caso per caso dal legislatore»¹²: e tuttavia è innegabile che, quando si dia una tipicità sociale, l'esserci uno schema ricorrente fa sì che operativamente tipo legale e regole pattizie standardizzate si vengano ad appaiare.

2. Gli artt. 1105 e 1323 come tecniche o luoghi di un ritrovamento disciplinare.

Al netto del vivace clamore suscitato da una pura e semplice *disparition programmée* dell'*ancien* art. 1107, che sorprendentemente il progetto di *Ordonnance* del 2015 non contemplava più¹³, è dato così registrare, in seno alla dottrina francese, una concordia diffusa sull'effigiare l'art. 1105 come una *restauration* reagente al dilagante «*démantèlement du droit commun des obligations contenu dans le Code civil*»¹⁴, enfatizzando di conseguenza il nesso di *complementarietà* che, in effetti, corre tra primo e secondo comma della nuova norma. L'esistenza di regole speciali, si legge¹⁵, non produce di per sé «*une cause d'éviction des règles générales*» in quanto, per il medio del nuovo art. 1105, il legislatore postmoderno, si scrive, avrebbe piuttosto a chiare lettere rinnovato l'idea che ogni contratto tipico è assoggettato tanto alle norme generali del sottotitolo uno (1 comma) quanto alle norme speciali che lo disciplinano nel dettaglio (2 comma). Le une e le altre, troviamo scritto, «*s'ajoutent*»¹⁶, donde la deduzione che non è necessario che una regola speciale faccia un *renvoi* espresso alle norme generali¹⁷: com'era, leggiamo, per l'art. 1107, con il

nuovo art. 1105 il legislatore ha ricodificato il principio per cui «*les règles spéciales à certains contrats viennent s'adjoindre aux règles communes, et non s'y substituer*»¹⁸. Ha del paradigmatico, viene istintivo notar lo subito, la sintonia con la pagina di chi, nell'esperienza italiana, ha accostato l'art. 1323 c.c. ad un dispositivo che officerebbe una tecnica di «ritrovamento disciplinare»¹⁹, avvalorando così una chiave di lettura, senz'altro congeniale all'art. 1105 riformato, se è vero che pure l'itinerario del *ritrovamento* francese si specchia nella costante di un'*applicazione diretta* delle norme generali, interpolata naturalmente dalla specialità del tipo, nel caso di contratti nominati e, rispetto alla classe di quelli innominati, con l'inframezzo, filtrato dagli artt. 12, c. 2, e 14 disp. prel., c.c. di un ricorso in *via analogica* alle norme del tipo contrattuale funzionalmente più affine. Visti da questa specola, insomma, i due dispositivi sono *isoformi* in quanto, diremmo, entrambi si presentano come la «sintesi dell'intero Titolo»²⁰, detto all'italiana, o sottotitolo, *en français*, di riferimento. In ambedue i precetti, è vero, non torna l'avverbio che figurava nella redazione dell'art. 1107 presentata al *corps législatif*²¹, «i contratti nominati sono “*en outre*” sottoposti a delle regole particolari»: ma è un “*inoltre*” che viene dato, e non a torto diremmo, per presupposto in quanto, ecco il secondo argomento appaiante interpreti francesi ed italiani, se tendenzialmente agglutina norme di *struttura del contratto* (artt. 1321, 1335, 1337, 1362 - 1363, 1367 - 1369, 1372 e 1374), comune questa parte generale lo è perché esprime l'orditura, «schiettamente tecnico-giuridica», di una «*théorie générale des contrats*»²². Alle corte, la complessità del nuovo sistema delle

¹² Così CATAUDELLA, *op. loc. ult.* 216.

¹³ Il dibattito è tutto condensato in un trittico di interventi: BALAT, *Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial ?*, in *D.*, 2015, 699; BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu ?*, in *RDC*, 2015, 810 e LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?*, *ibid.*, 616, spec. n. 4. C'è da considerare che l'omissione legislativa si prestava, com'è intuitivo, a due opposte impressioni visto che, se poteva pensarsi ad un legislatore del XXI secolo archiviante ogni valore di diritto comune dei contratti alla disciplina codicistica, neanche era da escludere che si reputasse l'art. 1107 come una norma ridondante in quanto enunciativa di un principio che «*va de soi*» (così BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu ?*, cit. 810).

¹⁴ Così DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 51.

¹⁵ Cfr. DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *op. ult. cit.* 52 nonché CHANTEPIE – LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit. 104.

¹⁶ Così DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 52.

¹⁷ V., lucidamente, FABRE MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2016⁴, 205 (per l'immagine di un articolato dei tipi operante *en sus* del diritto comune).

¹⁸ Così GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n. 374, spec. 482 ss.

¹⁹ Così BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit. 660 (nt. 30 e 31) nonché VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 317 s.

²⁰ Cfr. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.* e FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi*, cit. 428.

²¹ V. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Paris, 1836, 5.

²² Così rispettivamente VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 807 e BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchresten, 2008⁸, n. 7 nonché CHANTEPIE – LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit. 103. La cifra del discorso già si incontra, per altro, nell'opera di R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1970, sub art. 1323, 49 s e 51 nonché nella pagina collimante di MAJELLO, *Problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, cit. 489. Di recente, l'idea di «regole generali [che] tendono all'uniformità [in quanto involgenti] profili strutturali del contratto», torna pure in BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, 65.

fonti non giustificerebbe un viaggio in avanti, che abiuri da uno schema generale²³, visto che, ed è emblematica al riguardo tanto la pagina di Cesare Massimo Bianca quanto quella di Rosalba Alessi²⁴, le lacune dei tipi ed i dubbi interpretativi non si emendano attraverso un procedimento di *autointegrazione*. Per “speciale” che possa essere, nessun tipo contrattuale, ed è vero, esibisce un *diritto speciale* che possa divorziare, in una prospettiva di *struttura*, dalle norme sul *genus* “contratto”²⁵. Replicare, in un contesto siffatto, che la legislazione consumeristica annovera sì più di un testuale rinvio diretto *ma* al codice civile (artt. 38, 81 *bis.*, c. 2 e 135, c. 2 c. cons.) e *non* alle norme del Titolo II del libro IV, va da sé che, nell’economia del discorso, vestirebbe i panni di un espediente dialettico grezzo. Con un art. 1323 recitante che tutti i contratti, *per il solo fatto di essere contratti*²⁶, sono soggetti alla disciplina degli articoli da 1321 a 1469, l’estensione di una siffatta normativa deve in effetti supporre che valga, nei limiti naturalmente dell’art. 1469 *bis* c.c., pure per i contratti *b2c*²⁷.

3. La normalizzazione dell’art. 1105, c. 3: le norme speciali integrano eccetto per i casi di un’antinomia.

²³ Come ribadito da DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del libro IV c.c. nel momento storico attuale*, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista, Treviso 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 345 ss.

²⁴ Rispettivamente in *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000², 10 nonché 478 ed in *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, 77.

²⁵ Come scrive sagacemente GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1483, «considerata la struttura del contratto sembra impossibile inventarne un nuovo genere». V. acutamente NAVARRETTA, *Presentazione del convegno*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, XX s.

²⁶ V., seppur criticamente, già ROPPO, *I “nuovi contratti” fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 7.

²⁷ V. DALLA MASSARA, *Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 129, incline (non a caso) a pensare che restino «per definizione estranee al richiamo del nuovo art. 1469-*bis* c.c. le disposizioni del codice civile in tema di singoli contratti». Nello stesso senso DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Sei voci sul «codice del consumo» italiano*, in *Contr. impr.*, 2006, 61, se è vero che, per questo a., dovrebbe a rigore «escludersi che i parametri dettati dal nuovo art. 1469 *bis* c.c. si prestino a essere impiegati per risolvere le antinomie che dovessero crearsi fra una disposizione del c.c. non inserita nel Titolo II del Libro IV e una disposizione del c. cons. o di un diverso atto normativo».

Dopo di che, è vero, si registra adesso l’incognita di un terzo comma dell’art. 1105 *Code civil* che, alla lettera, recita di “regole generali che si applicano *sous réserve* di regole speciali”, lasciando così trasparire un antagonismo che, come capita di leggere, potrebbe prestarsi a fare primeggiare «*systématiquement*» il diritto dei singoli tipi²⁸. *Specialia*, come sappiamo, *generalibus derogant*: ma, preso sul serio, l’art. 1105, c. 3 potrebbe avallare l’immagine di due discipline, quella del contratto in generale e dei singoli tipi contrattuali, viste come reciprocamente *esclusive*. Naturalmente è un’ambiguità lessicale che non sfugge alla maggior parte della dottrina: epperò, coltivando questa apertamente la precomprensione di un art. 1105 nel quale le “regole generali” designerebbero in senso proprio delle “regole comuni”, si preferisce ragionare di una redazione maldestra del comma 3, frutto, vien detto, di un presupposto sviante in quanto non è vero che «*toutes les règles spéciales ... sont ... en contradiction avec les règles générales*»²⁹. Tutt’al contrario, e l’esempio ricorrente è la norma speciale della garanzia contro i vizi occulti riguardata come un complemento delle regole generali sulla protezione del consenso, «*les unes sont souvent le complément des autres*»³⁰. Insomma le norme speciali integrano quelle generali, fatta eccezione per i casi di un’*antinomia*: che però si dà soltanto quando due disposizioni, avendo lo stesso perimetro applicativo, sono *incompatibili* e non se ne può prospettare un’applicazione simultanea, «*que ce soit de manière cumulative ou alternative*»³¹. Specialità, come si usa dire, *in senso stretto*, che mette in forma un’*esclusività* quando le norme concorrenti si trovano ad impingere su di un oggetto comune, restituendo così l’immagine di una norma speciale in quanto «*régit une fraction de l’objet de la règle générale*»³².

