

Tommaso dalla Massara

*La 'maggior tutela' dei diritti del consumatore:
un problema di coordinamento tra codice civile e codice del consumo*

SOMMARIO: 1. I confini del tema. – 2. Il quadro normativo di riferimento. – 3. Ancora sul quadro normativo. – 4. Problema di deroga o di lacuna da colmare? Il regime della vendita. – 5. L'art. 135 cod. cons. nella geometria dei rapporti tra codice civile e codice del consumo. – 6. La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti esterni'. – 7. La lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' nella prospettiva della costruzione per tipo e sottotipo: critica. – 8. La critica alla lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' collegata all'incertezza del regime applicabile. – 9. La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti interni'. – 10. La natura non derogatoria di una lettura 'a effetti interni' dell'art. 135 cod. cons. – 11. La lettura dell'art. 135 cod. cons. basata su una valutazione comparativa: il 'maggior favore'. – 12. Obiezioni rispetto a una lettura basata sul 'maggior favore'. – 13. Gli argomenti testuali e sistematici a favore di una lettura dell'art. 135 cod. cons. con 'effetti interni'. – 14. La considerazione della 'ratio' della disciplina contenuta nel codice di consumo. – 15. Quale coordinamento per quale sistema di fonti. – 16. Profili di sintesi e conclusioni.

1. *I confini del tema*

Il titolo indicato in programma (originariamente, *La maggior tutela dei diritti del consumatore*, che poi in questa versione scritta ho cercato di sciogliere, rendendo esplicito il riferimento al problema del coordinamento) contiene un'espressione che già in sé reca la traccia di tutte le questioni da trattarsi: l'espressione, senza dubbio ambigua, è 'maggior tutela'.

Il tema che si pone al centro della riflessione appare in effetti così declinabile: può la 'maggior tutela' assurgere a criterio di soluzione di potenziali conflitti di norme? Più chiaramente: può la 'maggior tutela' svolgere

il ruolo di criterio di selezione della norma applicabile allorché venga in evidenza la concorrente applicazione – e, per conseguenza, il potenziale conflitto – tra le regole di diritto comune e la disciplina di settore?

In una sua più esatta identificazione, quindi, il tema assegnatomi corrisponde a un problema di coordinamento normativo.

Il nodo problematico sul quale occorre concentrarsi è stato con assoluta esattezza messo a fuoco recentemente proprio da Zoppini nel rilevare come sia ancora «aperto il tema in ordine al rapporto tra le regole del codice civile e quelle contenute o migrate nei codici di settore, a iniziare dal codice del consumo. Così deve pure chiedersi – con implicazioni pratiche non di poco momento – se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore ovvero se (autenticamente) speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale [...]»¹.

2. *Il quadro normativo di riferimento*

Prima di affrontare le molte – e complesse – questioni appena delineate, appare opportuno mettere a fuoco nei suoi tratti essenziali il quadro normativo.

Occorre anzitutto prendere atto che, al momento di dare vita al codice del consumo (con il d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), il legislatore italiano non si era premurato di affrontare in maniera organica il problema del coordinamento tra la legislazione previgente – dunque *in primis* il codice civile – e la nuova disciplina di settore.

La Relazione accompagnatoria al codice del consumo precisava (al § 5) che «le modifiche introdotte sono rigorosamente limitate a quelle rese ne-

¹ A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in www.judicium.it, p. 2 ss. (ultimo accesso 16.11.2015); in una visione generale, sul tema del coordinamento normativo, dello stesso Autore, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, La Terza, Roma-Bari 2004. I molti problemi implicati – sotto differenti punti di vista – sono trattati in A.A.V.V., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia, Giuffrè, Milano 2008, come in A.A.V.V., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Giuffrè, Milano 2008.

cessarie da effettive esigenze di coordinamento, ovvero di aggiornamento rispetto a normative o problematiche sopravvenute»: dunque il problema del coordinamento veniva preso in considerazione in rapporto alle esigenze manifestatesi dopo l'entrata in vigore delle singole leggi raccolte nel codice del consumo, fino al momento della redazione di quest'ultimo, nonché in sede di sua stessa composizione; però, quanto al coordinamento del codice del consumo con il sistema giuridico preso nel suo complesso, il legislatore si limitava a collocare all'interno del codice di settore taluni articoli con funzione di rinvio, tutti in vario modo rispondenti all'esigenza di far salva l'applicazione di disposizioni del codice civile oppure di leggi speciali entro l'ambito consumeristico (in modo particolare, si vedano gli artt. 38, 44, 68, 81 *bis*, 101, 127, 135 cod. cons.).

Per ciascuno di questi casi, si tratta di formule ampie e non univocamente interpretabili.

Oggi, per effetto del recepimento della direttiva c.d. *Consumer Rights* 2011/83/UE, al centro di questo convegno, il panorama legislativo appare solo in parte mutato.

Certo, non si potrebbe non tenere in considerazione l'art. 4 della direttiva, il quale recita: 'salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso'.

Con questa norma è dunque segnato il passaggio della normativa consumeristica all'armonizzazione massima, con l'intendimento dunque di creare un '*level playing field* nel mercato unico'². Sotto questo profilo, rispetto alla direttiva 44/99, il mutamento è rilevante: si afferma oggi che la maggiore o minore severità delle disposizioni di matrice europea rispetto a quelle nazionali non rileva ai fini del mantenimento o dell'adozione dei diritti nazionali.

In coerenza, l'art. 25 della medesima *Consumer Rights* statuisce la natura imperativa delle disposizioni; dunque occorre tenere in conto l'inderogabilità e l'indisponibilità dei diritti del consumatore: e si comprende che ciò assume un senso proprio in quanto il livello di tutela assicurato dalla direttiva è dichiarato intangibile e immodificabile.

² Così A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 10.

Alla luce di questi dati normativi, il problema del coordinamento tra regole di diritto comune e disciplina di settore sembrerebbe pertanto doversi risolvere nel senso della prevalenza della seconda rispetto alle prime: l'armonizzazione massima non consentirebbe infatti alcuna reviviscenza della disciplina generale.

In realtà, pare a me che il problema non sia affatto risolto.

Anzi, i problemi cominciano proprio da qui.

Si prosegua ora nella panoramica delle fonti.

Non appare dirimente, quanto al problema qui in esame, l'attuazione che della direttiva del 2011 ha fornito in Italia il d.lg. 21/2014³; in forza di quest'ultimo, si è realizzata una novellazione del codice del consumo riguardante gli artt. da 45 a 67 cod. cons.

In particolare, all'interno di tale sequenza, si nota l'inserimento di due disposizioni con funzione di rinvio, agli artt. 49 e 67: ma, proprio come nel caso degli articoli poc'anzi citati, non si tratta di disposizioni in sé decisive rispetto alla soluzione dei molteplici problemi di coordinamento.

Peculiare per la sua formulazione appare il nuovo art. 46, numero 2, cod. cons., che così recita: «in caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione Europea

³ Su cui, fra molti, cfr. A.A.V.V., *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, Cedam, Padova 2014; i contributi di G. DE CRISTOFARO, M. FARNETI e S. PAGLIANTINI raccolti in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 917 ss.; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, p. 796 ss.; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e 'nuovi' diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 927 ss.; F. SCAVONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 467 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss.; C. GRANELLI, *'Diritti dei consumatori' e tutele nella recente novella del Codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, p. 59 ss. Sulla direttiva a monte S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss.; G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, p. 611 ss. Per un inquadramento generale della materia consumeristica aggiornato in prima lettura della direttiva del 2014, cfr. A.A.V.V., *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti, Hoepli, Napoli 2014 (ove sia consentito il rinvio a T. DALLA MASSARA, *I rapporti tra codice civile e codice del consumo*, p. 501 ss.).

che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici»: ma, al di là della non felicissima scelta espressiva, si evince che il tema del conflitto di norme è affrontato attraverso (non più che) un richiamo al principio di specialità⁴.

Neppure la formulazione dell'art. 67 cod. cons. risulta in grado di chiarire i molti dubbi operativi che sorgono di fronte al tema della «Tutela in base ad altre disposizioni» (così è rubricata la disposizione): «Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottate in conformità a norme comunitarie. 2. Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti. 3. Ai contratti di cui alla Sezione III del presente Capo si applicano altresì le disposizioni di cui agli articoli 18, 19 e 20 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 e successive modificazioni, recante riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59».

È questa una disposizione «gemella»⁵ rispetto a quella dell'art. 135 cod. cons. – su cui mi soffermerò tra breve –, che evoca (ma non guida) un collegamento tra differenti livelli normativi, con la particolare difficoltà di dover mettere a paragone segmenti normativi di varia provenienza e di diversa natura⁶; eppure, non si può di certo ritenere che ne emerga una norma davvero netta e dirimente quanto al problema del coordinamento normativo oggetto di queste riflessioni.

3. *Ancora sul quadro normativo*

Al di fuori dell'area oggetto di intervento normativo a seguito del recepimento della direttiva *Consumer Rights*, di rilievo per il tema in esame

⁴ Per approfondimenti, si veda il commento di T. RUMI, *Ambito di applicazione (Art. 46 Codice del consumo)*, in *Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, cit., p. 74 ss.

⁵ Così S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, in *Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, cit., 447.

⁶ Per un'attenta indagine dell'art. 67 cod. cons., S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, cit., 436 ss.

è poi l'art. 38 cod. cons.: «Rinvio. 1. Per quanto non previsto dal codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile».

L'articolo è posto in chiusura della Parte III del codice del consumo, relativa a *Il rapporto di consumo*, Titolo I, *Dei contratti del consumatore in generale*, ove si riprendono le norme in tema di clausole vessatorie, un tempo inserite negli artt. 1469-*bis* e seguenti c.c.

La collocazione sistematica della disposizione, come pure l'indicazione proveniente dalla Relazione (secondo cui «l'articolo 38 contiene una norma di mero collegamento»), suggeriscono di ravvisare nell'art. 38 cod. cons. il punto di raccordo tra la disciplina generale dei contratti conclusi tra professionista e consumatore e il naturale tessuto connettivo di riferimento rappresentato dal codice civile⁷.

L'art. 38 cod. cons. è quindi da intendersi come l'interfaccia del nuovo art. 1469-*bis* c.c. («Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore»); le due norme non costituiscono l'una la duplicazione dell'altra, bensì i due punti di rinvio, il primo collocato nel codice civile (che rimanda al codice del consumo) e il secondo nel codice del consumo (che viceversa rinvia al codice civile), sicché nell'insieme appare realizzato il 'ponte' tra le due fonti normative.

⁷ Sul punto, F. Rossi, *Art. 142. Modifiche al codice civile*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, ESI, Napoli 2005, p. 876; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni 'generali' e 'finali' del Codice del consumo: profili problematici*, in *Sei voci sul 'codice del consumo'*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 62 s. Un articolato approfondimento della relazione tra le due norme dell'art. 1469-*bis* c.c. e 38 cod. cons. è in M. FACCIOLO, *Gli artt. 1469-bis e 38 c. cons.: il coordinamento tra le norme del codice civile e la disciplina di tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 2012, p. 840 ss. Per F. ADDIS, *La fornitura di beni di consumo: 'sottotipo' della vendita?*, in *Obblig. e contr.*, 2006, p. 592, l'art. 38 cod. cons., letto in combinato disposto con il nuovo art. 1469-*bis* c.c., potrebbe condurre a credere che «il legislatore abbia inteso affermare che le norme del codice di consumo sono destinate ad un'applicazione generalizzata a tutti i contratti dei consumatori e compongono una disciplina transtipica comune idonea a realizzare una vera e propria categoria generale»; più di recente, si veda ID., *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 cod. consumo). 1. L'ambito di applicazione della normativa*, in *Il diritto concorrente, in Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, II, Cedam, Padova 2013, p. 1136 ss.

