

Clausole abusive e conservazione del contratto: la rinegoziazione come strumento di tutela del consumatore

Abstract. Il contributo esamina i rimedi conservativi dei contratti dei consumatori quando la nullità di una clausola abusiva essenziale generi una lacuna sopravvenuta. Alla luce dell'art. 36 cod. cons. e del principio eurounitario di effettività, ricostruisce l'integrazione *ope legis* ex artt. 1339 e 1374 c.c., la rinegoziazione e i limiti dell'intervento giudiziale, fondandone la progressione sugli artt. 1175, 1375 e 1349 c.c. e sull'art. 2 Cost.

Di Maria Elena Ursitti

1. I contratti dei consumatori

Si definisce contratto del consumatore quel negozio nel quale una parte sia qualificabile come consumatore, ossia una persona fisica coinvolta nell'operazione giuridica per finalità estranee a quelle di esercizio dell'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta¹. Tale fattispecie si caratterizza per costituire un'ipotesi di contratto asimmetrico, dove la parte debole è stabilmente rinvenuta proprio nella figura del consumatore. Per tali ragioni, la ratio della disciplina sottesa a tali forme contrattuali tende, in un bilanciamento complessivo di interessi, a salvaguardare il consumatore, nel tentativo di ripristinare un equilibrio tra le parti, soprattutto da un punto di vista informativo.

Ciononostante, la disciplina consumeristica non sempre si è rivelata particolarmente efficace nel contrastare gli abusi contrattuali perpetrati dal professionista in danno al consumatore. In tal senso, lo strumento di abuso più comune è indubbiamente rinvenibile nell'apposizione di clausole vessatorie: la normativa elenca delle ipotesi presuntivamente vessatorie, pur non tassative, assumendo che l'inserimento di tali clausole all'interno del contratto comporterebbe l'esperibilità da parte del consumatore del rimedio della nullità ai sensi dell'art. 36 c.1, cod. cons.

Il ricorso a tale strumento, ad ogni modo, ha determinato non poche problematiche. Per comprenderne i limiti, è utile ripercorrerne gli effetti.

In primo luogo, la nullità di cui si tratta viene definita nullità di protezione², ciò in quanto è una nullità che, pur se formalmente diretta alla tutela di un interesse generale, protegge, nella sostanza, la parte debole del contratto, in quanto l'interesse collettivo³, ossia la tutela del mercato ed il libero

¹ Si veda art. 3 lett. a) Codice del consumo, Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, *normattiva.it*

² BIANCA, *Diritto civile*, Vol. III, *Il contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2019, pag. 354

³ A tal proposito, la giurisprudenza è chiara nel sostenere che la tutela del consumatore sia strumentale alla tutela dell'interesse generale. Da ciò discendono una serie di addentellati sotto il profilo processuale, tale per cui la nullità di protezione è certamente rilevabile, ma non anche dichiarabile, d'ufficio. Si veda Corte CE, 27 giugno 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, C-240/98 e C-244/98, in *Racc.*, p. I-4941. La sentenza appena menzionata si riferisce al rilievo ufficioso in termini di potere del giudice; Nella successiva evoluzione della giurisprudenza comunitaria, si è, invece, parlato di obbligo. Si veda Corte UE, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, in *Racc.*, p. I-10875; Corte UE 4 giugno 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, p. 31 e 32, in *Racc.* p. I-4812 e in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, p. 507 ss.; più di recente, Corte UE, 27 giugno 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, cit., si legge che l'interpretazione dell'art. 6, par. 1, dir. 93/13 CEE sulle clausole abusive, deve essere inteso nel senso che “il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa” sottolineando l'esistenza di un potere di rilievo d'ufficio. Si aggiunge, inoltre, che “Nell'applicare disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a tale direttiva, il giudice nazionale deve interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della stessa. In particolare, l'obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola abusiva”. Si legge nella pronuncia, inoltre, che le ragioni a fondamento di tale disciplina soggiacciono, evidentemente, nella disuguaglianza esistente tra consumatore e professionista, valorizzando sia il potere di trattativa, che l'asimmetria informativa. Per tali ragioni, il bilanciamento di forze non può ottenersi se non in forza di un intervento positivo di soggetti estranei al rapporto contrattuale

gioco della concorrenza, coincide con l'interesse individuale del consumatore⁴. Tale nullità si connota, ordinariamente, per essere relativa, sicché quest'ultima, oltre ad avere effetti demolitori, ha anche una portata correttiva⁵.