Pure al riguardo, lo notiamo di passata, la sintonia con un dibattito italiano, ove per contro da almeno tre decenni ha attecchito l’idea di un’endemica «tendenza centrifuga» premiante una disciplina per tipi³³, è altamente istruttiva. *Nulla*

²⁸ Cfr. DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 53.

²⁹ *Op. loc. ult. cit.*

³⁰ V. CHANTEPIE – LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit. 104 e DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 53.

³¹ Cfr. DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *op. loc. ult. cit.*

³² Così GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, cit. 491 nonché CHANTEPIE – LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit. 105.

³³ Un classico, come si sa, è la pagina di DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, ora in *ID.*, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 313 ss. La occhieggia scoperta-



quaestio che l'art. 1969 c.c. escluda che la transazione sia annullabile per errore di diritto ovvero impugnabile per lesione (art. 1970 c.c.), così come è vero che l'art. 1664, in tema di appalto, associa alla sopravvenienza una revisione del prezzo e non la risoluzione³⁴.

Idem, continuando nell'esemplificazione, è per i precetti che si leggono negli artt. 761 e 1495, 1523, 1551, c. 2 e 1668, c. 2, 1878 e 1918, 1924 e 1976 c.c. Epperò, ecco dove sta il punto, le norme regolatrici dei contratti non perdono l'attributo della *generalità* solo perché si danno *nominatim* delle altre disposizioni che *escludono espressamente* l'applicazione di questo o quel sottoinsieme quale *pars* di un più vasto articolato comune. Il qualificativo *comune* di uno statuto normativo non è ostativo al materializzarsi di distinzioni al suo interno in quanto, com'è pacifico, nessuna diversità di disciplina vale di per sé a dimezzare «l'unità d[i un] nucleo comune caratterizzante»³⁵. Specularmente è poi vero che la periodica confezione per via giudiziale di norme comuni a più tipi contrattuali avalla «l'opportunità di una "parte generale" sui contratti»³⁶: la quale, a sua volta, lo ricordiamo di passata, tale può essere perché, accanto ad una disciplina di struttura, annovera, di nuovo detto alla Benedetti maniera³⁷, norme comandate a regolare una particolare figura contrattuale estratta da un tipo (artt. 1401 ss e 1411 ss.)³⁸.

Parte generale, quand'è così, come lemma polisensu ovvero quale locuzione ad ampia tessitura? Per la verità, già da due lustri Umberto Breccia ci ammonisce che la nostra parte generale del contratto conosce non meno di «sette» livelli interni di astrattezza³⁹. Al riguardo, il concetto di "parte" (art. 1321 c.c.) è provvisto di un tal livello di generalità che travalica ampiamente quello (più corrivo) di *personnes* dell'art. 1101 *Code civil*.

mente CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, I, 98, il cui periodare è sintomatico laddove discorre di un "corpo importante di diritto dei contratti disegnato in relazione a ciascun mercato regolato", segnatamente, per es., "un diritto dei contratti bancari definito dal mercato del credito".

³⁴ Sono, com'è risaputo, tutti esempi che, per primo, ha censito DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit. 314.

³⁵ Così BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit. 661. E v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica – Zatti*, Milano, 2001, 84 s.

³⁶ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 33.

³⁷ In *La categoria generale del contratto*, cit. 663 s.

³⁸ È un fatto che, al riguardo, *le droit commun* riformato si è italianizzato giacché che la sua trama adesso annovera ben cinque articoli alla *stipulation pour autrui* (artt. 1205 – 1209).

³⁹ In *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit. 66.

4. Circolarità del processo applicativo del diritto e *ratio* di una "parte generale".

Orbene, è evidente però che, così normalizzato, l'art. 1105, c. 3 *Code civil* non sbanda più: se tutto dipende dalla pre – condizione dell'esserci una antinomia tra «*normes qu'il est impossible de les appliquer simultanément*»⁴⁰, il comma 3 assurge a disposto formalizzante sì una regola di conflitto ma a perimetro ristretto, per la coeva predominanza di un principio di complementarietà fisiologicamente oscurante l'eccezione di una «*éviction de la règle générale ... justifiée au profit de la règle spéciale*»⁴¹. Di regola, come non a caso si scrive, rifuggendo dallo stressare la «dialettica tra le due parti nelle quali il diritto contrattuale è stato tradizionalmente ripartito»⁴², tra disciplina generale e disciplina dei singoli tipi corre un rapporto di «*option*» ovvero un «*cumul*»⁴³. E se abbiamo una disciplina comune, non può non esserci una figura comune giacché, detto di nuovo alla Benedetti maniera, «il diritto non è scienza ontologica: l'esser trattati», come pure lasciavano trasparire i progetti *Catala* (art. 1103) e *Terré* (art. 11)⁴⁴, «vale essere»⁴⁵.

Prima proposizione, così stando le cose: dobbiamo pensare che la cifra del dibattito francese muova dalla linea che, nella nostra esperienza, ha ottimizzato, come sappiamo, Francesco Messineo⁴⁶, donde una rappresentazione dell'art. 1105 come una riedizione (più analitica) dell'idea per cui le norme regolatrici dei contratti, in quanto *comuni*, si applicano «in concorso (e non in antitesi) con le norme

⁴⁰ Così GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, cit. n. 386, spec. 497.

⁴¹ Cfr. GOLDIE-GÉNICON, *op. loc. ult. cit.*

⁴² Così SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon in Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, II, 1903.

⁴³ V. BALAT, *Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?*, cit.700; BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu?*, cit. 811.

⁴⁴ *Idem*, notiamo, per l'art. 14 del primo progetto della Cancelleria: che, più sobriamente della versione poi entrata in vigore, suonava «*tous les contrats sont soumis aux règles générales qui sont l'objet du présent sous-titre, sous réserve de dispositions spéciales applicables*».

⁴⁵ In *La categoria generale del contratto*, cit. 661. Gli fa idealmente eco LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?*, cit. 618: un «*corps de règles cohérent qui obéit à une logique d'ensemble*».

⁴⁶ In *Sul rapporto sistematico tra gli artt. 1321 – 1469 e gli artt. 1470 – 1986 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 16 ss., riprodotto poi nel volume *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXI, 1, Milano, 1968. 10 ss.

particolari», nel segno così di una loro «combinazione» e non di una «reciproca esclusione»?

Se si scorre la pagina di Serinet, «*les deux séries de règles, communes et particulières, se combinent plus qu'elles ne s'excluent*»⁴⁷, ogni dubbio, in una cornice che già faceva dell'art. 1107 la pietra angolare del diritto dei contratti, svanisce, senza che l'uniformità di vedute abbia dello stupefacente. Di là infatti dall'opinione di chi, nel moltiplicarsi dei diritti speciali vede una tendenza regressiva⁴⁸, è incontestabile che la fortuna di norme che, come gli artt. 1105 e 1323 apertamente si tengono, rampolli da una razionalizzazione sistematica del canone di specialità: il quale, siccome è delimitato da un concorrente principio di coesistenza, se si indugia a massimizzarlo, *ictu oculi* mette in forma, è vero, una «*vision tronquée des rapports entre normes speciale et générales*»⁴⁹. Il dispositivo ritualizzante i rapporti tra generale e speciale non è invero soltanto «*axé sur leur opposition*», come certificano i casi in cui la scelta tra l'una e l'altra serie di rimedi è testualmente sancita dalla legge. Nel formante italiano hanno del sintomatico, diremmo, le norme che si leggono negli artt. 127, c. 1 e 135, c. 1 c. cons.

Dunque, detto alla Scognamiglio maniera, il primato del diritto speciale, nel sistema italo-francese, opera solo nei casi di un'antinomia, dandosi altrimenti un regime di concorso alternativo ovvero di cumulo? perché, non si potrebbe dirlo meglio, le norme regolatrici dei contratti fungono da «tessuto connettivo tra tutte le leggi speciali»?⁵⁰ L'assunto, notiamo, è già nella pagina di Carbonnier, se il diritto positivo conferisce «*deux moyens juridiques à la disposition d'un même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul*»⁵¹: e, nel modo che da noi ha poi dogmaticamente perfezionato Giuseppe Benedetti, continua ad essere largamente accreditata l'idea di un coordinamento normativo impostato su di un criterio di *integrazione affiancata* da uno (cadetto) di *prevalenza*⁵². Certo, la terminologia francese, ancora appiattita sulla divisione tra contratti nominati ed innominati, è distoni-

ca, tanto più che il distinguo italiano da tempo corre tra tipici ed atipici se⁵³, come ha da essere, innominato lo maneggiamo nel senso della mancanza di una specifica disciplina normativa⁵⁴: ma, al netto di questo contrappunto, affine è il convincimento per cui, fuori dai casi di «*strict domaine des règles spéciales*», ogni parte generale si atteggia a manifesto di un'applicazione tanto diretta che sussidiaria del diritto comune quale nucleo (*noyau*) del diritto contrattuale.

5. Gli artt. 1105 e 1323 quali norme assiologicamente gemelle?

Piccolo intermezzo.