Le parole dell'art. 38 cod. cons. forniscono pertanto un'indicazione in ordine al regime applicabile: con esse si intende precisare (sebbene ciò sia di fatto superfluo, alla luce di un'interpretazione sistematica) che, al di là delle tutele specifiche offerte al consumatore, continuano ad avere vigore le norme in tema di nullità per mancanza di un elemento essenziale del contratto, quelle in materia di annullamento del contratto per errore, violenza, dolo, incapacità, e così via esemplificando.

Ciò detto, rimangono comunque dubbi rispetto all'interpretazione dell'art. 1469-*bis* c.c.: in effetti non se ne ricava un limpido criterio di soluzione delle antinomie che si palesano tra le disposizioni del titolo II del libro IV del codice civile (ossia il titolo di riferimento della norma) e le disposizioni del codice del consumo ovvero quelle contenute in altri provvedimenti normativi⁸.

Di sicuro interesse nella panoramica che si va proponendo è infine la disposizione di coordinamento tra la disciplina generale della vendita e quella di settore rappresentata dall'art. 135 cod. cons.: «Tutela in base ad altre disposizioni. 1. Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico. 2. Per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita».

Proprio su questa disposizione concentrerò la mia attenzione. In effetti, quello della compravendita appare un terreno privilegiato per l'analisi in concreto dei rapporti tra norme generali e disciplina di settore, nonché per la 'messa alla prova' di una soluzione al problema del coordinamento.

A valle di questa panoramica, si nota che le opzioni in ordine alla gestione di tali rapporti tra norme generali e disciplina di settore, a livello generale, sono potenzialmente rappresentate dal principio della *lex posterior* (i), da quello di specialità (ii) e da quello del *favor* per il consumatore (iii).

Tuttavia è anche da dire che, se si procede all'analisi testuale delle diverse disposizioni passate in rassegna, possono vedersi in qualche misura richiamati – in modo più o meno esplicito – tutti e tre questi criteri.

Piuttosto, per andare a quello che a mio giudizio rappresenta il cuore dei problemi – e così si coglie un punto davvero fondamentale, che rimane sotteso rispetto all'articolato scenario normativo brevemente passato in rassegna – mi pare opportuno leggere il *Considerando 7* della direttiva:

⁸ Sulla disposizione, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 9.

‘l’armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter far affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori’.

Sottolineo in particolare i passaggi nei quali si fa riferimento alla disciplina di ‘alcuni aspetti normativi’ e alla regolamentazione di ‘taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori’.

Eccoci giunti dunque alla domanda che a me pare decisiva: la disciplina di settore – rispetto alla quale è proclamata la scelta di armonizzazione massima – è autonoma, autosufficiente e come tale in grado di soppiantare le regole di diritto comune?

Come confido che possa emergere dal prosieguito, la risposta è a mio giudizio di segno negativo.

Il problema di coordinamento tra codice civile e codice del consumo scaturisce dunque da un potenziale conflitto di norme, rispetto al quale operano meccanismi di deroga? Oppure dobbiamo prendere le mosse dalla constatazione di essere a cospetto di un problema di lacuna normativa?

Ma occorre procedere per gradi.

4. Problema di deroga o di lacuna da colmare? Il regime della vendita

Si è poc’anzi constatato che il quadro delle disposizioni non offre di per sé elementi testuali di evidenza tale per cui giungere, sulla base di questi, a una soluzione del problema del coordinamento tra regole di diritto comune e disciplina di settore.

Decisivo è quindi il compito affidato all’interprete, il quale è chiamato a valutare, di fronte alle differenti fattispecie che coinvolgono il consumatore, la compatibilità – e pertanto l’applicabilità – di fonti esterne rispetto al codice del consumo.

Ebbene, per comodità espositiva, anticipo due conclusioni cui confido di poter argomentatamente giungere in esito alle pagine che seguono:

a) il ‘maggior favore’ non costituisce un criterio di soluzione di potenziali conflitti di norme;

b) il problema può essere correttamente impostato solo se si muove alla constatazione delle lacune che il regime consumeristico nel suo insieme lascia aperte.

Come già si è rilevato, al di là dell'opzione nel senso dell'armonizzazione massima, la direttiva evidenzia la sua reale conformazione allorché al *Considerando 7* riconosce di intervenire soltanto su 'alcuni aspetti normativi' e su 'taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori'.

Si comprende che il reale problema posto all'interprete è allora quello di ricostruire la completezza della disciplina, in tutti i casi nei quali si evidenzino lacune, proprio nel confronto tra regole di parte generale e disciplina di settore⁹.

⁹ La natura costitutivamente incompleta – *id est* lacunosa – della legislazione europea in materia consumeristica è di recente confermata da C. Giust. UE 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Árpad Kásler e Hainalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.* Si pone dunque un problema schiettamente sistematico: per un contributo sul piano della teoria generale, F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer, Wien-New York 1996. Nella dottrina italiana, sul profilo sistematico-ricostruttivo tra parte generale e disciplina di settore (al di là delle denominazioni utilizzate), S. MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità* in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 534 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, 'Statuti' dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e codice di settore, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1015 ss.; M. LIBERTINI, *Alla ricerca del 'diritto privato generale' (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 541 ss.; G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, in specie p. 354; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 397; F. ADDIS, *Il 'codice del consumo', il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contratti*, 2007, p. 872 ss.; P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 493 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 529 ss.; N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 4 ss.; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347 ss.; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss.; A. ALBANESE, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 2009, p. 347 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Id.*, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, p. 65 ss.; R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax o commiato?*, in *Foro it.*, 2012, V, col. 180; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale unificate ed opzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 328 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del*

La sfida è assai impegnativa e coinvolge il dispositivo dialettico *genus-species* (al di là dell'apparato concettuale utilizzato: per esempio, parte generale/disciplina di settore; diritto privato generale/diritti secondi etc.), su cui si gioca larga parte dello sviluppo delle logiche del pensiero giuridico di tradizione romanistica.

Orbene, se il 'maggior favore' non opera come criterio per la soluzione di problemi di conflitto di norme, esso semmai può assurgere a *ratio legis*: così, siffatto 'maggior favore' sarà invece invocabile a livello di criterio di interpretazione normativa nonché come principio generale dell'ordinamento (ai sensi dell'art. 12 delle preleggi).

Per saggiare in concreto la fondatezza della proposta interpretativa qui in breve tratteggiata, mi concentrerò nelle pagine che seguono – come si è detto – sul coordinamento tra la disciplina della vendita del codice civile e quella contenuta nel codice del consumo.

Sarà centrale dunque la considerazione dell'art. 135 cod. cons., per sperimentare su di esso la tenuta logico-sistematica della tesi appena enunciata.

La questione dei modi attraverso cui si realizzi l'integrazione della disciplina sulla vendita dei beni di consumo entro la cornice generale del nostro ordinamento è, senza dubbio, fra i molti problemi attinenti al coordinamento tra fonti, della massima importanza tanto teorica che pratica. In specie, occorre risolvere il problema se al compratore che sia anche consumatore spettino in via esclusiva i rimedi contemplati dalla disciplina di settore oppure se essi siano cumulabili rispetto a quelli previsti nel codice civile.

5. *L'art. 135 cod. cons. nella geometria dei rapporti tra codice civile e codice del consumo*

Dal recepimento della direttiva 44 del 1999 nel d.lg. 2 febbraio 2002, n. 24, con cui furono inseriti nel codice civile gli artt. 1519-*bis*-1519-*nonies* c.c., fino alla trasposizione di quelle disposizioni nel codice del consumo (con relative modifiche) e anche oggi, dopo il recepimento della direttiva *Consumer Rights*, il tema del coordinamento tra i due regimi della

consumatore in generale, Giappichelli, Torino 2014, p. 30 ss.; G. D'AMICO, *Introduzione*, in *Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, cit., p. 1 ss., in specie p. 27 ss., nonché la letteratura già indicata alla nota 1.

vendita – come più ampiamente quello della relazione tra codice civile e codice del consumo – non è stato risolutivamente affrontato in via legislativa. Anche qui, dunque, dentro il recinto normativo di uno specifico contratto, sta all'interprete di guidare l'innesto della disciplina della vendita di beni di consumo entro le linee della vendita codicistica, con qualche maggiore difficoltà rappresentata dal fatto che l'impianto della vendita mostra il raffinato e complesso disegno che in larga parte proviene – com'è noto – direttamente dalla tradizione romanistica¹⁰.

Merita di essere notato che, nell'operazione di trasposizione della sequela degli articoli sulla vendita di beni di consumo dalla *sedes* che essi occupavano nel codice civile alla nuova compilazione, l'unica disposizione che subì interventi fu proprio l'art. 1519-*nonies* c.c.: quest'ultimo affermava che «le disposizioni del presente paragrafo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico»; dunque, nel dar luogo all'art. 135 cod. cons., il testo originario è stato arricchito di un nuovo comma.

Non è chiaro il significato che il legislatore abbia inteso attribuire alla manipolazione (nel contesto di un'operazione che complessivamente appare di puro *collage* normativo)¹¹.

¹⁰ Per un'analisi diacronica della disciplina sulla vendita, si rinvia a L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 243 ss.; ID., *Le azioni edilizie e la Direttiva 1999/44/CE*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino 2002, p. 497 ss. Quanto all'aspetto degli 'effetti di sistema' collegabili agli interventi comunitari in materia di diritto civile, tra molti, cfr. L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 515 ss.; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss.; M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova 1999, p. 830 ss.; A. SCHWARTZE, *Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa - Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung*, in *ZeUP*, 2000, p. 544 ss.; V. PIETROBON, *La direttiva 1999/44 del Parlamento europeo e del Consiglio e i problemi del suo inserimento nel diritto italiano*, in *L'attuazione della Direttiva in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabucchi*, Cedam, Padova 2002, p. 283 ss.; A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, p. 1037 ss.

¹¹ Se si guarda alla Relazione accompagnatoria al codice del consumo, al § 7 (Analisi delle singole disposizioni) si legge che «gli articoli dal 128 al 135 come già illustrato, riprodu-

Nella Relazione al codice del consumo si osserva che «ovviamente, nell'espungere le suindicate disposizioni dal codice civile e nell'introdurle nel codice del consumo, si è provveduto alla creazione di disposizioni di raccordo tra il *corpus* civilistico e il nuovo 'codice di settore', finalizzate a ribadire la soggezione dei contratti del consumatore ai principi generali e alla normativa del codice civile, per quanto non diversamente disposto»; ancora, si dice che: «in tale modo, si mira ad evitare qualsiasi dubbio interpretativo, confermando la persistente applicabilità al consumatore di regole generali e di principi fondamentali sanciti dal codice civile»¹².