Tutto ciò premesso in ordine alle caratteristiche fondamentali del rimedio della nullità parziale, occorre, però, evidenziare che la relatività è ammessa nella misura in cui la clausola che si intende eliminare non risulti essenziale. In altri termini, l'interprete non può prescindere da una preventiva valutazione del ruolo esercitato dalla clausola invalida nel negozio concluso dalle parti: il principio di conservazione del contratto, dunque, prevale solo dove la caducazione della clausola abusiva consenta all'assetto negoziale di mantenere un significato autonomo. Ne discende che quando ciò non sia possibile, e il contratto perda di significato una volta privato di tale clausola, non si può procedere diversamente che alla caducazione integrale del contratto⁶.

Le conseguenze di tale procedimento sono particolarmente negative per il consumatore, in quanto impedisce la pressoché totale applicazione dello statuto del consumatore e, con ciò, di tutte le tutele previste dalla legge. Per tali ragioni, questa conseguenza dovrebbe costituire *l'extrema ratio*, a cui si addiuvano quando l'approccio ermeneutico abbia fallito su ogni fronte⁷.

La caducazione totale del contratto produce una serie di effetti negativi a carico del consumatore, al quale vengono, da quel momento, negate molte delle tutele garantite dalla legge. Ciò rischia di compromettere l'effettività della tutela, come più volte sottolineato dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia. Per tali ragioni, molteplici sono state le soluzioni proposte per valorizzare il principio di conservazione, teso a riconsiderare i rimedi manutentivi, piuttosto che quelli caducatori.

Nel proseguo della trattazione, si procederà ad analizzare la problematica sotto diverse prospettive: l'integrazione del contratto per mezzo di norme dispositive; il ruolo del giudice; e, infine, il ruolo della rinegoziazione secondo la giurisprudenza eurounitaria. Come si avrà modo di evidenziare, tali fattispecie hanno un punto di partenza unitario: lo squilibrio contrattuale, da cui discende l'esigenza di individuare nuove soluzioni conservative, si realizza in un momento postumo alla creazione del contratto, per effetto di una sopravvenienza giuridica. In tali ipotesi, in ultima analisi, la sopravvenienza è costituita dal giudizio di valutazione delle stesse clausole che compongono il contratto, sicché quando l'interprete rilevi l'abusività di una di queste, tale conclusione si riversa sul negozio giuridico, compromettendone l'iniziale bilanciamento⁸.

⁴ DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore- Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, p. 475 ss.; ID., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 681 ss; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, Torino, 1998; D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, p. 732 ss; S. PATTI, *Il contraente "fragile"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 1 GIUGNO 2025, pag. 229

⁵ MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 1098 ss; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. Civ.*, 1997, p. 403 ss.; F. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4, 2001, 769 ss.

⁶ Si pensi al caso in cui la nullità colpisca una clausola inerente all'oggetto o al prezzo. Si veda E. DEL PRATO, *Dieci lezioni sul contratto*, Padova, 2023, p. 84 ss.

⁷ Il codice dei consumatori non si esprime in termini di squilibrio economico, ma in termini di squilibrio giuridico, salvo che nei casi previsti dall'art. 34 c.2, ossia quando le clausole colpite da nullità ineriscano all'oggetto del contratto o al corrispettivo di beni e servizi, quando siano prive dei requisiti di chiarezza e trasparenza. In tali ipotesi, il giudice dovrà procedere ad un'interpretazione volta a valorizzare l'interesse del consumatore.

⁸ Tale ricostruzione è supportata, come si avrà modo di illustrare anche nel proseguo, da D'AMICO, il quale, nell'affermare l'applicabilità dell'art. 1374 c.c. in fare di integrazione del contratto del consumatore, ne ammette il ricorso a condizione che la norma sia interpretata in senso evolutivo, ossia non più riferendosi ad una lacuna originaria, bensì sopravvenuta. Tale sopravvenienza, per l'appunto, si identifica nell'interpretazione della clausola come abusiva. Si veda F. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013

1.1 L'integrazione del contratto ope legis

La prima questione sulla quale occorre soffermarsi è, come anticipato, l'integrazione del contratto asimmetrico, al fine di evitarne la caducazione⁹. In tale prospettiva, la dottrina ha tentato di dare un nuovo ruolo al rimedio della nullità, in modo tale da accostare, al noto effetto demolitorio, un effetto ricostruttivo, purché finalizzato a perseguire interessi leciti e meritevoli. Perché ciò sia possibile, la dottrina ha sostenuto l'esistenza di uno strumento di integrazione funzionante rispetto alle lacune sopravvenute, volto a correggere la parte del contratto che sia afflitta da abusività. Al fine di chiarire tale passaggio, occorre ripercorrere le tappe del dibattito.