Nella narrazione francese, il *maintenir* l'art. 1105 è visto come funzionale ad un trittico di finalità imprescindibili: l'unità di un *droit des contrats* ne assicura, si scrive, la «*lisibilité*», contrasta l'effetto destrutturante di diritti speciali/secondi punteggiati di «*imprécisions, ... des failles [e] des imperfections*»⁵⁵, per effetto di queste due premesse restaurandosi, come viene aggiunto, il primato del *Code civil* quale «*code pilote*», gli altri essendo dei «*codes suiveurs*»⁵⁶. Nessuno dubita che, nella logica di una consustanziale sussidiarietà, un diritto comune dei contratti si trovi a *comblar* le lacune della legislazione speciale: e, notiamo, al riguardo ha del paradigmatico il ragionamento che si fa sul presupposto –ipotizzato– di una soppressione dell'odierno art. 1105. In ogni diritto speciale, questo vien detto, dovrebbe allora figurare un rinvio espresso alle disposizioni del *Code civil*, non foss'altro per una *clarté/calcolabilità* del diritto. Dunque, *prima facie* tutto si risolverebbe in un problema di schietta tecnica legislativa: epperò, come si scrive, *quid «en cas d'oubli»*?⁵⁷, che si appaierebbe alla simultanea assenza di una norma quadro reggente una siffatta embricatura. L'omissione di un rinvio espresso non dovrebbe piuttosto significare «*l'absence*

⁴⁷ In *Erreur et vice caché: variations sur le même thème*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, 789 ss., spec. n. 54.

⁴⁸ L'allusione è a OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, 317 ss.

⁴⁹ Così BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu*?, cit. 811.

⁵⁰ Così ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 355.

⁵¹ In *Obs.* a Cass. civ. 1^{re}, 19 luglio 1960, in *RTD civ.*, 1961, 333.

⁵² V., a mo' di cifra che ne accomuna i discorsi, CATAUDELLA, *I contratti*, cit. 19; GALGANO, *Il contratto*, cit. 32 e BRECCIA, *sub art. 1323*, cit. 156.

⁵³ Ovvero tipizzati e non tipizzati: v. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 8 s.

⁵⁴ V. CATAUDELLA, *I contratti*, cit. 214.

⁵⁵ Che *l'empêchent de régir efficacement...* [le fattispecie incluse nel loro ambito applicativo]: così MAZEAUD, *L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux*, in *Forces subversives et forces créatives en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, a cura di Pignare, Paris, 2005, 73 ss., spec. n. 13.

⁵⁶ L'espressiva immagine si incontra nella pagina di LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats*?, cit. 617.

⁵⁷ Cfr. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu*?, cit. 810.



d'application du Code civil)⁵⁸, con un'esclusività di quanto è speciale per innesto (*greffe*) o per scissione (*scissiparité*)?

Privato della bussola, si scrive, ogni giudice trasformerebbe, e la metafora suggerita è intrigante, gli artt. 1101 ss. in una *pâte malleable* modellata sulla dinamica degli interessi in conflitto, all'insegna perciò di una *legalità del caso* che, pure nell'esperienza italiana⁵⁹, converte, com'è risaputo, il diritto comune in una tavola di regole dalla quale il giudice può discrezionalmente attingere per «*parvenir à la solution souhaitée*»⁶⁰. Dove *souhaitée* è un qualificativo che, nella prospettiva di una flessibilità del diritto comune, dovrebbe favorire l'emersione di soluzioni *giuste* in quanto *ragionevoli*⁶¹.

Risultato: senza norme come l'art. 1105, avremmo quale effetto un *bricolage* che trasforma il diritto dei contratti in una giungla «*sans principe directeur*»⁶², evocando così un'immagine, le norme regolatrici dei contratti come principi che, di nuovo Benedetti *docet*, significa «dominanza e perciò centralità»⁶³.

Una «*sainte liberté*», scriveva nel secolo scorso Carbonnier, fa da sottofondo all'idea di una *association* tra regole comuni e speciali: la «*liberté du plaideur sur chacune des voies de droit qui lui sont ouvertes indistinctement*»⁶⁴, quantunque sia vero il contrappunto che raramente le norme speciali risultano meno favorevoli al *plaigneur* delle *normes communes concurrentes*. Nella letteratura contemporanea gli fa eco Goldie Génicon, stentorea nell'osservare che le regole generali «*ouvrent en principe de concert*»: i due corpi di regole «*collaborent, chacun à leur niveau*», a dettare lo statuto normativo dei contratti speciali⁶⁵. Tutto ciò che non è vietato, è permesso: *ergo* l'accento, si chiosa, va posto non sulla *dérogação*, cioè il *bypass* del diritto comune, ma sul *principe*, cioè l'applicazione del di-

ritto comune: che, salvo non si dia una disposizione legale contraria, conserva «*son empire*», legittimando così le parti a «*librement choisir entre les règles*»⁶⁶. La sintonia questa volta, volendo tornare all'esperienza italiana, è con la pagina di Natalino Irti, là dove l'art. 1323 c.c. è etichettato, sulla scia di Betti⁶⁷, come una *norma interpretativa* in quanto disposto che «non allarga la sfera di applicazione delle altre norme, ma la fissa e determina»⁶⁸. E, se la *policy* legislativa ha di mira il prevenire un «dubbio»⁶⁹, pure l'art. 1105, ci viene da dire, potrebbe meritare il medesimo appellativo in quanto il suo primo comma assevera che le norme del sottotitolo I, in quanto regolatrici dei contratti, si applicano pure ai contratti atipici. Se poi, come notavamo in apertura, postulando oppure no una sorta di asettica gerarchia interna⁷⁰, ci parrebbe in realtà un falso problema, se è vero che, *siccome testualmente non la escludono*, vien fatto di credere che tanto l'art. 1105 che l'art. 1323 richiamino implicitamente la regola interpretativa comune amministrata dagli artt. 12, c. 2 e 14 disp. prel.: donde il delinearci, quando si dia il caso di un concorso tra una norma generale ed una norma disciplinante un tipo affine, di una regola gemella di selezione della norma *più adeguata*, sottinteso «al tipo degli interessi in conflitto e al rimedio più efficace nel comporlo»⁷¹, in quanto regola più prossima⁷².

Domanda, provando così a ricapitolare: gli artt. 1105 e 1323 sono allora da catalogare come delle norme gemelle in quanto il *sous réserve* del comma 3 ha trasformato in una regola testuale quanto l'art. 1323 dà per presupposto *in automatico* giacché lo si può accertare sulla scorta di una specialità quale principio implicito di natura generale? Se teniamo per ferma l'idea che una *specialità escludente* si dà solo nel caso di un'*antinomia*, cioè laddove si abbiano due norme aventi il medesimo oggetto e direttive incompatibili, la risposta vien da sé: non a caso ad una acuta dottrina la *querelle* tra De Nova e Be-

⁵⁸ Così BLANC, *op. loc. ult. cit.* e BALAT, *Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?*, cit. 701.

⁵⁹ Dove la rappresentazione più compiuta di questo discorso si incontra nelle intriganti pagine di LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Studi Comporti*, Milano, 2008, II, spec. 1651 ss.

⁶⁰ Così LEQUETTE, *Préface* a GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, cit. VI.

⁶¹ V. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit. 1666.

⁶² V. FABRE MAGNAN, *Droit des obligations*, cit. 58 (fortemente critica rispetto all'idea di una parte generale come asettica *addition de règles positives*).

⁶³ Cfr. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit. 669 e, nel panorama francese, LEQUETTE, *Préface*, cit. VII.

⁶⁴ In *Obs.*, cit. 333.

⁶⁵ In *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, cit. 482.

⁶⁶ Così GOLDIE-GÉNICON, *op. ult. cit.* 483.

⁶⁷ In *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, 7.

⁶⁸ Cfr. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 559.

⁶⁹ *Op. loc. ult. cit.*

⁷⁰ Che, in effetti, mancherebbe di una «giustificazione razionale», palesandosi «troppo spesso infondata in sede applicativa»: così BRECCIA, *sub art.* 1323, cit. 151 nonché 161. L'esclusione di un criterio gerarchico premiante la disciplina generale è pure in MAJELLO, *Problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, cit. 491.

⁷¹ Cfr. BRECCIA, *op. loc. ult. cit.*

⁷² V. pure CATAUDELLA, *I contratti*, cit. 216 e BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit. 67.

nedetti è sembrata «più di modo di approccio al problema che di sostanza»⁷³.

6. Parte generale e disciplina per tipi in sette proposizioni: il pregiudizio dogmatico come malattia dell'art. 1105 Code civil? Criteri testuali e non di coordinamento.

Abbiamo già ricordato che, se stiamo all'insegnamento di Giorgio De Nova, «il livello predominante d'intervento del legislatore italiano» non si specchierebbe più nel paradigma di un diritto comune dei contratti visto che il coordinamento testuale, ritualizzato dall'art. 1323, sarebbe ormai carente di un senso precettivo⁷⁴. Per di più è pacifico, Sacco *docet*, che lo strumentario di norme generali è il prodotto di una tecnica legislativa e non una «descrizion[e] della realtà» in quanto l'esperienza fattuale ignora il contratto, come «pensabili» esibendosi piuttosto «solo i tipi contrattuali, siano essi tipi legali o tipi sociali»⁷⁵. Orbene, stante però la manifesta comunanza di *ratio* tra l'art. 1105 e l'art. 1323, siccome la parabola francese è invece nel segno di una rivitalizzazione ermeneutica – sistematica di una parte generale⁷⁶, quale (diremmo) «serbatoio dal quale alimentare [ogni] diritto secondo in tutto ciò che non è specificamente oggetto di disciplina»⁷⁷, ne dobbiamo dedurre che la concezione di De Nova è ormai da riguardare come *âgée*? Il dubbio, notiamo, non è retorico o di maniera in quanto in quella pagina coesistono –per così dire– vero e falso. Per le ragioni che, condensando il discorso in sette punti, adesso rapidamente proveremo ad esporre.