Ne emerge la traccia generalissima di una geometria delle fonti di forma 'stellare': il codice civile rimane al centro del sistema e i vari codici di settore a esso si relazionano, in posizione di indipendenza, ma pur sempre entro un quadro generale di coerenza¹³.

Non appare invece compiuto da parte del legislatore italiano uno sforzo di armonizzazione – tra parte generale, *allgemeiner Teil*, e diritto settoriale di derivazione comunitaria – paragonabile a quello compiutosi con la *Modernisierung* del BGB.

cono gli articoli da 1519-bis a 1519-octies del codice civile, in tema di vendita di beni di consumo». Sicché, prestando fede alla Relazione, l'art. 1519-nonies c.c. sembrerebbe addirittura svanito nel nulla; benevolmente, si potrebbe pensare (a costo di una certa macchinosità, pur di non rassegnarsi all'idea di una mera distrazione da parte dell'estensore della Relazione) che tale norma sia rimasta taciuta perché, in effetti, essa non potrebbe dirsi 'riprodotta' proprio in ragione dell'aggiunta del nuovo comma. Comunque sia, occorre ammettere che la Relazione non fornisce indicazioni utili alla lettura dell'art. 135 cod. cons.

¹² Il parere rilasciato dalla Sezione Consultiva del Consiglio di Stato sul disegno di legge del codice del consumo (n. 11602 del 20 dicembre 2004) parla di una struttura basata su «micro-sistemi ordinamentali (...) improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica». Per un approfondimento su questi aspetti, cfr. L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 879 ss.; P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, a cura di G. Cavazzoni et alii, Esi, Napoli 2008, p. 11 ss.; più recentemente in ID., *Relazione introduttiva* (alla Quarta Sessione), in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 535 ss.

¹³ Sul rapporto tra il diritto dei consumatori e l'area tematica, scientifica e normativa del *diritto comune*, si veda, tra molti, G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il 'Codice del consumo', nell'esperienza italiana*, in *Sei voci sul 'codice del consumo' italiano*, cit., in specie p. 27 s.

Sicché, al di là della suggestiva rappresentazione dello scenario generale (che sottende un certo *trend* legislativo, evidenziatosi nell'arco di una decina di anni, in direzione di una 'ri-codificazione'¹⁴), le parole della Relazione non consentono di dissipare le fitte ombre sul preciso rapporto tra gli artt. 128-134 cod. cons. e le norme di diritto comune.

Peraltro, occorre sottolineare che, stante il dettato dell'art. 128 cod. cons. (secondo cui, ai fini dell'applicabilità del capo sulla vendita dei beni di consumo «ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre»), la scelta di quale interpretazione adottarsi dell'art. 135 cod. cons. produce effetti assai rilevanti, in quanto si tratta di effetti estesi lungo un fronte piuttosto ampio del sistema contrattuale; in altri termini, l'art. 128 cod. cons. conduce alla 'moltiplicazione' degli effetti di cui si tratta per tutti i contratti equiparati alla vendita.

Viene in gioco quindi – e il tema è gravido di molte implicazioni concrete – la ricostruzione della disciplina non solo della vendita, ma anche della permuta, della somministrazione, dell'appalto e dell'opera, nonché di tutti i contratti «finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre».

6. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti esterni'*

Come ho avuto occasione di sostenere¹⁵, sono immaginabili almeno due differenti modi di operatività della normativa sulla vendita dei beni di consumo entro la cornice generale dell'ordinamento.

¹⁴ Cfr. A. ZACCARIA, *Dall'età della codificazione all'età della ricodificazione: a proposito della Legge n. 229 del 2003*, in *Studium iuris*, 2005, p. 697 ss.; N. IRTI, *'Codici di settore': compimento della 'decodificazione'*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano 2005, p. 17 ss.; F. ADDIS, *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 cod. consumo)*, cit., p. 1112 ss., in specie nota 12.

¹⁵ Rinvio in modo particolare a T. 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, p. 123 ss.; in precedenza, ID., *Art. 1519-nonies. Commento al comma unico*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo et alii, Cedam, Padova 2003, p. 721 ss.

Secondo una prima interpretazione, si potrebbe sostenere che scopo dell'art. 135 cod. cons. sia quello di fare salvo il diritto del consumatore di esperire i rimedi¹⁶ tratti dal regime comune, certamente senza esclusioni, ma soltanto allorché tali rimedi risultino *non disciplinati* dal codice di settore.

Letta in questi termini, la clausola di salvaguardia intenderebbe allora precisare che il consumatore, in ragione del suo *status* soggettivo, non avrebbe a subire preclusioni nella scelta degli strumenti offerti dall'ordinamento, ma esclusivamente nel novero di quelli *non* regolati *ex novo* dagli artt. 128-134 cod. cons.

Orbene, l'interpretazione dell'art. 135 cod. cons. secondo cui sarebbero conservati i soli rimedi *non* disciplinati dal codice del consumo può definirsi a effetto meramente 'esterno', con ciò intendendosi che, alla stregua di tale clausola, il consumatore conserverebbe la facoltà di richiamare soltanto gli strumenti che si collocano *al di fuori* dell'area interessata dagli artt. 128-134 cod. cons.¹⁷.

Così inteso, l'art. 135 cod. cons. varrebbe a garantire, per esempio, l'invocabilità del diritto al risarcimento del danno, giacché si tratta di un rimedio senza dubbio non preso in considerazione dal codice di settore¹⁸; e ciò tanto che si intenda fondare la pretesa risarcitoria su una responsabilità extracontrattuale quanto anche contrattuale: in questa seconda ipotesi,

¹⁶ Si tratta di 'rimedi': e, in effetti, che nell'art. 135 cod. cons., al comma 1, ove è scritto «diritti» debba intendersi 'rimedi' appare pacifico in dottrina: cfr. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 1 ss. (di cui si veda anche ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 ss.); M.G. CUBEDDU, *Art. 1519-nonies*, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Giuffrè, Milano 2004, p. 443.

¹⁷ Mi pare che la contrapposizione concettuale e terminologica tra interpretazione con effetti 'esterni' e 'interni' sia stata nel frattempo accolta dal dibattito generale: si veda, per esempio, S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, cit., p. 447.

¹⁸ Sul punto, tra molti, C.M. BIANCA, *Art. 130*, ne *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario a cura di C.M. Bianca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 455 ss.; P. SIRENA, *Art. 135*, *ibidem*, p. 573 ss.; nonché, di recente, A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, II, Cedam, Padova 2013, p. 1403 ss., con esatta rappresentazione dei problemi e ampia documentazione di letteratura.

per il caso della vendita, tale pretesa potrebbe essere basata sull'art. 1494 c.c., così attingendo dal regime della compravendita, oppure sull'art. 1453 c.c., dunque con richiamo alle norme generali sul contratto a prestazioni corrispettive (problema diverso si porrebbe se fosse invece vantata una pretesa di risarcimento per violazione dell'obbligazione di conformità di cui all'art. 129 cod. cons.¹⁹, dal momento che in tal caso il titolo cadrebbe all'interno del 'perimetro' della nuova normativa).

Viceversa, dovrebbe ritenersi preclusa al consumatore la via dell'*actio redhibitoria* di cui all'art. 1492 c.c., in considerazione del fatto che nell'art. 130 cod. cons. è dettata una nuova disciplina del diritto di risoluzione²⁰.

Si tratterebbe pertanto di selezionare, con un'opera di attento 'ritaglio', quali norme di diritto comune siano ancora applicabili alla vendita di beni di consumo e quali non lo siano.

¹⁹ Nel senso che la disciplina della vendita di beni di consumo postuli l'esistenza di un'obbligazione di conformità, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la Direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova 2000, p. 53 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 880 ss.; P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 561 s.; P.M. VECCHI, *Art. 1519-ter (Conformità al contratto). Note introduttive*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo et alii, Cedam, Padova 2003, p. 132 ss.; M. STRUKUL, *La vendita di beni di consumo fra dottrine e applicazioni giurisprudenziali*, in *Contratti*, 2007, p. 808 ss.; E. BARCELLONA, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità, garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 171 ss.; recentemente, con ampi riferimenti di letteratura precedente, V. BARBA, *La conformità del bene venduto al contratto*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, II, Cedam, Padova 2013, p. 1147 ss. Sul nodo dogmatico garanzia/obbligazione, che è oggetto di ampio dibattito, si veda l'ampia messa a fuoco dei problemi che emerge da F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 543 ss. Sul risarcimento del danno in conseguenza della violazione dell'obbligazione di conformità, T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies. Commento al comma unico*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 741 ss. (invece, in senso contrario, P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 574 s.); A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1403 ss., nonché L. FOLLIERI, *I rimedi per la consegna di un bene non conforme*, *ibidem*, p. 1226 ss.

²⁰ Sul punto, cfr. G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita VIII) Vendita di beni di consumo*, in *Enc. giur. Treccani - Aggiornamento*, Roma, 2003, p. 4.

7. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' nella prospettiva della costruzione per tipo e sottotipo: critica*

Secondo una proposta interpretativa a suo tempo affacciata da De Nova, la vendita di beni di consumo costituirebbe un sotto-tipo rispetto al tipo della vendita di beni mobili (che a sua volta sarebbe un sotto-tipo della vendita)²¹: adottata questa premessa, si potrebbe essere autorizzati a concludere che, ove sia dettato un regime per la vendita di beni di consumo, rimanga derogato quello della vendita più generale²².

Alla costruzione fondata sul rapporto tra tipo e sotto-tipo possono però muoversi talune obiezioni.

In primo luogo, deve essere considerato il carattere trans-tipico della figura 'vendita di beni di consumo'. Come si è poc'anzi rilevato, sono sempre implicitamente evocati, in forza del richiamo dell'art. 128 cod. cons., anche i contratti di permuta, somministrazione, appalto, opera e tutti gli altri comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre²³.

²¹ Si fa riferimento all'impostazione di G. DE NOVA, *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in *L'acquisto di beni di consumo*, a cura di G. Alpa et alii, Giuffrè, Milano 2002, p. 5 s.; ID., *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel 'Codice' del consumo*, in *Contratti*, 2006, p. 391, il quale osserva che «la vendita dei beni di consumo è un sotto-tipo della vendita di cosa mobile, a sua volta sottotipo della vendita: con la conseguenza che nel silenzio della disciplina della vendita dei beni di consumo si devono applicare in via diretta le norme dettate per la vendita dal codice civile»; «le norme sulla vendita di diritto comune si applicano anche alla vendita di beni di consumo quando non vi sia per quest'ultima una disposizione apposita»; per i presupposti concettuali, cfr. ID., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 327 ss. Per ulteriori riferimenti di dottrina in tema di tipo e sotto-tipo, si fa rinvio a A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1384 s., nota 4.

²² Sui problemi posti dal 'tipo contrattuale' nei rapporti con eventuali 'sottotipi', si veda E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 705 ss.; ID., voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, p. 10 s.

²³ Per una critica dell'idea che la vendita di beni mobili di consumo costituisca un sottotipo della vendita di beni mobili, F. ADDIS, *La fornitura di beni di consumo: 'sottotipo' della vendita?*, cit., p. 585 ss. Sul carattere trans-tipico o – se si preferisce – trasversale della normativa di matrice comunitaria, cfr. G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita*, cit., p. 3 s.; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Giuffrè, Milano 2003, p. 356.