Com'è noto, l'integrazione del contratto¹⁰ si distingue in integrazione suppletiva¹¹ e integrazione cogente: tale distinzione, come si avrà modo di illustrare, è stata messa in crisi dalle più recenti ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali.

Tradizionalmente, si è sempre sostenuto che l'integrazione suppletiva si realizzasse ricorrendo alle norme dispositive¹², mentre il fenomeno di integrazione cogente, concretizzato per mezzo dell'art. 1339 c.c., riguardasse solo le norme imperative¹³. Secondo tale impostazione, dunque, l'unica integrazione capace di produrre effetti correttivi sarebbe stata l'integrazione cogente dinanzi alla violazione di una norma imperativa conformativa.

A tal proposito, tale fenomeno avrebbe potuto realizzarsi in due modi: le parti, pur non derogando alla norma imperativa, si limitano ad astenersi dal dettare una regola convenzionale per il caso concreto. In tale ipotesi, la lacuna viene automaticamente colmata facendo riferimento al contenuto della legge imperativa, secondo il fenomeno di integrazione legale del contratto. In alternativa, le parti potrebbero non aver rinunciato a disciplinare quella parte del contratto e che, nel farlo, si siano poste in contrapposizione con quanto stabilito dalla legge imperativa. In tal caso, il fenomeno di integrazione cogente opera in due separati momenti: in una prima fase, la clausola contraria alla norma imperativa è caducata ai sensi dell'art. 1419 c.c.; la lacuna creata dalla nullità relativa discendente dalla norma viene, ad ogni modo, automaticamente colmata con la norma imperativa, ex art. 1339 c.c. In altri termini, è pacifico che, nelle ipotesi di cui si tratta, si procede ad operare secondo il meccanismo del combinato disposto dall'art. 1339 e 1419 c.c. in ossequio allo schema dell'integrazione cogente¹⁴.

⁹ Sul punto, F. MACARIO, (2005). *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?* in *Riv. dir. Civ.*, 2005, I, p. 633 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. Civ.*, 2005

¹⁰ CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto suoi effetti reali e obbligatori*, M. BARCELLONA, *I nuovi controlli su contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. Priv.*, 2008.

¹¹ È detta suppletiva quell'integrazione che è volta a supplire alle lacune del regolamento contrattuale. Essa può realizzarsi direttamente, attraverso l'inserimento di specifiche e predeterminate previsioni normative, oppure attraverso la concretizzazione dei principi generali di cui il giudice si fa interprete. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, p. 457 ss.

¹² Si definiscono tali quelle norme derogabili dall'autonomia privata e che, in tale contesto, suppliscono alla ricostruzione della stessa lì dove vi siano delle lacune.

¹³ Per norme imperative si intende quelle norme inviolabili. Secondo autorevole dottrina, esisterebbero due tipologie di norme imperative: le norme aventi funzione meramente proibitive, e quelle con funzione conformativa. In tal senso, mentre le prime di caratterizzano per prevedere una caducazione integrale del contratto, sicché non si porrebbe alcun problema di integrazione del contratto. Diversamente, nella seconda ipotesi è prevista una forma di integrazione postuma, che può avvenire sia in modo diretto, ossia quando la legge preveda il contenuto della clausola, o in via indiretta, quando la legge nulla stabilisca espressamente, limitandosi a "restituire spazio al regime legale" che le parti avrebbero voluto disattendere. Si veda ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 472

¹⁴ Si parla, a tal proposito, di integrazione per sottrazione e per addizione. Si veda PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, pp. 406 ss.

Occorre sottolineare, a tal proposito, che proprio la necessità dell'esistenza di una norma inderogabile con contenuto predeterminato, in grado di dettare una disposizione contrattuale sostitutiva della lacuna o della clausola dichiarata nulla in quanto in contrasto con la disposizione imperativa, rende la disposizione eccezionale, con portata limitata alle ipotesi desumibili dal dettato normativo. Non potrebbe, in effetti, essere diversamente, se si pone mente al fatto che tale disposizione è espressamente derogativa della libertà contrattuale, sacrificando gli interessi individuali in nome dell'interesse collettivo.