Primo, diritto comune non vuol dire applicabilità ad ogni tipo di contratto di tutte le norme ricomprese nella parte generale⁷⁸. Al catalogo degli artt. 1448, c. 3-4, 1458, c. 1, 1469 c.c., può utilmente aggiungersi il caso di una disposizione, com'è già notiamo l'art. 1325, n. 4 c.c., la cui applicabilità «ad

ogni contratto è contestualmente esclusa»⁷⁹. Un diritto è comune pure se, come già notava Vitucci, annovera dei dispositivi (art. 1332) o dei rimedi (artt. 1385 – 1386, 1453 e 1467) applicabili soltanto ad una classe di contratti che il Titolo II «espressamente contempla»⁸⁰. *Idem* per tante altre norme statuenti delle specifiche regole di conflitto (artt. 1377 – 1378 e 1380) o una rimediabilità dedicata (art. 1468 c.c.). *Ergo* un diritto rimane *comune* pure quando si diano dei luoghi illustranti uno «scompenso fra la categoria generale e la portata effettiva della disciplina»⁸¹, in quanto parcellizzata a talune *species*, ad es. i contratti onerosi e gratuiti, con efficacia reale od obbligatoria, con o senza prestazioni corrispettive, ed ancora commutativi ed aleatori, ad esecuzione istantanea o di durata, anziché ricomprendere tutte quelle *species* che «pur [vi] rientrerebbero»⁸². Ogni diritto comune, insomma, è fisiologicamente attraversato da molteplici raggi di generalità⁸³: ha dell'autoevidente la sequenza che si compone degli artt. 1360, c. 2, 1373, c. 2 e 1458 c.c.⁸⁴.

Secondo, ogni diritto comune conosce l'ibridazione di norme prodotte dall'innesto combinato di due enunciati testuali, l'uno speciale e l'altro generale. L'esempio della regola che si deduce incrociando l'art. 1662 con l'art. 1453 c.c., donde una risolvibilità giudiziale dell'appalto in corso d'opera quando la difformità *in executivis* sia insanabile⁸⁵, ha del paradigmatico in quanto stilizza un'integrazione disciplinare, ottenuta contaminando due disposti normativi, «che è orientata alla soluzione del tipo di problema e del tipo di conflitto ... fra il committente e l'appaltatore»⁸⁶. La conclamata specialità dell'art. 1662, in quanto la norma genera-

⁷⁹ Così VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, cit. 808.

⁸⁰ *Op. loc. ult. cit.*

⁸¹ Cfr. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.*

⁸² Così VITUCCI, *op. ult. cit.* 809.

⁸³ Cfr. BRECCIA, *sub art.* 1323, cit. 151. Espressivo il dire di ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit. 293, che nessuna parte generale «soffre come presenza aliena quella di determinate "classi" o "categorie" di contratti» (c. vo aggiunto).

⁸⁴ V. pure BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit. 66. Dopo di che, lo notiamo *incidenter*, la figura dei c.d. contratti alieni, detto alla De Nova maniera, ha ben poco a che spartire con il tramonto della parte generale: vero è, infatti, che la loro autosufficienza ne autorizza una rappresentazione come figure refrattarie ad una tecnica legislativa che ritualizzi l'inserito di norme dispositive. E tuttavia, proprio a motivo di una siffatta autosufficienza, i contratti alieni divengono una materia da regolare che sfugge pure alla cifra denotativa dei contratti tipici.

⁸⁵ V. GALGANO, *Il contratto*, cit. 32

⁸⁶ Cfr. BRECCIA, *sub art.* 1323, cit. 153 e PERLINGIERI, *Relazione introduttiva*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit. 543.

⁷³ Così CATAUDELLA, *op. ult. cit.* nt. 236 nonché LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit. 1652.

⁷⁴ V. DE NOVA, *I singoli contratti dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in ID., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, 56 ss.

⁷⁵ Così GALGANO, *Il contratto*, cit. 33 (c.vo aggiunto).

⁷⁶ V. FABRE MAGNAN, *Droit des obligations*, cit. 204 e già CORNU, *Introduction*, in *L'Avant-Projet Catala*, cit. 51.

⁷⁷ Così, limpidamente, CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 398.

⁷⁸ Espressivamente già GALGANO, *Il contratto*, cit. 33: «non tutte le norme» che l'art. 1323 «definisce come "generali" sono realmente tali».



16

le non ammette la risoluzione se non è scaduto il termine per l'adempimento, viene ottimizzata con un ricorso all'art. 1453 bypassante l'intermezzo di un qualche *ius corrigendi* dell'appaltatore, in modo da disciplinare una fattispecie rimasta estranea tanto alla norma speciale che a quella generale⁸⁷. L'epifania descritta, va detto, non è un caso isolato perché ha ormai dello sperimentato un discorso catalogante la disciplina della risoluzione come una successione di statuti che vedono praticato un concorso di norme coesistenti (artt. 1564 e 1458)⁸⁸.

Terzo, ogni diritto comune è in realtà una piattaforma scomponibile in ragione della «diversa tipologia degli enunciati normativi [che lo compongono]»⁸⁹, con un'alternanza nel suo nucleo tra norme di struttura (artt. 1325, 1326-1352, 1418, c. 2 c.c.) e di contenuto (artt. 1339 e 1419, c. 2) ordinanti la partizione normativa in più livelli talora per altro sezionati in ragione della condizione soggettiva di un contraente (artt. 1341 e 1368, c. 2 c.c.)⁹⁰. D'altra parte che, a sua volta, pure la parte speciale conosca delle norme di struttura di un singolo contratto, com'è per l'art. 1892 c.c., davvero può ormai considerarsi una deduzione inconfutabile.

Quarto, diritto comune e collocazione topografica non sono un binomio inscindibile, tanto è vero, Scognamiglio *docet*⁹¹, che da tempo il titolo secondo non è riguardato più come il solo *luogo* ove figurino norme regolatrici di tutti o di molti contratti. È l'argomento, già esposto da Carresi ed ormai incontrastato⁹², di un Titolo secondo che non si atteggia a *sede esaustiva* in quanto pure le norme sulla capacità e sulla prova nonché quelle in tema di pubblicità, in quanto disposizioni che reggono tutti i contratti o che ne amministrano «intere categorie»⁹³, sono repute delle *norme generali*. Dopo di che l'ubicazione di questo «altrove», come lo definisce Giuseppe Benedetti⁹⁴, può materializzarsi pure in norme generali dettate, *per una classe di contratti*, al di fuori «dello stesso codice civile»⁹⁵.

⁸⁷ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, cit. 32.

⁸⁸ V., per una pluralità di riferimenti, LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 851 ss.

⁸⁹ Così BRECCIA, *sub art.* 1323, cit. 153.

⁹⁰ V. GALGANO, *Il contratto*, cit. 31 s.

⁹¹ In *Dei contratti in generale*, *sub art.* 1323, 49 s. V. pure BRECCIA, *sub art.* 1323, cit. 150.

⁹² In *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, 270. V., più di recente, S. Patti, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit. 548.

⁹³ Cfr. CARRESI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁴ In *La categoria generale del contratto*, cit. 661.

⁹⁵ Così CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit. 270. Del resto, aggiungiamo, la meta-norma dell'art. 1324 recita di «norme che regolano i contratti», «senza

L'arcipelago delle norme «derogabili solo in senso più favorevole al cliente» (art. 127, 02, c. 1 T.U.B.) fotografa, al riguardo, un esempio sintomatico di conflitto nel quale –ci torneremo– le norme dell'art. 1323 c.c. vengono a trovare applicazione non in quanto *disciplina generale* bensì *se* risulta che formalizzano una disciplina di maggior favore⁹⁶.

Quinto, è vero che la parte speciale conosce delle norme di contenuto la cui applicazione trascende il tipo contrattuale e si impone come un *diritto comune* per una *species* più ampia di contratti. L'esempio calzante della disciplina sulla garanzia per evizione, le cui norme valgono per ogni contratto di alienazione a titolo oneroso⁹⁷, non è il solo caso visto che la giurisprudenza è consolidata tanto nell'estendere la garanzia decennale dell'art. 1669 c.c. al costruttore – venditore quanto nell'aggrare, con un'eccezione di risoluzione, l'ammanto di disciplina punteggiante l'art. 1454 per l'ipotesi di un inadempimento definitivo⁹⁸. *Superposition de règles*⁹⁹, quale stadio intermedio, tra una teoria generale del contratto ed il «*droit particulier de la variété considérée*»¹⁰⁰, è la formula invalsa nel dibattito francese: norme *transtipiche*, applicabili direttamente pure ad altri tipi, è a sua volta l'espressione, evocativa di un'osmosi per ottenere dei «macrotipi»¹⁰¹, entrata nell'uso italiano: anche se forse discorrere di una *generalità parziale*, «costruita a partire da singole norme in apparenza speciali»¹⁰², cattura di più.