A voler confrontare la vendita dei beni di consumo con la normativa funzionalmente corrispondente di diritto comune, quindi, si dovrebbe immaginare una serie di sotto-tipi rispettivamente della compravendita, della permuta, della somministrazione, dell'appalto, dell'opera e di tutti gli altri (in numero indefinito) contratti a questi equiparabili ai sensi dell'art. 128 cod. cons.

Pertanto, l'operazione di innesto della disciplina del sotto-tipo entro quella del tipo dovrebbe ripetersi per tutti i contratti cui la normativa sul consumo risulti applicabile: con l'evidente contraddizione rappresentata dal fatto che il sotto-tipo sarebbe più ampio del tipo; o, più esattamente, si dovrebbe immaginare un sotto-tipo di una normativa trans-tipica²⁴.

La costruzione prospettata incontra ulteriori difficoltà logiche: si pensi alla paradossale condizione di dover immaginare un sotto-tipo rispetto a contratti che, come si evince dall'art. 128 cod. cons. (ove nel finale risultano contemplati «tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre»), sono di per sé atipici.

Inoltre, pur non intendendo attribuire carattere decisivo ad argomenti di natura 'topografica'²⁵, certo è che il trasferimento della disciplina in passato dislocata negli artt. 1519-*bis* ss. entro il codice di settore tende a rafforzare l'idea che la figura della vendita di beni di consumo non costituisca un semplice sotto-tipo contrattuale (oltretutto, specificamente, della vendita di beni mobili); ritengo invece che nell'ordinamento abbia fatto ingresso una nuova nozione di 'vendita' (chiamata così, ma in realtà sovraordinata rispetto ai tipi della nostra tradizione giuridica), la quale troverebbe ragione di esistenza proprio nell'omogeneità della sua disciplina.

A venire in rilievo è quindi una nozione di vendita allargata e improntata sul profilo 'funzionale' quale ben si evidenzia nell'art. 128 cod.

²⁴ Come in effetti ha fatto il legislatore tedesco; il BGB oggi presenta, entro il Titolo sulla Vendita, un Sottotitolo dedicato alla vendita di beni di consumo che si apre con il § 474 (*Begriff des Verbrauchsgüterkaufs*): «*Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache (Verbrauchsgüterkauf), gelten ergänzend die folgenden Vorschriften. [...]*»; si veda poi, per il contratto d'opera, il rinvio del § 651 (*Anwendung des Kaufrechts*).

²⁵ Alludo a G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel 'Codice' del consumo*, cit., p. 392, quando parla della «del tutto sterile discussione circa la collocazione di queste norme nel codice civile o piuttosto nel codice di consumo: la questione non è di topografia, è di rapporti tra norme». Si veda, sul punto, anche S. PATTI, *La vendita di beni di consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 680 ss; R. MONGILLO, *Beni di consumo, beni ad uso promiscuo e squilibrio negoziale*, in *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, cit., p. 359 ss.

cons.²⁶, piuttosto che su quello 'strutturale', privilegiando il quale si era soliti riconoscere la causa della compravendita nello 'scambio di cosa contro prezzo' (tuttavia non senza che già in passato fossero state mosse, rispetto a ciò, critiche quantomai penetranti²⁷).

In altri termini, la proposta interpretativa sopra richiamata costringerebbe a ragionare in termini di tipo e sotto-tipo senza tenere conto del fatto che, evocando la figura della vendita di beni di consumo, si ha a che fare non già con un tipo, ma con una categoria trans-tipica (o, se si preferisce, con un macro-tipo).

8. *La critica alla lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' collegata all'incertezza del regime applicabile*

Oltre a quanto appena detto dal punto di vista teorico-ricostruttivo, la proposta basata su tipo e sotto-tipo comporta talune incertezze piuttosto rilevanti in ordine al regime in concreto applicabile.

Si prenda le mosse da un esempio.

Non si potrebbe mettere in discussione che, nel vigore del codice di consumo, al compratore-consumatore spetti il diritto al risarcimento del danno, riconosciuto (oltreché dall'art. 1453, comma 1, c.c., ma in tal caso si risalirebbe al di sopra del tipo compravendita, per attingere direttamente al regime del contratto in generale) dall'art. 1494 c.c.

Ebbene, quest'ultima norma senza dubbio appartiene al tipo della compravendita e, posto che il diritto al risarcimento non risulta disciplina-

²⁶ Sul punto, G. AMADIO, *Commento all'art. 1519 quater, 1°-6° comma, cod. civ.*, in *Commentario sulla vendita di beni di consumo*, cit., p. 184 ss.; inoltre, C.M. BIANCA, *Note introduttive*, in *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206). Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., p. 317, nonché, con attenzione al profilo causale, F. RICCI, *sub* Art. 128, in *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206). Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., p. 324 ss.; R. MONGILLO, *Art. 128*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 679 ss.; ulteriori osservazioni in T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies*, cit., 784 s.

²⁷ Cfr. G.B. FERRI, *La vendita in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XI², Giappichelli, Torino 2000, p. 196 ss., 503 ss.

to dal sotto-tipo della vendita dei beni di consumo, essa dovrebbe trovare applicazione pure in relazione al sotto-tipo.

Prestando attenzione al comma 1 dell'art. 1494 c.c., si nota il sussistere di una scriminante che opera a favore del venditore ogniqualvolta egli dia prova dell'incolpevole ignoranza dei vizi del bene (testualmente: «in ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, *se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa*»); al contempo, occorre considerare che, in base all'art. 129 cod. cons., il venditore è invece chiamato a rispondere dell'inadempimento per il solo *oggettivo* sussistere del difetto di conformità, senza che il suo stato di incolpevole ignoranza possa assumere alcun rilievo. Non sfuggirà allora che, sul punto, si evidenzia una significativa frizione tra regole diverse: e sorge allora la questione se, nell'ipotesi in cui la pretesa fondata sull'art. 1494 c.c. sia avanzata da un consumatore, possa essere invocata dal venditore la scriminante del comma 1²⁸.

Al di là dello specifico interrogativo, si palesano le molte difficoltà di un'operazione di inquadramento del sotto-tipo entro il tipo di riferimento, l'uno e l'altro provenendo da sistemi di impostazione affatto diversa.

In altri termini, stando alla costruzione qui in esame, nei punti di giunzione tra la disciplina del tipo e quella del sotto-tipo ci si troverebbe a fronteggiare notevoli incertezze nella ricostruzione del regime applicabile; e si tratta di incertezze derivanti dal carattere nettamente eterogeneo – per presupposti, categorie e perfino linguaggio – delle due discipline.

Evidenziate queste difficoltà, appare allora opportuno cimentarsi con una differente prospettiva di lettura dell'art. 135 cod. cons.

²⁸ Rimanendo nei termini di un ragionamento per tipo e sotto-tipo, propone di superare la disarmonia evidenziata nel senso più favorevole al consumatore A. DI MAJO, *Garanzia*, cit., p. 13; ID., *Il sistema dei rimedi: risoluzione del contratto, riduzione del prezzo e pretesa risarcitoria*, ne *L'attuazione della Direttiva*, cit., p. 94 s.: secondo una lettura della disposizione piegata alla *ratio* che ispira tanto la normativa comunitaria quanto la Convenzione di Vienna sulla vendita, l'Autore ritiene che, in ipotesi di vendita di beni di consumo, al venditore sarebbe precluso di sottrarsi al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1494 c.c., invocando l'incolpevole ignoranza dei vizi del bene. L'argomentazione viene ripresa da R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. com. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da Galgano, Cedam, Padova 2005, p. 326,

9. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti interni'*

Si potrebbe sostenere che scopo precipuo dell'art. 135 cod. cons. sia quello di consentire sempre e comunque al consumatore, anche laddove sussista una corrispondenza funzionale tra gli strumenti previsti dal codice di settore e quelli già noti al sistema di diritto comune, la facoltà di scelta tra gli uni e gli altri.

In tal modo, la norma potrebbe dirsi estesa a esplicare effetti 'interni', con ciò intendendo che al consumatore permarrebbero disponibili *tutti* i rimedi previsti dal diritto comune, compresi quelli che si collocano *all'interno* dell'area interessata dalla normativa di derivazione comunitaria e che quindi da questa sono disciplinati *ex novo*.

In altre parole, in presenza di una fattispecie cui sarebbero astrattamente applicabili le norme dedicate al consumatore, continuerebbero a operare i rimedi ricavabili dal diritto comune, concessi con riferimento al contratto di compravendita o a ciascuno dei contratti a quest'ultimo equiparabili, ai sensi dell'art. 128 cod. cons. Al consumatore sarebbe allora in tutti i casi riconosciuta la possibilità di dismettere la propria peculiare 'veste' per mantenere quella di semplice compratore (ovvero – naturalmente – di permutante, somministrato e via dicendo).

Qualora fosse accolta siffatta interpretazione, risulterebbe confermata l'esperibilità da parte del consumatore – per rimanere con l'esempio sulla vendita – della risoluzione del contratto, *sub specie* di redibitoria, ai sensi dell'art. 1492 c.c.; del pari, non verrebbe meno la facoltà di invocare i rimedi, con i relativi termini, collegati alla consegna di *aliud pro alio* (ovvero la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, entrambi sottoposti a prescrizione decennale)²⁹.

Tanto nel caso dell'*actio redhibitoria* quanto in quello dell'*aliud pro alio datum* sarebbe al consumatore consentito di muoversi liberamente *al di fuori* della disciplina stabilita nel codice di settore, così in primo luogo sot-

²⁹ Sul punto, P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 573; specificamente sul problema della sopravvivenza dell'*aliud pro alio*, si veda E. GABRIELLI, *'Aliud pro alio' e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 657; S. PATTI, *Art. 129*, ne *La vendita de beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., p. 365; M. COSTANZA, *Art. 130*, *ibidem*, 465 s. Di recente, A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1414 ss.

traendosi alla necessità di percorrere la scansione fissata dall'art. 130 cod. cons., in base alla quale – com'è noto – prima di procedere alla risoluzione del contratto è imposto il tentativo di sostituzione e riparazione del bene³⁰.

Un'interpretazione dell'art. 135 cod. cons. estesa agli effetti 'interni' aprirebbe la via, in sostanza, alla cumulabilità (elettiva) degli strumenti offerti dal diritto comune e dal codice di settore³¹.

Più precisamente, la costruzione in tal modo delineata potrebbe dirsi basata su un'attenta ricerca dei presupposti di ciascun rimedio, cui sono riconducibili determinati effetti.

Per tornare all'esempio prospettato in precedenza, ragionando strettamente per presupposti/effetti (anziché per tipo/sotto-tipo), si dovrebbe concludere nel senso che il richiamo all'art. 1494 c.c., da parte del consumatore, imporrebbe la verifica di tutti i rispettivi presupposti, ivi inclusa, dunque, la colpa del venditore.

Se la colpa del venditore è per diritto comune pacificamente considerata requisito indefettibile per la pretesa risarcitoria di cui all'art. 1494 c.c. (differentemente dal caso in cui si attivino i rimedi 'edilizi' previsti nell'art. 1492 c.c.)³², in effetti non si comprende perché ciò dovrebbe patire eccezione nel caso in cui la medesima pretesa fosse avanzata dal consumatore.