Diversamente, l'integrazione ai sensi dell'art. 1374 c.c. prevede che il contratto obbliga le parti non solo *“a quanto nel medesimo espresso”* ma anche *“a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”*¹⁵. In altri termini, la norma di cui si tratta interviene al solo scopo di completare l'assetto negoziale predisposto dalle parti, lì dove appaia lacunoso, completandolo a sostegno, e non in sostituzione cogente, dell'autonomia negoziale. Presupposto del ricorso a tale norma, tradizionalmente, è l'esistenza di una lacuna originaria nel contratto.

Tale distinzione, ad ogni modo, ha iniziato a vacillare in riferimento alla disciplina dei contratti dei consumatori, rispetto ai quali si iniziò a delineare la possibilità che la deroga al diritto dispositivo potesse portare alla nullità. Ed infatti, già a partire dagli anni Settanta, la dottrina iniziò a porsi il problema di tutelare in senso sostanziale il contraente debole di fronte alla deroga al diritto dispositivo da parte delle imprese, mediante l'utilizzo delle condizioni generali del contratto, ancorché espressamente approvate per iscritto, in quanto si riteneva che questo costituisse, ad in ogni caso, contrasto con l'ordine pubblico¹⁶. La questione è divenuta ancor più pregnante dal momento in cui l'ordinamento ha recepito la Direttiva 93/12/CEE, con la quale si è disposta l'introduzione di una tutela sostanziale del consumatore contro le clausole vessatorie¹⁷.

Tale nuova tutela prevede, in effetti, che la nullità possa scaturire anche dalla violazione di norme inerenti al diritto dispositivo, costituendo una novità straordinaria rispetto all'impostazione classica secondo cui, come visto, la nullità scaturisce esclusivamente dalla violazione di norme imperative.

La spiegazione di tale peculiarità è individuabile nella deroga ad un fondamentale riferimento normativo: la regola generale prevede che la *derogabilità incondizionata*¹⁸ del diritto dispositivo sia subordinata al fatto che quest'ultima sia bilaterale, come si evince dall'art. 1322 c.c., per cui *le parti* possono liberamente determinare il contenuto del contratto. Quando, invece, si tratta del diritto dei consumatori, i contratti vengono stipulati mediante il ricorso a condizioni generali di contratto, sicché la determinazione del contenuto contrattuale è, almeno prevalentemente, unilaterale¹⁹. In tale prospettiva, la derogabilità del diritto dispositivo cessa di essere incondizionata, ed anzi è subordinata alla prospettiva che quanto disposto unilateralmente dal professionista non determini, a sfavore del consumatore, un consistente squilibrio. In altri termini, per dirlo con le parole di acuta dottrina, *“il diritto dispositivo continua ad essere un diritto derogabile, anche per decisione unilaterale, ma solo sino al punto in cui la deroga non comporti una notevole alterazione di quell'equilibrata composizione degli interessi dei contraenti, che – nei contratti dei consumatori – viene in tal modo assunta come esigenza comunque da soddisfare (se pure in una misura che potrebbe non rilevarsi*

¹⁵ Secondo la lettura più accreditata, per legge si intendono le disposizioni comunitarie, quelle costituzionali, le leggi primarie, ma anche quelle secondarie. MACARIO, sub art. 1374, in *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, in *Comm. c.c.* diretto da GABRIELLI, II, Art. 1350-1386, Torino, 2011, p. 700 ss.

¹⁶ AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*.

¹⁷ D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 222

¹⁸ D'AMICO, op.cit., pag. 223

¹⁹ D'AMICO, op.cit., p. 222-223. L'autore evidenzia che la possibilità di applicare il rimedio della nullità in conseguenza della violazione di norme afferenti alla categoria del diritto dispositivo costituisce *“una delle novità più interessanti della nuova disciplina della clausole vessatorie”*.

*particolarmente elevata, considerato che- come appena detto- non un qualsiasi squilibrio che appaia significativo, e dunque di una certa consistenza, legittima la dichiarazione di nullità)*²⁰.

Superato il limite dell'abuso contrario a buona fede o della predisposizione di clausole in assenza di trattative individuali, la norma dispositiva acquista forza cogente. Per tali ragioni, parte della dottrina ha ribattezzato tali norme dalla natura ibrida come norme semi-dispositive o semi-imperative²¹: in altri termini, tali norme sono dispositive nei limiti in cui la condotta non sia abusiva.

Tutto ciò premesso, la questione che si pone fa leva su quale norma sia possibile adottare al fine di realizzare l'integrazione necessaria. Né l'art. 1374 c.c., né l'art. 1339 c.c. sembrano poter trovare piena applicazione.