Ora, il ritaglio, all'interno di un tipo, di norme transtipiche non è ostativo a che altre norme di quel medesimo tipo si presentino invece come *esclusive* e, in quanto *eccezione*, risultino insuscettibili di ap-

cenna alcuno alla precisa fonte da cui [queste] regole sono tratte»: così BRECCIA, *sub art.* 1323, cit. 150.

⁹⁶ Di un «criterio-guida» operante «in maniera indipendente dalla previa imputazione di generalità o di specialità della disposizione che si decida, a tal fine, di applicare», discorre BRECCIA, *sub art.* 1323, cit. 157. Si è illustrato la vicenda in PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, 256 ss. Come scrive PERLINGIERI, *Relazione introduttiva*, cit. 540, ogni criterio del maggior favor «conduce a rigettare l'idea di un'aprioristica prevalenza della norma speciale rispetto a quella generale».

⁹⁷ Cfr. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, cit. 809.

⁹⁸ V. il volume collettaneo CONSOLO –PAGLIANTINI –PAGNI –ROPPO –MAUGERI (a cura di), *La risoluzione per inadempimento*.

Poteri del giudice e poteri delle parti, Bologna, 2018.

⁹⁹ V. BLANC, *Contrats nommés et innomés, un article disparu ?*, cit. 811.

¹⁰⁰ Così BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, cit. n. 7.

¹⁰¹ V. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva*, cit. 543.

¹⁰² Così BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit. 107.



plicazione analogica. Eccezionale, come si sa, è una qualifica di relazione ed il divieto dell'art. 14, d'altra parte, non impedisce che una norma si estenda ai casi simili ricadenti nel perimetro ove la norma stessa è reputata pertinente¹⁰³.

Sesto, quantunque sia ricorrente che un tipo deroghi al diritto comune, è pur sempre vero che *pattiziamente* una siffatta deroga può venire anestetizzata- L'art. 1976 c.c. è sì norma speciale e tuttavia anche la transazione novativa può risolversi se il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato. *Idem* per l'art. 1664 in quanto le parti possono espressamente escluderne l'applicabilità, donde l'alternativa di un riespandersi dell'art. 1467, se ne ricorrono i presupposti, ovvero di un tramutarsi dell'appalto in un contratto aleatorio.

Settimo, un'applicazione diretta nei limiti di una compatibilità con la specialità del tipo, ossia (diciamolo così) un'applicazione *salvo che la legge disponga diversamente*, non rende lasca l'immagine di un diritto comune: per la semplice ragione che l'antinomia, quale proiezione di una «comune regola interpretativa logico - sistematica», è «fuori [da]»¹⁰⁴, nel senso che si colloca all'esterno di un siffatto dispositivo. Vero che, se si danno i presupposti per l'operare della disciplina particolare, ove il suo perimetro collimi con quello di una norma generale, è la regola particolare e non la disciplina generale che si applica. Epperò una siffatta esclusione è il prodotto di una *prevalenza* affidata all'emersione di un interesse «autonomamente rilevante e quindi specialmente disciplinato [dalla legge]»¹⁰⁵.

Mettendo in fila le sette proposizioni, è il caso di dire molto rumor per nulla ?

È un fatto, chiosiamo a margine, che neppure della pagina di Messineo si dovrebbe per altro dare una rappresentazione di maniera. Pur sempre infatti, nella *Dottrina generale del contratto*, viene ad essere imbastita una *tripartizione*, distinguendosi tra

- principii comuni* ad «ogni contratto»;
- norme dedicate ad un «*determinato* gruppo di contratti (e quello solo)»;
- regole particolari «a ciascun contratto, ispirate al *contenuto* di esso».

Ciò che stroppia, come risulta autoevidente, è l'immagine di un'*armoniosa* combinazione *a senso unico* tra generale e speciale¹⁰⁶, mentre non stroppia

affatto quella di un generale/speciale affidati al costruito sistematico di un viluppo *policromo* visto il darsi, tra i due corpi di regole, di una *mutevole coesistenza*. Tra generale e speciale, diremmo allora, le interazioni sono ben più complesse del canovaccio sperimentato che vuole, come si è veduto, le norme particolari avvicinarsi in due operazioni, rispettivamente di *completamento* o di *prevalenza*: e si può dire che, se l'art. 1323 c.c. non soffre di un siffatto *pregiudizio dogmatico*, di questo morbo per converso l'art. 1105 reca traccia, volendo naturalmente pensare, come ci sembra¹⁰⁷, che, per il giurista francese, il *Code* riformato ha adottato un dispositivo di coordinamento ove il binomio *completamento/prevalenza* stilizzerebbe un riparto di competenze «del tutto razionale ed autosufficiente»¹⁰⁸. Ora, come si è veduto, tutto si può dire fuorché il trittico

-ibridazione giudiziale (o dotta) di generale e speciale¹⁰⁹,

-concorso cumulativo e

-canone di una generalità parziale

non disegni una mappa che va operativamente a completare i due criteri (testuali) di coordinamento, tra generale e speciale, messi in forma dall'art. 1323.

Una parte del problema sta tutta qui.

7. I corollari di una parte generale secondo la lente di una *dinamica complessa*.

Sono, provando a sunteggiare il discorso, non meno di quattro i corollari che si possono dedurre dall'insieme delle proposizioni svolte.

Primo, complice la circostanza che ogni diritto comune è attraversato da gradi intermedi di generalità, il rapporto corrente tra parte generale e parte speciale non è di stampo monistico ma risulta retto da una *dinamica complessa* percorsa da un'eterogeneità che ne esalta l'*elasticità*¹¹⁰. Se ogni parte generale, lo diciamo così, ritualizza una funzione di «economia di normazione»¹¹¹, l'immagine di un'unità *versus* una pluralità ha dell'apodittico in quanto già il contratto in genere è percorso da frammentazioni interne, ordinate secondo la bina regole – controregole, che si organizzano a loro volta in *microsistemi*¹¹². Se conveniamo sulla premessa che non può pensarsi ad un “contratto in ge-

¹⁰³ Con il che però si risolverebbe il problema «dell'applicabilità delle disposizioni eccezionali dettate per un tipo»: così DE NOVA, *I singoli contratti. Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, ora in *Il contratto*, cit. 323.

¹⁰⁴ Così BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit.

¹⁰⁵ Cfr. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁶ Cfr. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit. 45.

¹⁰⁷ V. *supra* §§ 3 e 4.

¹⁰⁸ Così BRECCIA, *op. ult. cit.* 51.

¹⁰⁹ Che, unendo frammenti di disciplina, porta a «costruire una nuova regola composita»: così BRECCIA, *op. ult. cit.* 107.

¹¹⁰ V. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit. 661 s.

¹¹¹ Così GALGANO, *Il contratto*, cit. 33.

¹¹² V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 85.



nera” senza l’ausilio di classi particolari ognuna delle quali è munita *pure* di un qualche «”particolare” elemento di disciplina»¹¹³, ha del vero discorrere, come si fa, di una parte generale la quale, per il gioco combinato di norme contemplanti una disciplina diversa da quella istituita da altri dispositivi figuranti nello stesso Titolo II, costitutivamente «deroga a se stessa»¹¹⁴.

Secondo, siccome pure la disciplina dei singoli tipi conosce norme corredate da un diverso grado di specialità¹¹⁵, c’è molto di vero nell’osservazione che il numero di subcategorie, inclusive di più tipi contrattuali e rette «da norme ad essi comuni è alquanto più esteso di quanto, [diremmo, la sola lettera dell’art. 1323 lasci intendere]»¹¹⁶. Neanche però va trascurato che corposo è pure il numero dei casi in cui si danno delle norme speciali *tipizzanti* una regola di diritto generale (artt. 1497, 1525, 1618, 1820 rispetto all’art. 1455 c.c.)¹¹⁷. *Ergo*, anziché supporre un solo standard regolativo, è un fatto che il binomio generale/speciale si esibisce con caratteri mutevoli che variano in ragione del tipo contrattuale scrutinato.

Terzo, il metodo tipologico consente, è vero, l’applicabilità diretta a «contratti non sussumibili nel tipo legale anche della norma ... appartenente alla disciplina tipica»¹¹⁸. E tuttavia, il primato della disposizione più favorevole (art. 1469 *bis* c.c.) appanna la supremazia (neutra) della disposizione speciale in quanto ogni regola di conflitto ispirata alla clausola generale di una “massima difesa” *premia* in realtà *ogni* norma, «ovunque ... sia prevista ... e quale che sia il suo livello di generalità»¹¹⁹, che ottimizza la tutela del contraente specialmente protetto. *Idem* nei casi di un concorso cumulativo di norme (artt. 127. c. 1 e 135, c. 1, c. cons.), dovendosi ivi ammettere che il consumatore, se un regime speciale non esclude né limita, abbia la facoltà di scegliere il rimedio più favorevole. Risultato: il canone materiale dell’interesse protetto sparisce, in realtà, visto che alla bina generale – speciale si viene a sostituire una *disciplina transtipica stricto sensu* intesa, imperniata essa com’è «non sul piano del-

la fattispecie ... ma esclusivamente [sul versante] delle conseguenze giuridiche»¹²⁰.