Invocando l'art. 1494 c.c. si percorre infatti una via *esterna* al codice di consumo: così, nell'ipotesi in cui, accanto a una pretesa di sostituzione o riparazione del bene *ex art.* 130 cod. cons., ne fosse avanzata un'altra diretta

³⁰ Sulla c.d. 'gerarchizzazione' dei rimedi, si veda C.M. BIANCA, *Art. 130*, cit., in specie 450 ss. Nel vigore della novella del 2002, cfr. L. GAROFALO, A. RODEGHIERO, *Art. 1519-quater, Commento ai commi 7, 8 e 10*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo et alii, cit., p. 386 ss., nonché T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies*, cit., p. 761 ss.

³¹ Con riferimento alla novella del 2002, cfr. A. MANIACI, *Art. 1519-nonies (Tutela in base ad altre disposizioni)*, in *L'acquisto di beni di consumo*, a cura di G. Alpa, G. De Nova, cit., p. 92; T. DALLA MASSARA, *Nuovo art. 1519-nonies c.c.: possibili opzioni interpretative*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1369 ss.; V. MARICONDA, *'Conformità al contratto' dei beni di consumo e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1097 s.; H.P. MANSEL, *Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts*, in *AcP*, 2004, p. 396 s.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili, Artt. 1510-1536*, ne *Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger* e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2004, p. 324 ss. Con riguardo alla cornice attuale, si veda A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1394 ss.

³² In via esemplificativa, di recente, Cass., 23 settembre 2011, n. 19494

al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1494 c.c., solo ai fini della seconda dovrebbe essere chiesto al consumatore di allegare la colpa del venditore.

In sostanza, accogliendo la costruzione descritta, non sarebbe richiesto di trovare la combinazione della disciplina del sottotipo con quella del tipo; di fronte a ciascun rimedio, invece, sarebbe da valutare il sussistere dei presupposti per esso specificamente richiesti.

Lo *status* di consumatore (accanto a quello di venditore professionista) ovvero quello di compratore non qualificato costituiscono presupposti come altri, da prendersi in considerazione ai fini dell'esperibilità di determinati strumenti e non di altri: il consumatore dispone di taluni rimedi *in più*, oltre a quelli a lui già spettanti in quanto compratore.

10. *La natura non derogatoria di una lettura 'a effetti interni' dell'art. 135 cod. cons.*

Merita ora precisare che la lettura dell'art. 135 cod. cons. poc'anzi illustrata non conduce in alcun modo a un fenomeno di *deroga* (a meno che non si intenda la parola in un senso del tutto atecnico).

In effetti, sono persuaso che di *deroga* è dato parlare soltanto in presenza di un fenomeno di disapplicazione o di differente applicazione di una certa norma per effetto di un'altra, in cui il rapporto tra norma derogata e norma derogante è quello tra *lex generalis* e *lex specialis*³³.

Con molta chiarezza, in argomento, ha di recente precisato Zoppini che una relazione di 'specialità' si rinviene allorché «il medesimo fatto – in mancanza di una fattispecie che identifica un sotto-insieme ($x + 1$) – sarebbe sussunto in un'altra fattispecie, appunto generale perché descrittiva dell'insieme ($=x$) cui la prima appartiene»³⁴.

³³ Cfr. R. GUASTINI, *Antinomia*, in A. Belvedere et alii, *Glossario*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano 1994, p. 30 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 303; M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Cedam, Padova 1942, p. 31 s.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*⁴, Giuffrè, Milano 1999, p. 63 s. Di sicuro rilievo, di recente, il contributo arrecato in argomento da S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, ETS, Pisa 2011.

³⁴ A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 2. In argomento, si veda anche C. Co-

Mi pare importante sottolineare dunque che il meccanismo prevede che la relazione si instaura allorché si rinvenga un elemento di specificazione (+ 1) all'interno del perimetro normativo delineato: e ciò credo si possa dire a prescindere dalle difficoltà che pone la nozione stessa di deroga, rispetto a cui gli approfondimenti teorici sono lungi dal condurre a conclusioni condivise, giacché comunque di fronte al problema qui in esame la deroga dovrebbe prodursi in ragione di un meccanismo di specialità³⁵.

Orbene, tra la disciplina della vendita dettata nel codice civile e quella contenuta nel codice del consumo non sussiste un rapporto del tipo *genus/species*, giacché la seconda non interviene sulle premesse della prima; la normativa di derivazione comunitaria pone un regime i cui presupposti sono differenti rispetto a quelli previsti dal diritto comune³⁶.

In particolare, l'art. 128 cod. cons. disegna i profili di una figura che non si colloca all'interno del perimetro della vendita di diritto comune; a

LALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 5 ss., nonché M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino 2005.

³⁵ Intendo riferirmi al cospicuo problema se possa darsi o meno deroga al di fuori di un rapporto di specialità: cfr. S. ZORZETTO, *La norma speciale*, cit., p. 23 ss., nonché in specie 415 s.: «se 'norma speciale' e 'norma derogante' sono espressioni sinonime, dire che la norma speciale è quella norma che è derogante rispetto alla norma generale, o viceversa, che la norma derogante è quella norma che è speciale rispetto alla norma generale è indifferente» (ove si cita l'opinione di chi scrive), però il quadro generale delle posizioni in dottrina è così rappresentabile: «i) non tutte le norme deroganti sono speciali, ovvero non solo le norme speciali derogano, ii) tutte le norme speciali derogano e tutte le norme deroganti sono speciali, iii) non tutte le norme speciali derogano ovvero vi sono norme speciali non deroganti».

³⁶ Sebbene in parte attraverso un altro percorso, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 11, perviene alla medesima conclusione: «non v'è relazione di specialità tra la disciplina del codice civile e quella recata dalle direttive, atteso che manca l'equiordinazione della fonte che qualifica il fatto. Un contrasto si dà (solo) tra norme congeneri, quindi tra disposizioni rivenienti da norme comunitarie, ed è sciolto alla stregua del criterio di specialità»; inoltre, «la diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale (in ipotesi: del codice civile) sottende una valutazione dell'interprete, che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione non agevole quando le fonti parlino linguaggi diversi, assumano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una diversa legittimazione formale». Muove proprio dal presupposto della «crisi» della relazione generalità-specialità tra rimedi» L. FOLLIERI, *I rimedi per la consegna di un bene non conforme*, cit., p. 1210, ancorché per giungere ad esiti interpretativi differenti rispetto a quelli da me sostenuti in queste pagine.

cominciare proprio dal fatto che tale norma, nel fissare ambito di applicazione e definizioni, abbraccia pure i contratti di permuta, somministrazione, appalto, opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre.

Quindi, per meglio chiarire esemplificando: la gerarchizzazione dei rimedi fissata nell'art. 130 cod. cons. non potrebbe dirsi *derogata* nel caso in cui il consumatore decidesse di esperire la risoluzione di cui all'art. 1453 c.c.; non si avrebbe, infatti, una disapplicazione o un diverso funzionamento dell'art. 130 cod. cons.

Invece, il consumatore si muoverebbe *al di fuori* del campo di applicazione del codice di settore, optando a favore di un rimedio caratterizzato da presupposti differenti.

Se così è, allora la natura inderogabile delle norme sulla vendita di beni mobili contenute nel codice del consumo, sancita nell'art. 134 cod. cons. (*Carattere imperativo delle disposizioni*), non potrebbe ritenersi d'ostacolo rispetto a una lettura dell'art. 135 cod. cons. estesa agli effetti 'interni'³⁷.

Parimenti, si comprende l'inconferenza della scelta legislativa nel senso dell'armonizzazione massima operata con la direttiva *Consumer Rights* (evidenziata dall'art. 4), rispetto al problema evidenziato.

Allo stesso modo, non rilevante è il fatto che l'art. 25 della medesima direttiva statuisca la natura imperativa delle disposizioni.

11. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. basata su una valutazione comparativa: il 'maggior favore'*

Si venga ora a considerare una lettura dell'art. 135 cod. cons. in base alla quale si potrebbe ipotizzare che nel novero degli strumenti di diritto comune per i quali il codice del consumo stabilisca una diversa disciplina, occorra discernere quelli che sono in grado di garantire un livello *più elevato* di tutela per il consumatore rispetto a quelli che non lo sono, onde concludere che soltanto i primi sarebbero disponibili al medesimo, mentre gli altri rimarrebbero inapplicabili.

³⁷ Cosicché sembrerebbe superabile l'obiezione mossa a tal riguardo da S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 1082 ss.

Potrebbe dirsi una via 'intermedia' tra le due finora illustrate: da tale lettura, fondata sul criterio di 'maggior favore', deriverebbe un'interpretazione alquanto mobile dei rapporti tra codice di settore e diritto comune.

Di contro all'art. 4 della direttiva *Consumer Rights*, ove si afferma l'armonizzazione massima, nonché di contro pure all'art. 25 della medesima direttiva, che afferma la natura imperativa delle sue disposizioni, l'appoggio testuale apparentemente più robusto, onde accreditare siffatta lettura, è rappresentato dal nuovo art. 1469-bis c.c. (già menzionato all'inizio), con cui è richiamata la validità delle norme sui contratti in generale per i contratti del consumatore, salvo deroghe che derivino dal «codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore» (a patto che si riferisca l'espressione «più favorevoli per il consumatore» non solo alle disposizioni 'altre', ma anche a quelle del codice del consumo)³⁸.

Prima della direttiva del 2011, altro spunto testuale poteva essere visto nell'art. 8, paragrafo 2, della direttiva 44/99 (ove si affermava che «gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un *livello più elevato* di tutela del consumatore», ammesso che non si intenda tale norma diretta soltanto ai singoli Stati³⁹), oppure della Relazione alla Novella del 2002 (secondo cui «le disposizioni sulla vendita in generale operano in via suppletiva anche per i beni di consumo, ove si tratti di disposizioni di carattere *più favorevole*»).

La peculiarità di una siffatta lettura dell'art. 135 cod. cons. andrebbe dunque colta nella necessità di una comparazione tra gli strumenti del regime comune della vendita e quelli del codice di settore: e scopo della norma risulterebbe quello di mantenere in vita le tutele di diritto comune, su cui è intervenuta la nuova disciplina, solo in quanto ne sia accertata la

³⁸ In tal senso, cfr. A. MANIACI, *Clausola penale eccessiva: 'inefficacia' o 'riducibilità'?*, in *Contratti*, 2005, p. 1113 ss.; A. GENTILI, *Codice del consumo ed 'esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 172. Ampi riferimenti di letteratura in questo senso sono in A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1401 ss., nota 34 ss.

³⁹ Di modo che a questi sia consentito di ritenersi adempienti alla direttiva qualora il diritto interno, in materia di vendita di beni mobili di consumo, attribuisca al consumatore uno *standard* di tutela più elevato rispetto a quello assicurato dalla direttiva stessa: sul punto, cfr. P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 572.

preferibilità alla stregua degli interessi del consumatore⁴⁰.

Molte sono però le critiche che possono muoversi all'impostazione appena illustrata; critiche che ora sinteticamente esporrò.