Se, infatti, l'art. 1374 c.c., come visto, potrebbe operare esclusivamente in via compatibile con la volontà emergente dell'atto di autonomia, in presenza di una lacuna originaria, la lacuna che giustifica l'integrazione nel contratto asimmetrico non risponde a tali requisiti, ed è qualificabile come sopravvenuta, in quanto successiva al giudizio di vessatorietà.

D'altro canto, nemmeno potrebbe adattarsi l'art. 1339 c.c. Il meccanismo di inserimento automatico delle norme in sostituzione delle clausole dichiarate nulle opera esclusivamente dinnanzi a norme inderogabili: come evidenziato, però, le norme violate dall'imprenditore nella disposizione unilaterale del contratto non assurgono a vere e proprie norme inderogabili.

Secondo l'opinione più diffusa in dottrina²², l'art. 1374 c.c. risulterebbe lo strumento che meglio può adattarsi alle esigenze del caso. Infatti, la norma comprenderebbe non solo il fenomeno della integrazione suppletiva, ma anche quello della integrazione cogente. Tale affermazione ha avuto, inevitabilmente, un effetto dirompente, andandosi ad inserire in un contesto nel quale, da un lato, per integrazione suppletiva si considerava esclusivamente quella realizzata attraverso il diritto dispositivo, diretta a colmare lacune originarie, mentre, dall'altro, l'integrazione cogente era costituita dalla sola ipotesi rappresentata dall'art. 1339 c.c.

La dottrina, pertanto, quando riconduce l'art. 1374 c.c. a strumento a cui ricorrere in sede di integrazione dei contratti dei consumatori, intende individuare un meccanismo interpretato in senso evolutivo, attraverso cui è possibile ricorrere al fine di ottenere un'integrazione cogente mediante diritto dispositivo²³. In tal senso, dunque, la prassi ha portato a definire la configurabilità di una deroga abusiva al diritto dispositivo, dinnanzi alla quale l'ordinamento reagisce prevedendo la nullità della clausola che la contenga. La lacuna che ne discende, pertanto, appare inevitabilmente sopravvenuta. Ne discende la necessità di colmare tale vuoto creatosi ricorrendo alle norme formalmente dispositive, ma sostanzialmente cogenti, a cui si riconnette, più che una funzione suppletiva, una funzione, appunto, correttiva dell'autonomia privata²⁴.

La novità, lo si ribadisce, risiede, pertanto, nell'assunto per cui il diritto, almeno formalmente, dispositivo²⁵, sia diventato fonte di integrazione cogente del contratto, quando la deroga imposta dall'imprenditore superi quel limite dell'abusività sostanziale del contenuto del contratto, a cui

²⁰ D'AMICO, op.cit., pag. 223. In tal senso, occorre precisare che la dottrina giunge ad elaborare un concetto di derogabilità dinamico e funzionale, ove parametro di valutazione non è più tanto una fattispecie definita nella struttura e negli effetti, ma piuttosto la valutazione di un comportamento. A tal proposito si veda DEL PRATO, I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese, in Riv. dir. Civ., 2001, II, p. 271 ss.

²¹ ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 460

²² Senza pretesa di completezza, si veda G. GABRIELLI, Norme imperative ed integrazione del contratto, in Scritti in onore di Rodolfo Sacco, II, Milano, 1994, pp. 481 ss. e 485-86; D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, pag. 244

²³ D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo": regole dispositive in funzione "conformativa" ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavist, B., Plai, P. (ed.), *Le invalidità del diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano 2011 p. 379 ss.

²⁴ D'ADDA, op.cit., pag. 384 ss

²⁵ Anche detto, come visto, semi-dispositivo o semi-imperativo secondo l'espressione coniata da ROPPO, op.cit.

conseguono un effettivo squilibrio tra le parti. La deroga abusiva, in ultima analisi, deve considerarsi *tanquam non esset*²⁶.

È, ad ogni modo, necessario, evidenziare un'importante differenza attualmente ancora esistente tra lo strumento classico dell'art. 1339 c.c. e l'integrazione cogente di cui all'art. 1374 c.c.

Nella prima ipotesi, la conformazione è imposta dall'ordinamento in senso c.d. forte. Viceversa, l'interpretazione evolutiva dell'art. 1374 c.c. non assume i medesimi profili, bensì esprime un potere di conformazione in senso debole: l'integrazione che interviene a supplire alla lacuna sopravvenuta non si traduce in un regolamento imposto, in ogni caso, all'autonomia negoziale, e nemmeno può ritenersi che sia in qualche modo preferito dall'ordinamento.