Quarto, perdita di centralità per difetto di unitarietà. Ogni paradigma unico (di disciplina) del contratto tramonta, è ovvio, in un sistema ordinamentale nel quale la legalità nuova si impernia sul binomio *contratti civili e contratti del mercato*, unilateralmente (*b2c*) o bilateralmente commerciali (*b2b*)¹²¹. E tuttavia, siccome è *in rebus* che l’utilizzo giurisprudenziale delle clausole generali (e dei principi) ha modificato *tipologicamente* la parte generale del contratto¹²², neanche può sottacersi che questa ormai esprime una *policy* di funzionalizzazione, dell’autonomia privata ai valori dell’ordinamento civil-costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.), il cui contenuto “materializzato” (e di giustizia sostanziale) si irradia integrativamente (art. 12 prel.)¹²³, rinnovando a cascata la disciplina dei singoli tipi. Così intesa, nessuna parte generale, nella misura in cui l’esperienza la *rinnova*¹²⁴, può passare per una *forme dépassée de législation*¹²⁵. Lo diviene soltanto se si cade prigionieri dell’illusione ottica di un diritto comune *du contrat*¹²⁶.

8. Una norma che il Code civil in parte non ha: l’art. 1469 *bis* c.c.

¹²⁰ Così, lucidamente, ADDIS, *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *OeC*, 2007, 878.

¹²¹ V., in luogo di tanti, ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in ROJAS ELGUETA – VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 35 e VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *ID. Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 145.

¹²² Tanto da indurre GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit. 1492 a scrivere che il «diritto generale dei contratti è ormai, o comunque va sempre più divenendo, un diritto contrattuale intriso, sia pure in senso generico, di politiche e non solo strutturato dai concetti».

¹²³ Nell’intento, come scrive LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit. 1667 di «pareggiare le differenti posizioni soggettive di partenza nella dialettica contrattuale». Simile, nell’ottica di una «contaminazione tra modelli» esaltante la «naturale circolarità» del rapporto tra generale e speciale, è il convincimento di ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit. 78 (c. vo nel testo).

¹²⁴ Di una «nuova parte generale del contratto» discorre testualmente PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, cit. 562.

¹²⁵ V., pur se con un’eccessiva enfasi, LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, cit. 868 (la parte generale «una necessità all’interno del diritto dei contratti»).

¹²⁶ V. FABRE MAGNAN, *Droit des obligations*, cit. 58.

¹¹³ Così ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit. 293.

¹¹⁴ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, cit. 844.

¹¹⁵ Ovvero che «possono essere iscritte su un piano dotato di un buon grado di generalità»: così BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit. 67.

¹¹⁶ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, cit. 33.

¹¹⁷ Di una regola comune «specificata» ragiona LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, cit. 856.

¹¹⁸ Così DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit. 318.

¹¹⁹ Cfr. BRECCIA, *sub art. 1323*, cit. 158.



Ci sarebbe voluto un art. 1323 *bis* oppure un art. 1323 corredato di un secondo comma¹²⁷: ed invece abbiamo, come si sa, un art. 1469 *bis* c.c. nel quale la regola di conflitto della norma più favorevole al consumatore opera, se stiamo alla lettera della legge, soltanto nello spicchio di casi in cui si venga a prospettare un conflitto tra la parte generale del contratto ed una disposizione consumeristica diversa dal codice del consumo, essendo la specialità il canone reggente in via esclusiva il conflitto tra le norme regolatrici dei contratti ed il cod. cons.¹²⁸. Dunque, se stiamo all'interpretazione prevalente¹²⁹, avremmo un'applicazione diretta delle norme di parte generale contornata da due regole di conflitto (diversamente orientate) il cui perimetro di operatività è poi delimitato dalla *sedes materiae* di riferimento. Per altro, e qui sta il punto¹³⁰, con una specialità monopolizzante, ciò che si ha è in realtà un'applicazione diretta che si esibisce sempre come *sussidiaria* in quanto, se il codice del consumo alla lettera "deroga", a delinarsi è qui una parte generale *ridimensionata*, di cui la legge asseconda in realtà soltanto un'applicazione *integrativa e suppletiva* del c. cons.¹³¹.

Per la verità, e sappiamo pure questo, dell'art. 1469 *bis* è abbozzabile pure un'altra interpretazione utile la quale, riferendo la locuzione "più favorevoli" allo stesso codice del consumo, ne immagina di rimando una sua disapplicazione quando dovessero darsi delle disposizioni di parte generale più favorevoli al consumatore¹³². Non più (dunque) generale v. speciale, con lo spartito di un'applicazione delle norme del c.c. formalmente correlata al darsi di una *lacuna* nella disciplina di specie¹³³, bensì un primato (assiologico ed applicativo) del dispositivo che meglio ottimizza la tutela dell'interesse preferito. È

questa, notiamo, una lettura finalistica dell'art. 1469 *bis* che si industria di spogliarlo dell'etichetta, immanente in effetti all'interpretazione maggioritaria, di una *norma inutile*: sunteggiando il discorso, quale senso infatti può mai avere statuire che *specialia* (c. cons.) *generalibus* (gli artt. 1321 – 1469 c.c.) *derogant* quando già abbiamo un art. 38 c. cons. recitante di un'applicazione diretta, ai contratti *b2c*, del codice civile sull'unico presupposto (dicevamo) che si dia, nella trama speciale del c. cons., una specifica lacuna normativa? *Ne bis in idem*, potremmo chiosare, unendoci così al coro dei più.

Dopo di che, è riuscito agevole ribattere, ed anche questo volendo lo si sa, che un'interpretazione teleologica dell'art. 1469 *bis* al più però sarebbe idonea a formalizzare un'ipotesi di conflitto virtuale visto che, se diamo per buona la premessa di una normativa consumeristica la quale, oltre che posteriore e speciale, è per sua natura *la più favorevole*, non c'è più motivo di alimentare un qualche dissidio interpretativo rispetto ad un diritto comune costitutivamente *meno protettivo*¹³⁴. L'art. 33, c. 2, lett. F) c. cons. protegge di più dell'art. 1384, *idem* per le ll. E) e G) rispetto agli artt. 1386 e 1373 ovvero per la lett. S) nei confronti dell'art. 1407 c.c.

Nessun polisistema dunque?, per l'elementare ragione, detto alla francese maniera, che il codice del consumo è una *legge complementare* al codice civile donde un diritto secondo dei consumi il quale, complice un rinvio diretto dell'art. 38 ove (*cave!*) *neanche* figura il filtro di una compatibilità, è da riguardarsi come uno *svolgimento* del diritto primo¹³⁵? C'è una marcata «contiguità», ha scritto Guido Alpa, tra codice civile «e le disposizioni settoriali»¹³⁶: *ergo* se può ammettersi un'*analogia legis* rispetto ad un dispositivo di legge speciale, quando invece voglia farsi questione di un'*analogia iuris*, deve supporre che il «ricorso al cod. civ.» continui a mostrare le fattezze di un medio insopprimibile¹³⁷. Nell'esperienza francese, notiamo, un siffatto *periodare* è la costante: il *novum* di marca europea non depotenzia né disgrega la funzione quadro di un diritto comune dei contratti perché il diritto dei consumi è *speciale* nel senso di particolare e non, detto alla Gentili maniera, all'insegna di un'*alterità*¹³⁸. In quanto «provincia» del diritto generale dei contratti¹³⁹, la metafora accomuna le pagine di Pizzio e di

¹²⁷ Lo aveva già segnalato DE CRISTOFARO, *Il "codice del consumo"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 808

¹²⁸ V., in luogo di tanti, ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit. 78.

¹²⁹ Alla quale si allinea pure BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit. 222.

¹³⁰ Come intuito già da ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit. 878 e DE CRISTOFARO, *Il "codice del consumo"*, cit. 811 s.

¹³¹ Sintomatica, al riguardo, è la pagina di DE CRISTOFARO, *op. loc. ult. cit.*, laddove scrive di uno statuto della parte generale che non può «trovare applicazione, se non per la regolamentazione di aspetti o profili che il codice del consumo abbia completamente tralasciato di considerare».

¹³² Per una panoramica diffusa v. FACCIOLI, *sub art. 1469 bis*, in DE CRISTOFARO – ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013², 42 ss.

¹³³ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit. 295 che discorre elegantemente di un art. 1469 *bis* quale norma improntata ad un «*self restraint*» e di un art. 38 c. cons. istitutiva (per riflesso) di una specialità invocante la normativa codicistica «a supplenza dei propri limiti».

¹³⁴ V. E. MINERVINI, *Codice del consumo*, in *Digesto quarto, Agg.*, Torino, 2007, 188.

¹³⁵ Cfr. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, cit. 356.

¹³⁶ Così ALPA, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁷ V. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999⁴, 38 s.

¹³⁸ In *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit. 1480.

¹³⁹ Cfr. GENTILI, *op. ult. cit.* 1488.



Mazeaud¹⁴⁰, il contratto del consumatore non stilizza, questa è l'idea, un *diverso genere* di disciplina: non a caso l'art. 1105 *Code civil* recita indistintamente di *règles particulières*, codificando un rinvio il cui «*objet extrêmement large*» si mostra refrattario all'inserimento di un qualche distinguo in seno alla classe delle norme speciali¹⁴¹. Il tutto, è evidente, perché si continua a supporre che tra contratto ed atto di consumo corra, pur virando soggettivamente un criterio di qualificazione altrimenti legato al *type d'opération réalisée*¹⁴², lo stesso rapporto di specialità intercorrente tra il *contrat* ed i *contrats nommés*¹⁴³.