12. *Obiezioni rispetto a una lettura basata sul 'maggior favore'*

Anzitutto, risulta ai miei occhi non solo dogmaticamente infondata, ma anche nel concreto impraticabile, la comparazione – in termini di maggiore o minore vantaggio – tra strumenti giuridici differenti.

In breve si può dire che ci si troverebbe a confrontare presupposti diversi, che costituiscono altrettante grandezze incommensurabili⁴¹.

Si pensi alla necessità di accertare, da un lato, un vizio che fondi il rimedio redibitorio di cui all'art. 1492 c.c., e, dall'altro, il difetto di conformità in vista di una pretesa basata sull'art. 130 cod. cons. Orbene, il richiamo al difetto di conformità, se si tiene conto della maggiore latitudine di questa nozione rispetto a quella di vizio (a tenore della definizione che emerge dall'art. 1490 c.c.), sembra in sé garantire una protezione più efficace per il consumatore. Tuttavia, la valutazione del singolo presupposto non esaurisce il giudizio complessivo sullo strumento.

Basti considerare il meno rigoroso onere di diligenza che l'art. 1491 c.c., in tema di vizi, stabilisce a carico del compratore, rispetto al corrispondente regime fissato nell'art. 129, comma 3, cod. cons.⁴²; sicché l'e-

⁴⁰ G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano, 2014, in specie p. 15 ss.; R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, Jovene, Napoli 2007, p. 287 ss., in specie 293; su questi profili, cfr. A. DE FRANCESCHI, *I rimedi del consumatore nelle vendite di beni di consumo*, *ibidem*, p. 233 ss.

⁴¹ Sul tema, specificamente, T. DALLA MASSARA, *Nuovo art. 1519-nonies c.c.*, cit., p. 1373 s.

⁴² Su ciò, si veda S. TROIANO, *Art. 129*, ne *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206). Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., in specie p. 389 ss., il quale, accolta l'idea della prevalenza della disciplina di 'maggior favore', non esclude l'esperibilità dello strumento di diritto comune da parte del consumatore, ma, al contempo, tenta un'interpretazione 'correttiva' dell'art. 129 cod. cons., in modo tale da riallineare i criteri di valutazione dei due sistemi. Si affida invece al criterio di selezione del rimedio da esperire basato sul 'maggior favore', in quanto criterio «di tipo funzionale», L. FOLLIERI, *I rimedi per la consegna di un bene non conforme*, cit., p. 1204 ss. In argomento,

sperimento della redibitoria potrebbe, in caso di riconoscibilità delle deficienze materiali del bene venduto, tornare a rivelarsi preferibile rispetto alla risoluzione consegnata al consumatore dal nuovo sistema.

Si può poi considerare la vendita su campione, nella quale il consumatore avrebbe buone ragioni per ritenere a sé più favorevole, rispetto ai rimedi messi a disposizione dal codice di settore, la tutela dell'art. 1522, comma 1, c.c., secondo cui l'azione di risoluzione può essere esercitata dal compratore per «qualsiasi difformità» (dunque anche quella di lieve entità, che rimane invece non sanzionata ai sensi dell'art. 130, comma 10, cod. cons.), senza necessità di percorrere previamente il tentativo di sostituzione e riparazione: ma al contempo si troverebbe a dover rispettare i termini piuttosto stringenti di cui all'art. 1495 c.c., richiamati dall'art. 1522, comma 3, c.c.

Sarebbero prospettabili poi molti altri casi dai quali emerge con chiarezza l'impraticabilità di un giudizio di 'analisi comparata' delle norme del codice civile con quelle del codice di settore; e ciò tanto per la compravendita quanto per gli altri tipi contrattuali.

La critica espressa può poi tradursi, a un secondo livello, in un'ulteriore obiezione: chi dovrebbe svolgere l'operazione di confronto tra norme? Due paiono le opzioni immaginabili: o si afferma che la valutazione spetti a colui in favore del quale quegli strumenti sono disposti, vale a dire il consumatore; oppure si deve pensare di rimetterne il compito (ma, naturalmente, non prima che la controversia sia giunta sul terreno processuale) al giudice, così chiamato a determinare nel concreto, in applicazione di un criterio di scelta che sarebbe da ritenersi di natura normativa, lo strumento in via esclusiva esperibile nell'interesse dell'attore.

Nel primo caso, si impiegherebbe un criterio strettamente 'soggettivo', in base al quale si potrebbe, per esempio, ritenere preferibile la risoluzione per *aliud pro alio*, rispetto alla risoluzione di cui all'art. 130 cod. cons., piuttosto che, ancora, la redibitoria di cui all'art. 1492 c.c., sempre in base alle circostanze specifiche (banalmente, occorrerebbe poi tenere sempre in determinante considerazione i termini, giacché è chiaro che nessun rimedio è meno vantaggioso di quello tardivamente invocato).

Collocandosi in quest'ottica, occorre però ammettere che, all'esito di

cf. T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies*, cit., p. 779 ss.

un percorso tortuoso, ci si troverebbe nuovamente entro la prospettiva dischiusa dalla seconda interpretazione dell'art. 135 cod. cons. (quella estesa a effetti 'interni'), in forza della quale risulterebbero dal consumatore fruibili tutti gli strumenti, ivi inclusi quelli di diritto comune. Infatti, affermare che il giudizio circa il maggiore vantaggio di un rimedio sia affidato a una valutazione soggettiva del consumatore equivale a dire che a lui permangono in astratto indifferentemente disponibili tutti i rimedi.

Nella seconda ipotesi, invece, sostenendo che la valutazione spetti al giudice, si dovrebbe pensare che quest'ultima sia da condursi alla luce di criteri oggettivi: al giudice toccherebbe allora discernere, nella difficile operazione comparativa di cui si è detto, in quali casi il livello di tutela assicurato dalla disciplina di settore sia effettivamente più elevato e in quali altri invece continui a vivere, in base alla *ratio* di miglior tutela del consumatore, alcuno dei rimedi di diritto comune.

Tale ricostruzione, che porterebbe alle estreme conseguenze le difficoltà intrinseche di questo raffronto tra grandezze (in verità – come si è detto – incommensurabili) richiederebbe che la giurisprudenza si prestasse a elaborare in sede di interpretazione una sorta di 'gradazione di valori', ispirata da considerazioni di natura fatalmente extragiuridica, dalla quale sia evincibile quando il sistema di diritto comune sopravviva disponibile al consumatore, in quanto più favorevole, e quando invece risulti inapplicabile⁴³.

Ma, perfino se questo fosse il risultato auspicato, non si potrebbe nascondere che la via privilegiata dalla prassi sarebbe quella di fare sistematico ricorso al cumulo dei rimedi concessi dalla normativa di settore nonché di quelli riconosciuti dal diritto comune, onde non rischiare di scoprire (troppo tardi) che qualche via sia rimasta intentata perché erroneamente ritenuta di minore vantaggio.

Si deve allora concludere che siffatta lettura dell'art. 135 cod. cons. comporterebbe sovrapposizioni assai ampie⁴⁴, come quelle derivanti

⁴³ Sul punto, C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti*, cit., p. 371, secondo cui si giungerebbe così a «creare un caos normativo affidato alla disponibilità e alla sensibilità del giudice, chiamato a scegliere di volta in volta le norme che – a suo parere – risultino più favorevoli al consumatore».

⁴⁴ Sul punto, in specie A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al d. legisl. n. 24 del 2002*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. Bin e A. Luminoso, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano,

dall'interpretazione estesa agli effetti 'interni' di cui si è detto sopra, ma con incertezze ben maggiori.

13. *Gli argomenti testuali e sistematici a favore di una lettura dell'art. 135 cod. cons. con 'effetti interni'*

Varie considerazioni inducono a preferire la lettura dell'art. 135 cod. cons. a effetti 'interni'.

Anzitutto, mi pare si debba prendere in esame un argomento di natura testuale.

Al primo comma dell'art. 135 cod. cons. si evita di utilizzare l'aggettivo «altri», riferito al termine «diritti», che invece era presente nell'art. 8, paragrafo 1, della direttiva d'origine: sicché appare fondato ritenere che i diritti fatti salvi siano, per precisa e consapevole scelta del nostro legislatore, *tutti* quelli previsti dall'ordinamento, senza che assuma rilievo una distinzione fatta in ragione della loro estraneità o meno rispetto alla materia disciplinata dalla normativa di settore.

Sempre con riferimento al primo comma, la scelta del verbo «limitare», giustapposto a «escludere», sembra espressiva proprio della volontà del legislatore di continuare a garantire non solo i diritti che risultano non disciplinati dal nuovo regime (tale sarebbe il senso di «non escludono»), ma anche quelli pur già «attribuiti ai consumatori da altre norme dell'ordinamento giuridico» (dove il senso preciso dell'espressione «né limitano»).

Fin qui si tratta di argomenti testuali ricavabili già dal confronto con l'art. 1519-*nonies* c.c.⁴⁵.

Ma una conferma della conclusione indicata può vedersi proprio nel secondo comma dell'art. 135 cod. cons., il quale recita: «per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita».

Queste parole costituiscono – come detto – l'unica novità introdotta con il codice del consumo, rispetto all'art. 1519-*nonies* c.c. E non è da sottovalutare, nonostante il silenzio in argomento della Relazione ministeriale, il valore di tale aggiunta: per esempio, una formula di tenore analogo

Cedam Padova 2003, pp. 56 e 115; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi*, cit., p. 1083 ss.

⁴⁵ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Nuovo art. 1519-*nonies* c.c.*, cit., p. 1369 ss.

non è stata utilizzata nel citato art. 127 cod. cons. (posto in chiusura delle norme sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi), ove evidentemente il legislatore ha valutato sufficiente un'espressione come quella del comma 1 dell'art. 135 cod. cons. (salvo poi i due commi successivi, che alludono a fattispecie specifiche)⁴⁶.

È quindi preferibile pensare che le parole del secondo comma dell'art. 135 cod. cons. non siano superflue o prive di contenuto precettivo⁴⁷, bensì assumano un significato preciso.

Né si potrebbe affrettatamente ritenere che una lettura dell'art. 135 cod. cons. estesa agli effetti interni risulti screditata dall'inserimento del nuovo comma⁴⁸.

Si noti anzitutto che tale nuovo comma, nel precisare «per quanto non previsto dal presente titolo», fissa con esattezza i confini entro i quali deve intendersi quanto viene detto subito di seguito: dunque, le parole «si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita» sono riferibili all'ambito normativo *non* disciplinato *ex novo* dal codice di settore.

L'affermazione va compresa nel suo esatto valore: le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita trovano applicazione *ove manchi* una previsione nel Titolo sulla vendita di beni di consumo.

Si arriverebbe invece a trarre troppo qualora dalle parole del comma

⁴⁶ Si veda l'art. 127 cod. cons.: «Responsabilità secondo altre disposizioni di legge. 1. Le disposizioni del presente titolo non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi. 2. Le disposizioni del presente titolo non si applicano ai danni cagionati dagli incidenti nucleari previsti dalla legge 31 dicembre 1962, n. 1860, e successive modificazioni. 3. Le disposizioni del presente titolo non si applicano ai prodotti messi in circolazione prima del 30 luglio 1988».

⁴⁷ In tal senso, P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 574, nonché A. Gentili, *Codice del consumo*, cit., p. 172.

⁴⁸ Come invece ritengono M.G. FALZONE CALVISI, *Il 'taglia e incolla' non si addice al legislatore*, in *Sei voci sul 'codice del consumo'*, cit., p. 113 (secondo cui l'interpretazione favorevole alla cumulabilità dei rimedi è «ora esclusa dalla nuova norma, essendo il rinvio alle norme sulla vendita limitato a 'quanto non previsto' ed essendo i rimedi e il loro ordine di applicazione espressamente previsti nell'art. 130»), nonché G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni 'generali' e 'finali' del Codice del consumo: profili problematici*, in *Sei voci sul 'codice del consumo'*, cit., p. 63 s. (il quale osserva che la medesima tesi «difficilmente potrà continuare ad essere sostenuta, risultando incompatibile con le statuizioni dell'art. 38 nonché del comma 2° dell'art. 135 cod. cons.»).

2 dell'art. 135 cod. cons. si volesse dedurre la negazione dell'applicabilità delle disposizioni del codice civile in tutti i casi nei quali vi sia una previsione del codice del consumo⁴⁹. Ciò si potrebbe sostenere solo operando una trasposizione della negazione, sicché in sostanza si forzerebbe la norma fino a farle affermare che 'per quanto previsto dal presente titolo, *non* si applicano le disposizioni del codice civile in tema di vendita'⁵⁰.

Il comma 2 dell'art. 135 cod. cons. viene in rilievo invece come una precisazione avente riferimento esclusivamente al campo dei rimedi rispetto ai quali *non* è dettata una disciplina *ad hoc* per il consumatore: in sostanza, si tratta dell'ambito che sopra si è definito 'esterno' al codice di settore.

Soprattutto, la lettura sopra immaginata del comma 2 dell'art. 135 cod. cons. sembra non consentita dal comma 1 della stessa disposizione: i due commi vanno letti l'uno accanto all'altro, secondo significati differenziati ma al contempo coerenti; quando al comma 1 si afferma che «le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico» si fa riferimento all'insieme di tutti gli strumenti astrattamente applicabili, siano o meno essi disciplinati *ex novo* dal codice del consumo; passando poi, nel comma 2, a considerare «quanto non previsto dal presente titolo», onde affermare l'applicazione delle disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita, sono invece evocati i rimedi non ridisciplinati dalla normativa di settore.

Stando a una lettura del comma 2 che escludesse l'applicabilità delle disposizioni del codice civile in tema di vendita per quanto previsto dalla normativa di settore, tale comma sarebbe, rispetto a quello che lo precede, contraddittorio o ripetitivo: contraddittorio, se del comma 1 si accogliesse

⁴⁹ Si veda G. DE CRISTOFARO, *Il 'Codice del consumo': un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1146, seguito da M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra 'promissio' negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 258.

⁵⁰ Così G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni 'generali' e 'finali'*, cit., p. 63, rileva: «con questo nuovo comma non si è invero soltanto voluto sancire che alle vendite di beni di consumo trovano applicazione anche le norme del c.c. che disciplinano 'aspetti' del contratto *diversi* da quelli regolati negli artt. 128 ss. cod. cons., ma si è inteso altresì (e soprattutto) precisare che alle vendite di beni di consumo le norme del c.c. si applicano *soltanto* 'per quanto non previsto dal Titolo III'; si veda anche S. TROIANO, *Art. 129*, cit., p. 392.

l'interpretazione a effetti anche 'interni'; ripetitivo se del medesimo si affermasse la lettura a effetti soltanto 'esterni'.

Per maggiore chiarezza del quadro complessivo, è opportuno poi tornare a considerare l'art. 128 cod. cons., ove si afferma che «il presente capo disciplina *taluni aspetti* dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo»: la disposizione di apertura del Capo *Della vendita dei beni di consumo* indica l'orizzonte cui occorre guardare per l'applicazione delle norme in esso comprese e significativamente lo individua in «taluni aspetti» del regime di diritto comune.

Al medesimo esito nel senso della lacunosità della disciplina di settore conduce la lettura del *Considerando 7* della direttiva: 'l'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter far affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori'.

Appare corretto dunque concludere nel senso che le norme di diritto comune e quelle del codice di settore si integrano, dando luogo a significativi spazi di sovrapposizione: le differenti normazioni contemplano rimedi diversi tra i quali si verifica un concorso cumulativo⁵¹.

14. *La considerazione della 'ratio' della disciplina contenuta nel codice di consumo*

Al di là delle osservazioni testuali su cui ci si è soffermati, la cumulabilità (elettiva) dei rimedi ricavabili dalla disciplina di diritto comune nonché dal codice di settore appare comprovata da altre considerazioni attingenti alla *ratio* stessa della normativa di matrice comunitaria.

Anzitutto, occorre dire che una clausola come quella dell'art. 135 cod. cons., se intesa nel significato restrittivo che fa salvi soltanto gli effetti 'esterni', risulterebbe del tutto superflua o addirittura insensata, giacché la disponibilità al consumatore dei rimedi previsti dal sistema comune, allorché

⁵¹ Conclusione cui giunge su un altro terreno, ma significativamente sempre negando il sussistere di un rapporto di specialità tra norme, P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1749 ss. (anche in *Studi in onore di N. Lipari*, I, Giuffrè, Milano 2008, p. 543 ss.).

non disciplinati dalla novella, discenderebbe *de plano* dai principi in tema di successione delle leggi nel tempo (in particolare dall'art. 15 disp. gen. c.c.)⁵².

Appare necessario, pertanto, compiere uno sforzo ulteriore per coglierne il senso.

Non v'è dubbio che alla base del codice del consumo sia la *ratio* di tutela del contraente debole, la quale si manifesta nel richiamo, insistito nella Relazione governativa, all'art. 153 del Trattato CE (poi art. 169 TFUE): precisamente, si assume «la fonte comunitaria, in cui esplicitamente si prevede la promozione di un elevato livello di protezione dei consumatori, a principio informatore di tutta la disciplina in materia di tutela dei consumatori»⁵³.

Quello della 'maggior tutela' dei diritti del consumatore è *ratio* generale della disciplina consumeristica.

Se l'art. 8, paragrafo 2, della direttiva 44/99 affermava che «gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore» (allorché non si voglia in ciò leggere soltanto una norma rivolta dal legislatore comunitario ai singoli Stati, si dovrebbe da queste pur scarse parole evincere l'esigenza di assicurare al consumatore il «livello più elevato di tutela»), lo

⁵² In effetti, L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, in *Contr. impr./Eur.*, 2000, p. 510, in specie nota 31, già con riferimento alla direttiva, rilevava che l'applicabilità delle norme che riconoscono responsabilità di natura extracontrattuale, ovvero di quelle che danno diritto al risarcimento del danno per inadempimento, discenderebbe direttamente dal fatto che la norma sopravvenuta non sarebbe connotata dalla medesima 'oggettività giuridica' e dalla stessa *ratio* delle norme antecedenti.

⁵³ Così al § 7 della Relazione. Corretta – a me pare – l'impostazione di A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1403, il quale riassume il significato del 'maggior favore' all'interno dei profili di rilievo della *ratio* stessa dell'intervento normativo europeo: «ma se il principio della 'maggior tutela' determina solo la possibilità, per il consumatore, di invocare, in alternativa alle nuove disposizioni, anche tutti gli strumenti che gli erano già conferiti dalla disciplina preesistente senza alcuna necessità di procedere ad una loro valutazione comparativa, esso non può essere utilizzato né per legittimare la creazione di forme di tutela nuove, diverse da quelle espressamente previste dalla legge. Scelto il rimedio, il consumatore è tenuto a rispettarne tutte le relative condizioni di operatività e non può pretendere di 'personalizzare' la propria tutela, assemblando le diverse componenti del rimedio stesso dalle sue concorrenti regolamentazioni giuridiche».

stesso spirito animava la novella del 2002, nella cui Relazione si richiamava la direttiva per ribadire la finalità di «garantire un livello più elevato di tutela del consumatore per assicurare la conformità dei beni dal medesimo acquistati al contratto concluso con il venditore»⁵⁴.

Il legislatore (in origine, comunitario nonché, poi, nazionale) ha da sempre inteso assicurare il miglior livello di tutela al consumatore consegnando a questi la facoltà di scelta del rimedio più efficace (sempre restando esclusa però, per le ragioni sopra viste, l'interpretazione dell'art. 135 cod. cons. che conduca a una valutazione comparativa tra norme per giungere ad esiti abroganti).

La gamma delle tutele astrattamente invocabili comprenderebbe allora – come detto – tanto gli strumenti ricavabili dalla disciplina generale quanto quelli offerti dal codice di settore; e solo la scelta dei diversi rimedi saprebbe rispondere nella maniera migliore alle esigenze che nel concreto si presentino al consumatore.

Occorre ritenere che alla parte debole sia garantita una fascia di protezione *in più*, che si aggiunge senza nulla togliere.

In definitiva, è invece essenzialmente stridente con lo spirito stesso della normativa sul consumatore l'idea di privare quest'ultimo di taluni rimedi che, a lui spettanti in quanto compratore (o permutante o somministrato e così via), certamente contribuiscono ad allargarne l'ambito di protezione⁵⁵.

⁵⁴ Nella stessa Relazione si osservava peraltro: «l'art. 1519-*nonies* chiarisce che l'esercizio dei diritti del consumatore previsti nel decreto lascia impregiudicati i rimedi già riconosciuti dalle altre vigenti disposizioni. Si evidenzia così plasticamente, in coerenza con l'analoga disposizione presente nel d.P.R. 24 maggio 1998, n. 224 in tema di responsabilità aquiliana del produttore, che la normativa comunitaria mira ad un potenziamento minimale del quadro di garanzie e di diritti evincibili dalla normativa nazionale, senza produrre effetti di riduzione di *standards* e forme di tutela già cristallizzate dalle legislazioni degli Stati membri e lasciando in capo a questi ultimi la possibilità di mantenere o introdurre forme di tutela più penetranti ed efficaci».

⁵⁵ Sulla necessità che la direttiva induca a un'armonizzazione 'verso l'alto', quanto a livello di tutela dei consumatori, tra i singoli ordinamenti si veda, fra molti, D. STAUDENMAYER, *Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1999, p. 2393. Nel senso che i rimedi offerti dalla direttiva – che ha lo scopo di garantire un elevato livello di protezione del consumatore (*considerando* n. 5) – rappresentino soltanto la soglia minima di tutela, rimanendo così impregiudicata l'adozione di rimedi migliorativi da parte dei singoli diritti nazionali, si vedano: C. Giust. CE, 17 aprile 2008, C-404/06, *Quelle AG c. Bundesver-*

Né invero, contro la valorizzazione della più compiuta tutela del consumatore, può assumere decisivo rilievo il fatto che il codice del consumo risponda anche a una *ratio* di armonizzazione a livello europeo delle differenti legislazioni nazionali⁵⁶; e ciò non muta – come si è cercato di sostenere – in presenza di una direttiva di armonizzazione massima, perché il problema che si pone non è di deroga normativa, bensì di ricostituzione di un tessuto normativo in presenza di una lacuna.

D'altra parte, la *voluntas legis* di «promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione» è espressamente richiamata dall'art. 1 cod. cons. all'art. 153 del Trattato CE (oggi 169 TFUE).