9. La rinascita principalista della parte generale nel diritto delle Corti: la meritevolezza maneggiata da clausola generale.

Ci verrebbe da replicare che ogni specialità muove dalla precomprensione di una «omogeneità tra le fattispecie comparate»¹⁴⁴, quindi è dominata dalla suggestione/illusione di un'omogeneità del paradigma di contratto «che vi sta a base»¹⁴⁵. Ora, il diritto derivato nazionale decampa da questo archetipo perché, com'è risaputo, molto spesso non riproduce affatto lo spartito di un rapporto da *genus ad speciem* raffigurante le diverse tipologie contrattuali a guisa di «articolarzioni e specificazioni di regole generali entro cui comunque le prime si inte-

grano»¹⁴⁶. Pur mimando topograficamente lo schema dualistico generale/speciale del c.c., il cod. cons., com'è assodato, conia sì una seconda parte generale della contrattazione standardizzata (artt. 33-37, 48, 61, 63 e 65)¹⁴⁷, ma quella “speciale” che segue è una parte denotata secondo criteri ottimizzanti in realtà una *transpicività* che, dominata com'è da una *trasversalità* connessa ora alla modalità di stipula (artt. 49- 59), ora alla tipologia di beni o servizi commercializzati (artt. 67 *bis* ss., 69 – 81 *bis*), si lascia piuttosto riguardare come *modularmente variabile*. In ogni caso, financo fosse vero che il contratto *b2c* è «specie particolare di un genere comune»¹⁴⁸, residua un però che, come già ci è capitato di osservare altrove, va più seriamente compulsato.

Preso atto invero che i principi sono norme, può un principio operare alla stregua di una clausola generale? Se lo si dovesse ammettere, capiterà che si diano dei casi nei quali, già è capitato di segnalarlo altrove¹⁴⁹, le norme consumeristiche non passino per *più favorevoli* rispetto a quelle del Titolo II del libro quarto, con il risultato così di avallare l'intuizione di Gentili di un art. 1469 *bis* quale luogo nel quale il concorso di norme si specchia non su di un'asettica (e ridondante) specialità quanto (e piuttosto) sulla «prevalenza del trattamento più favorevole, quale che ne sia la fonte»¹⁵⁰. È emblematica l'odierna vicenda del principio di meritevolezza, come si sa maneggiato dalla Cassazione nel senso di sentenziare l'inefficacia originaria di clausole (atipiche) figuranti in operazioni congegnate in modo tale da sbilanciare significativamente l'«equilibrio contrattuale», alterando così il sinalagma in favore dell'intermediario¹⁵¹. È di tutta evidenza infatti che un contratto di finanziamento, che si vuole deragliante dal disposto dell'art. 1322, comma 2, c.c. perché sottinteso non formalizza un interesse meritevole di tutela, *non ha bisogno*, sul piano rimediabile, della stampella consumeristica di una nullità di protezione. A volerlo prendere sul se-

¹⁴⁰ V., rispettivamente, *Le droit de la consommation au l'aube du XXI^e siècle* e *Droit commun du contrat et droit de la consommation*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, 897 ss e 697 ss.

¹⁴¹ *Règles particulières*, si scrive, sta per «*règles non codifiées, règles du Code civil ou de toute autre codification, par ex. ... le Code de la consommation*»: così DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 52.

¹⁴² Cfr. CHANTEPIE – LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit. 104.

¹⁴³ V. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Paris, 2008, 20 ove l'immagine di un diritto settorizzato. Adde, in sede di riforma, LEQUETTE, *La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats*, in *RTDCiv*, 2018, I, 562 e ANCEL – FAUVARQUE COSSON – GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017, 88 s. Non a caso, nel Rapporto di presentazione dell'Ordonnance (10 febbraio 2016), si legge che «*les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer ... avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux ou ...résultant d'autres codes tels que le Code de commerce ou le Code de la consommation*».

¹⁴⁴ Così ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni tra critiche e consensi*, in *Contr. Impr. Europa*, 2006, 35 s.

¹⁴⁵ Così ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo*, in *Il diritto civile oggi*. Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.D.I.C., Napoli, 2006, 816.

¹⁴⁶ Cfr. ALESSI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁷ V., in luogo di tanti, PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, cit. 556; SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, *ibid.*, 496 e ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., 292.

¹⁴⁸ Così GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit. 1480.

¹⁴⁹ In *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, cit. 259.

¹⁵⁰ Cfr. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 172. Ne riprende il pensiero MANIACI, *Clausola penale eccessiva: inefficacia o ridicibilità?*, in *Contratti*, 2005, 1113 s.

¹⁵¹ V. Cass. 30 settembre 2015, n. 19559; Cass. 10 novembre 2015, n. 22950; Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949, tutte riferite a mutui di lunga durata.

rio, questo stiamo ripetendo, il recitativo che Cass. n. 19013/2017 mette in forma, è sufficiente a restituire l'immagine di un'esclusività dell'art. 1322, comma 2, c.c. quale norma che si basta da sé nel caso sia supposto che il vizio inficiante il contratto di finanziamento sia *ratione causae*¹⁵². A nessuno, in effetti, potrebbe venire ragionevole pensare che una trasparenza sostanziale delle clausole possa *schermare* un'illegalità, reputata esistente a monte, deducibile, come la Cassazione motiva, da un'alterazione indebita delle condizioni di rischio dell'operazione. Il che, a tacer d'altro, pone però un problema: se il principio codicistico, che viene fatto operare da clausola generale, diventa una norma *più favorevole*, non risulta consequenziale riconoscere che la specialità *b2c* deraglia, subendo uno *sforacchiamento* capace di implementare il riespandersi, seppure in una versione *principalista*, delle norme che regolano i contratti (art. 1323 c.c.)?¹⁵³ La domanda non è retorica: un principio codicistico che funge da clausola generale, in quanto regola *auto-sufficiente di maggior favore*, sgrana di suo, ed a chiare lettere, la trama di un diritto secondo che protegga *di meno*. Ora, è vero che nessuna meritevolezza *distingue*, aliena com'è da ogni specialità subiettiva, coll'utile risultato di approdare così ad una *norma comune* dei contratti civili e del mercato: ma è questa davvero la via per un ritorno ad Itaca?

10. Riepilogo: il canone della "maggior tutela" come grimaldello introduttore un secondo discontinuo tra c.c. e c. cons.?

È il momento, allora, di ricapitolare. Nell'ordine:
 -il diritto dei consumi, nell'esperienza franco-italiana, è un corpo espunto dal codice civile;
 -ai due dispositivi di raccordo del sistema italiano (gli artt. 38 c. cons. e 1469 *bis* c.c.) il modello francese ha preferito la razionalizzazione di un unico precetto, sito nell'art. 1105, cc. 2 e 3, testualmente improntato ad una regola (gemella) di specialità¹⁵⁴;

-un distinguo essenziale, se vogliamo, però c'è ed alberga nella circostanza che il diritto francese riformato, tutto rinserrato com'è sul contratto *b2c* come caso speciale del contratto in generale¹⁵⁵, *non conosce* ed in pari tempo *disconosce* in realtà quella regola di conflitto del maggior *favor* per il consumatore la quale, presa sul serio, possiede, com'è facile intuire, la virtù di riscrivere il volto del diritto dei consumi.

Tutto infatti sta ad intendersi: nella nostra esperienza, siccome le norme del c.c. non si applicano, e *quindi se ne contempla una deroga*, pure quando si diano delle altre norme della galassia consumeristica di maggior difesa, perché non pensare ad un combinato disposto degli artt. 38 e 1469 *bis* stilizzante la regola non di una *etero-integrazione* immediata del c. cons bensì solo quando sia fallito un procedimento di *auto-integrazione* trasformante in ancillare il c.c.? Tecnicamente, con un diritto dei consumi *smarcato* dal diritto comune, in quanto è presidiato al suo interno da *norme generali*, da un mono si passa ad un polisistema, *ergo* il discontinuo non è di maniera¹⁵⁶. Muovendo infatti dalla prospettiva di una pluralità di «baricentri ermeneutici»¹⁵⁷, si ritualizza, com'è intuitivo, una *residualità* del c.c. in quanto l'applicabilità diretta della parte generale del contratto viene qui *postposta* ad una produzione di norme dedotte dall'applicazione diretta o in via analogica, *ed in quanto di protezione*, di una o più delle disposizioni consumeristiche. Alle corte, avremmo una parte generale del contratto che, se l'arsenale consumeristico si basta quale *sistema premiale*¹⁵⁸, rimane esclusa in quanto declassata ad un complemento: un «*bouche-trous*, detto alla francese,¹⁵⁹ operante quando la lacuna, non risultando dominata da una causa di consumo, si presta a venire governata da dispositivi paritari, nel senso di norme (non unilateralmente orientate) strutturalmente pertinenti.

... sia derogata dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli ai consumatori».

¹⁵⁵ E, quindi, «sottosistema di un sistema»: v. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit. 1480.

¹⁵⁶ Lo dice bene CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit. 399 quando scrive di un diritto secondo che non fa «eccezione a regole generali nel senso dell'art. 14 preleggi ..., formula[ndo], all'opposto, altrettante regole generali».

¹⁵⁷ Cfr. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit. 876.

¹⁵⁸ Non a caso ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit. 882 discorre di una legislazione consumeristica «in grado di generare, attraverso il procedimento analogico, regole idonee a colmare le eventuali lacune determinate da un'applicazione letterale del suo stesso dettato».