In quest'ottica, la normativa specificamente dedicata al consumatore appare come una sorta di *plafond* europeo comunque garantito, senza preclusioni per altri possibili strumenti disposti a vantaggio del soggetto debole.

L'opzione ritenuta preferibile, nel senso della cumulabilità elettiva dei rimedi messi a disposizione dal codice di settore e di quelli offerti dal diritto comune – sempre che ne sussistano i rispettivi presupposti – dà luogo a un sistema che presenta due canali principali d'ingresso (il codice civile e il codice del consumo), nonché molte uscite (si immagini, per esempio, un'alternatività tra l'azione redibitoria e i vari rimedi di cui all'art. 130 cod. cons.).

Molto più gravi sarebbero le difficoltà nelle quali il consumatore sarebbe invischiato allorché fosse costretto a muoversi sul crinale fra strumenti ancora validi e altri (non abrogati in assoluto, ma) non più applicabili perché ridisciplinati dal codice di settore (tra gli uni e gli altri spesso risultando nient'affatto agevole, come si è visto, il regolamento di confini).

Il criterio di massima protezione del consumatore, pertanto, finisce per coincidere con quello di maggiore chiarezza: di ciascun rimedio occorre valutare rigorosamente, volta per volta, i rispettivi presupposti.

band der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, in *Racc.*, I-2685; in *Foro it.*, 2009, 1, 38 ss.; in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 192 ss.; con commento di G. CAPILLI, *La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Contr.*, 2008, p. 734 ss., e C. Giust. UE, 16 giugno 2011, cause riunite C-65/09 (*Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer*) e C-87/09 (*Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*), commentata da G. MAGRI, *La vendita di beni di consumo torna alla Corte di giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della Dir. 99/44/CE sul diritto tedesco e italiano*, in *Giur. it.*, 2012, p. 534 ss.

⁵⁶ Con riguardo alla *ratio* di armonizzazione, occorre oggi tenere in considerazione anche la direttiva 2011/83, nel recepimento del d.lg. 21/2014.

15. *Quale coordinamento per quale sistema di fonti*

Giunti quasi al termine, è ancora da aggiungere qualche considerazione di rilievo sistematico.

Nel corso degli ultimi anni ha preso forma un sistema nel quale il codice civile si trova sempre più frequentemente in relazione con altre compilazioni dedicate ad ambiti specifici: il problema che ne deriva è allora quello di definire l'esatta collocazione del codice civile entro il sistema delle fonti⁵⁷.

Se non è in discussione che almeno i principi codicistici continuino a disegnare la fondamentale architettura del sistema, risulta però sempre più urgente riflettere su quale relazione (di concorrenza, di esclusione per specialità, o di quale altra natura) si intenda instaurare tra le norme del codice civile e quelle dei codici settoriali.

In questa prospettiva, le clausole di rinvio corrispondono ad altrettante – delicatissime – cerniere di coordinamento tra il codice civile e i suoi 'satelliti': e proprio in questi punti di snodo si gioca la soluzione di tanti possibili conflitti di norme.

La scelta circa la loro interpretazione va collocata in questo contesto di problemi.

Tanto maggiori sono le difficoltà quando, come nel caso del codice del consumo, le norme applicabili in ragione dello *status* dei soggetti (consumatore e professionista) risultano, con riguardo alla materia trattata, in larga parte sovrapponibili a quelle del codice civile.

Di qui allora il dubbio di ordine generale se il senso con cui si evoca la centralità del codice civile (attorno al quale si diramerebbe il sistema 'a stella' fin da principio accennato) non vada oltre la sopravvivenza di taluni principi generali, mentre le norme di settore derogherebbero a quelle generali, oppure se la disciplina del codice civile permanga valida ogni qual volta si riscontrino i

⁵⁷ Con attenzione a questo profilo, si vedano i vari contributi raccolti ne *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Convegno di studio. Siena, 22-24 settembre 2004* a cura di P. SIRENA, Giuffrè, Milano 2006, p. 195 ss. Inoltre, L. ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni*, cit., p. 33 ss.; EAD., *Art. 3, Definizioni - comma 1, lett. f), codice*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, cit., p. 88 ss.; P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri, E. Caterini, I. Esi, Napoli 2004, p. 13 s.

presupposti specificamente previsti, pur affiancata dalla normativa di settore⁵⁸.

Nel primo caso, agli spazi di sovrapposizione tra il codice civile e il codice di settore corrisponderebbe un'abdicazione da parte del primo; e così, se di una tendenza all'erosione del codice civile si è preso atto da tempo⁵⁹, sarebbe però da valutare come un fenomeno nuovo quello che conducesse a un codice virtualmente in vigore (giacché, in effetti, non vi sarebbero abrogazioni), ma nella sostanza ampiamente inapplicabile per la presenza di vaste aree di derogabilità a seconda degli *status*.

Nel secondo caso, quella stessa sovrapposizione consentirebbe un potenziale arricchimento degli strumenti messi a disposizione. A vantaggio del consumatore sarebbe dunque predisposta una fascia di protezione 'ulteriore': si è visto nello specifico come – stando a una certa lettura dell'art. 135 cod. cons. – ai rimedi normalmente riconosciuti per una compravendita concepita tra 'individui', si sommerebbero altri strumenti concessi a quei medesimi soggetti, considerati però per il loro *status* di consumatori.

Quanto osservato fin qui ha dimostrato – dal mio punto di vista – che il fenomeno in questione non è tecnicamente di deroga normativa; invece, si pone un problema di interpretazione volta a colmare lacune presenti nell'ordinamento, proprio nella giunzione tra regime generale e disciplina di settore.

Infatti – come si è visto – la disciplina consumeristica non interviene sulle premesse della prima; la normativa di derivazione comunitaria pone un regime i cui presupposti sono differenti rispetto a quelli previsti dal diritto comune.

Il nodo concettuale può rappresentarsi nei termini seguenti: se ci si contentasse che l'elemento di specialità della fattispecie 'consumeristica' fosse rappresentato dal solo fatto che un soggetto del rapporto veste la cassetta di consumatore, allora la deroga funzionerebbe nel senso che ciò sia sufficiente a disapplicare la disciplina generale; l'effetto paradossale di ciò si riscontra tuttavia nel fatto che allora neppure potrebbe essere riconosciuto a vantaggio del consumatore il diritto al risarcimento del danno, giacché esso non è previsto dalla normativa di settore.

In altre parole, o si collega il rapporto tra diritto comune e diritto di settore (ossia *discrimen* tra *genus* e *species*) al riconoscimento degli *status* di

⁵⁸ Si tratta di una scelta 'metodologica': cfr. E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 779 ss.

⁵⁹ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., in specie p. 116 ss.; ID., *L'idea del codice civile*, in *Codice civile e società politica*, La Terza, Roma-Bari 2005, p. 26 ss.

consumatore/professionista – per così dire agganciando il ragionamento dal *caput* – oppure ogni altro percorso di ricostruzione del materiale normativo in termini di deroga è destinato all'insuccesso.

Se si tenti di collocare la linea del rapporto tra diritto comune e diritto di settore all'altezza di qualunque altro elemento della disciplina, si finisce per cadere in contraddizioni evidenti.

16. *Profili di sintesi e conclusioni*

Siamo giunti al momento di tirare le fila del discorso.

Ritengo che, entro il campo preso in esame, il procedimento derogatorio sia da escludersi in sintesi per le seguenti ragioni.

V'è da considerare che esiste un campo esterno alla disciplina di settore rappresentato da ciò che *non* è disciplinato.

Esemplare è il caso del risarcimento del danno: qui certamente si pone un problema di raccordo tra discipline differenti (non solo nelle singole soluzioni, ma anche – si potrebbe dire – nella filosofia generale) rispetto a cui l'opera di connessione concettuale e di giunzione compiuta dall'interprete appare insostituibile. Certamente non si riscontra alcun fenomeno di deroga, giacché si è a cospetto di un'assenza di normazione: dunque mancano i presupposti per l'operare di un meccanismo derogatorio.

Si rinviene poi un campo interno rispetto alla disciplina di settore, nel senso che taluni strumenti di tutela, all'interno della disciplina generale e di quella di settore, mostrano una corrispondenza funzionale.

Per esempio, in questa prospettiva, si può ritenere che i rimedi edilizi disponibili al compratore per l'ipotesi di difetto materiale siano ri-disciplinati dall'art. 130 cod. cons. Come si è cercato di dimostrare, però, la normazione consumeristica non interviene sui presupposti della medesima fattispecie delineata nel codice civile.

Ebbene, per sostenere il verificarsi di un meccanismo di deroga (in ragione del maggior favore), si dovrebbe ragionare in termini di tipo/sotto-tipo. Però – come pure si è cercato di dire – la via in questo senso è sbarrata dal fatto che la disciplina di settore, esemplarmente nel caso della vendita di beni di consumo, appare strutturata del tutto in via trans-tipica.

In altri termini, la nozione di vendita adottata è più ampia di quella di vendita di cui al codice civile, sicché il sotto-tipo si rivela fatalmente più

ampio del tipo; con l'effetto che appare preclusa un'applicazione – per così dire – orizzontale, in relazione alle figure appartenenti al macro-tipo della vendita di cui alla nozione consumeristica.

Si può poi identificare un campo interno, ossia ri-disciplinato, ma fuori dal tipo.

Per esempio, quando si attinga alle regole generali sul contratto a prestazioni corrispettive (nell'ipotesi in cui venga in rilievo la figura dell'*aluid pro alio* o dell'eccezione d'inadempimento): in questi casi non si è nel sottotipo e neppure si è a cospetto di deroga.

In conclusione, mi pare dunque si possa confermare il disegno ricostruttivo già delineato in apertura di queste pagine.

I problemi sottesi al coordinamento tra la disciplina generale e la normativa di settore sono assai impegnativi e impongono opzioni di carattere metodologico, nonché – se si voglia dir così – pure di teoria generale, che incidono sul disegno dell'intero sistema privatistico.

Non vi è dubbio che la 'cerniera' tra i *Sonderprivatrechte* e il *Privatrechtsystem* rappresenti anche una trincea di lavoro per la scienza giuridica privatistica per i prossimi anni⁶⁰.

Però resta il fatto che il 'maggior favore' dei diritti del consumatore non arriva in alcun modo a integrare la sostanza di un criterio di soluzione di potenziali conflitti di norme; quello che si pone all'interprete è invece un problema ricostruttivo-sistematico quale discende dall'esigenza di colmare una serie di lacune di legge.

Semmai, il rilievo da attribuire al 'maggior favore' è quello di *ratio* generale in grado di guidare l'interpretazione del complesso materiale legislativo che interessa a vario titolo il consumatore.

Conclusivamente, si sarebbe tentati di dire – certamente con un'eccessiva abbreviazione dei passaggi – che il vero e più sostanziale 'maggior favore' che si possa attribuire al consumatore è proprio e soltanto quello collegato alla possibilità di scegliere la tutela preferibile.

Che poi, assai più in generale, la 'tenuta' del sistema sia un vantaggio per l'intero ordinamento, anche questo mi pare chiaro. Ma mi spingerebbe a considerazioni a largo raggio, per le quali di certo non basterebbe lo spazio di questo contributo (bel convegno).

⁶⁰ Le espressioni sono ricavate da F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, cit., p. 415 ss.