¹⁵⁹ Così GRUA, *Le Code civil, code residue ?*, in *RT dr.civ.*, 2005, 253.

¹⁵² Sicché, in luogo di un'applicazione sinergica, come ipotizza GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit. 1505, qui avremmo un bypass della disciplina consumeristica.

¹⁵³ V., incisivamente, PERLINGIERI, *Relazione introduttiva*, cit. 540, allorché la disciplina generale imbastisce «una più incisiva tutela del contraente debole, la normativa speciale cede il passo a quella generale».

¹⁵⁴ V. DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 300 s. Significativamente, nella nostra letteratura, SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano ?*, cit. 1903, discorre di un «diritto italiano [nel quale la stessa] questione è affrontata dall'art. 1469 bis, [contemplante un bypass della] disciplina generale del contratto nella misura in cui



Nella sua versione più attrezzata, questa idea effigia la legislazione consumeristica come una «disciplina transtipica comune, idonea a realizzare una vera e propria categoria generale»¹⁶⁰: il pernio è un art. 1469 *bis* che *gerarchizzerebbe* le norme giuridiche secondo una prospettiva funzionale premiante un *favor consumatoris*, eletto dall'ordinamento a principio generale, che è sciolto dalla «collocazione sistematica» della disposizione¹⁶¹. Le norme del c.c., in quanto assoggettate ad un test di maggior protezione, si troverebbero così ad operare in maniera *incipite*, *residualmente* o in *prima* (e *diretta*) *applicazione* secondo una *ratio* funzionale sganciata dalla pre-condizione di una *lacuna*¹⁶²: se infatti, come assevera l'art. 135, c. 1, le norme contenute negli artt. 128 – 134 c. cons. «non escludono né limitano»¹⁶³, il ricorso al diritto comune può assurgere, *a seconda dei casi*, tanto ad un'elettiva variabile *extra ordinem* quanto ad un dispositivo completivo reagente ad una lacuna che non si mostra dimensionata su di una causa di consumo¹⁶⁴. Archiviato il primato di una parte generale in quanto *sedes gerarchicamente sovraordinata*, la disciplina del Titolo II

¹⁶⁰ Così ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit. 878. Adesivamente VENTURELLI, *Il diritto concorrente, in Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di Vettori, Padova, 2013, II, 1389 ss.

¹⁶¹ Cfr. ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit.

¹⁶² V. PASSAGNOLI, *sub art. 36 - 38, in Codice del consumo, Commentario*, a cura di Vettori, Padova, 2007, 390. V., incisivamente, P. PERLINGIERI, *Relazione introduttiva*, cit. 540, allorché la disciplina generale imbastisce «una più incisiva tutela del contraente debole, la normativa speciale cede il passo a quella generale».

¹⁶³ Tutto nasce, come non è superfluo ricordare, dalla circostanza che il disposto dell'art. 135, c. 1 c. cons. *non corrisponde*, in realtà sporgendo, alla lettera dell'art. 8 dir. 44/1999, una norma questa che si codifica una regola di armonizzazione minima (§ 2) ma da leggersi unitamente ad un § 1 ove la legittimazione del consumatore, ad agire a titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, resta impregiudicata quanto all'«esercizio di altri diritti». Non c'è dunque la previsione, nel corpo della direttiva 99/44, di una tutela che sia affidata a diritti appartenenti alla *stessa tipologia* dei rimedi armonizzati. L'inghippo, se così vogliamo definirlo, nasce perciò dal fatto che il recitativo *omni-comprendivo* dell'art. 135, comma 1, in quanto *indeterminatamente* vi si legge di «diritti ... attribuiti da altre norme dell'ordinamento giuridico», pare voler attribuire al consumatore uno standard protettivo più elevato, per tale intendendo quello che si comporrebbe di un *qualunque* diritto che sia previsto dalla normativa italiana vigente. Dunque non soltanto di rimedi *necessariamente* diversi, nel senso di estranei al *corpus* della direttiva.

¹⁶⁴ Come scrive ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit. 882 «è del tutto legittimo ipotizzare che, accanto a quelli propriamente consumeristici» pure nell'area del c. cons. si diano, «accanto a quelli propriamente consumeristici», dei «conflitti di interessi paritari, cioè propriamente privatistici».

si espanderebbe ove *funzionalmente sinergica*¹⁶⁵. Cioè se ed in quanto tutela *più efficace*.

Domanda: una parte generale del contratto *double face* in quanto istrumentario di norme più favorevoli e al tempo stesso contenitore di principi generali dell'ordinamento?¹⁶⁶ Se così fosse, tra *Code civil* e c.c., anziché una simmetria dovrebbe registrarci una marcata discontinuità, in quanto un maggior *favor* valevole per *tutti* i conflitti fa sbiadire la specialità, trasformando il consumatore in un contraente che dispone di rimedi *in più*¹⁶⁷. Non a caso, nonostante il nuovo art. 1171 abbia duplicato la nozione di *déséquilibre significatif* nell'area di un *contrat d'adhésion*, l'interprete francese è scettico su di una *option* tra l'art. 1171 e l'art. 212-1 del *Code de la consommation*¹⁶⁸.

Beninteso, è un interrogativo che si pone ricorsivamente: *nulla quaestio*, come abbiamo ricordato altrove¹⁶⁹, che l'armonizzazione minima sia una

¹⁶⁵ V. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit. 1500 che discorre di una sinergia alla politica del diritto che governa il contratto del consumatore» (c. vo nel testo).

¹⁶⁶ Nella succosa pagina di un'attenta dottrina troviamo adesso scritto che il consolidarsi del diritto europeo avrebbe innescato un processo di *consumerizzazione* della parte generale, col risultato di aggiornare verticalmente la disciplina «generale del contratto e dei principi su cui essa si fonda nel nostro ordinamento» (così ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit. 78). Ora, sunteggiando al massimo il discorso, se l'evidenza della consumerizzazione è il luogo per es. degli obblighi di informazione precontrattuale quali additivi dell'art. 1337, *nulla quaestio*: è vero che l'obbligo di trasparenza contrattuale «può dirsi oggi quello che connota propriamente il comportamento di buona fede imposto alle parti nella fase precontrattuale» (*op. loc. ult. cit.*). Ma se il discorso si proietta su altre evidenze consumeristiche, involgendo per intendersi il recesso di pentimento e la galassia delle nullità protettive, diventa ci sembra assai più difficile ragionare di una «trasformazione dei diritti interni all'insegna di una contaminazione tra modelli» (*op. loc. ult. cit.*), con un discontinuo che rimane intatto. Insomma, ed alle corte, la circolarità tra diritto primo e diritto secondo ci sembra che segua una direttrice che, stipulativamente parlando, ha le fattezze di una consumerizzazione *selettiva* ovvero di una consumerizzazione a macchia di leopardo.

¹⁶⁷ V. DALLA MASSARA, *La "maggior tutela" del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, 762. È chiaro, ma preferiamo esplicitarlo, che un argomentare di tal fatta prefigura un obiettivo di massima responsabilità per il professionista, se è vero che allora avremmo una cumulabilità elettiva *unilateralmente orientata*, in quanto comprensiva dei *soli* rimedi idonei a garantire il *massimizzarsi* della tutela consumeristica, con pretermissione dunque degli altri rimedi comuni che tale *surplus* protettivo non fossero invece idonei a produrre.

¹⁶⁸ V. BEHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, in *JCP*, 2016, n. 14, n. 391 nonché DESHAYES – GENICON – LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit. 303 e CHANTEPIE – LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit. 366 s.

¹⁶⁹ V. PAGLIANTINI, *Armonizzazione ed il canone della "maggior tutela" per il consumatore: spigolature critiche (e chiari-*

tecnica modulabile secondo un doppio registro, *forte* “i rimedi di diritto comune rimangono applicabili nella misura in cui sono diversi da quelli di derivazione comunitaria” (artt. 38 e 142 c. cons.), e *debole* “i rimedi preesistenti dello stesso tipo di quelli armonizzati trovano applicazione secondo un regime di concorso elettivo”. È solo nella prima versione, per altro, che può darsi per buona una logica di *autoriproduzione chiusa* «di una normativa di settore»¹⁷⁰. *Armonizzazione selettiva* è, da almeno due lustri, la felice formula stipulativa che mostra di prediligere Umberto Breccia¹⁷¹: e qui non si contesta affatto che, laddove esista una regola di diritto speciale, la fattispecie considerata sia disciplinata da questa¹⁷². È un fatto però che il problema stringente stia nel chiedersi quale sia il rapporto corrente tra le due versioni citate: *ubi lex tacuit*, è regola la prima, donde un’*autosufficienza* o, nella prospettiva della «norma più adeguata a disciplinare il caso concreto»¹⁷³, è la seconda che fa da bussola? Se ne dovessimo fare una questione di *scopo dominante*¹⁷⁴, la *vis* autointegrativa della disciplina europea si verrà a sfilacciare, divenendo va da sé un accidente.

menti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi, in D’AMICO – PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, 123.

¹⁷⁰ Cfr. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit. 107.

¹⁷¹ In *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit. 52.

¹⁷² Il problema è se dovessimo ritenere, come suggerisce GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit. 1500, che «la riconducibilità al genere non cancella mai ciò che distingue la specie».

¹⁷³ Così PERLINGIERI, *Relazione introduttiva*, cit. 540.

¹⁷⁴ Nel «suo nesso con beni primari di natura personale e collettiva»: così BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit. 58.