Lo scopo di tale integrazione appare, piuttosto, quella di evitare vuoti normativi, evitando, dunque, di lasciare scoperti aspetti del rapporto contrattuale considerati meritevoli di tutela. Inoltre, è bene precisare che tale meccanismo opera sull'assunto che l'autonomia privata non sia stata in grado di formulare una disciplina alternativa che potesse soddisfare l'esigenza di dare forma ad aspetti meritevoli di considerazione²⁷.

1.2 L'integrazione del contratto ope iudicis

Ulteriore questione che si pone attiene al potere del giudice di intervenire dinnanzi alla lacuna creata dal giudizio di abusività. In tale prospettiva, a ben vedere, un conto è riconoscere potere demolitorio al giudice, ossia il potere di dichiarare la vessatorietà di una clausola da cui discende la parziale nullità del contratto, salvo sua indispensabilità; altro conto è riconoscergli un potere ricostruttivo e, dunque, sostitutivo dell'autonomia negoziale, creando effetti diversi da quelli voluti dalle parti²⁸.

Si evidenzia che il discorso intorno all'effettività dei rimedi predisposti a tutela del consumatore hanno interessato anche il potere giudiziario, sospingendo parte della dottrina a riconoscere un certo potere di intervento al giudice. Tale soluzione incontra, ad ogni modo, notevoli critiche e, per tali ragioni, anche coloro che ne accolgono la configurabilità ne accettano una versione blanda.

Si tratterebbe, infatti, di un potere molto incisivo, sicché quest'ultimo, secondo parte dei sostenitori della tesi positiva, dovrebbe essere espressamente riconosciuto dalla legge, pena l'eccessivo sacrificio dell'autonomia privata.

Nemmeno potrebbe avallarsi, secondo i più, l'esistenza di un'integrazione cogente tramite sostituzione automatica. Il timore, ancora una volta, è che si lasci un'eccessiva discrezionalità all'interprete circa la normativa che andrebbe a sostituire la lacuna creata.

Parte della dottrina, ad ogni modo, ha sostenuto che il potere giudiziale possa trovare fondamento nell'art. 1374 c.c., nella parte in cui annovera tra le fonti l'equità, o nell'art. 1375 c.c., anche in combinato disposto, in modo tale da consentire la riconduzione del patto sotto la soglia dell'iniuria. La rigidità fin qui osservata dai commentatori, ad ogni modo, si spiega sotto il profilo della prevedibilità e della certezza del diritto, sicché pare evidente che il legislatore si sia astenuto dal riconoscere espressamente tale potere nel tentativo di contemperare l'esigenza di tutela e certezza del diritto²⁹.

Sul fronte giurisprudenziale, netta era stata la chiusura della Corte di giustizia dell'Unione Europea sul punto. In due pronunce³⁰ di grande rilievo, infatti, i giudici escludono categoricamente,

²⁶ Tale assunto appare coerente con l'inefficacia originaria delle clausole vessatorie. In tal senso, POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 180 ss.

²⁷ D'AMICO, op. ult. Cit., pag. 249.

²⁸ D'ADDA, op.ult.cit.

²⁹ D'ADDA, op. ult. Cit.; si veda anche *Nullità parziale e tecniche di adattamento*, p. 242 ss.

³⁰ Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 14 giugno 2012, n. C-618/10, *Banco Español de Crédito, SA contro Joaquín Calderón Camino*. Sentenza pubblicata in *Contratti*, 2013, 16 ss, con commento di D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità parziale necessaria della clausola abusiva e*

nel campo dei contratti dei consumatori, la possibilità di integrazione del regolamento contrattuale attraverso una regola di creazione giudiziale.

D'altro canto, vi sono delle obiezioni di cui la Corte, nel pronunciarsi, ha indubbiamente tenuto conto. Il riconoscimento di un potere correttivo al giudice, rispetto a contratti come quelli del consumatore che, a ben vedere, sono spesso conclusi in serie, potrebbe avere delle ripercussioni su tutte le successive stipulazioni, creando incertezza nel settore di riferimento.

Inoltre, pur volendo ammettere l'esistenza di tale potere correttivo, invocando come riferimento l'art. 1374 c.c., nella sua nuova accezione di integrazione cogente, risulterebbe comunque subordinato all'assenza di una regola integrativa legale. In altri termini, ove la norma dispositiva esista, sarà comunque questa che dovrà trovare applicazione, non lasciando spazi all'equità correttiva³¹.

Nel 2022 l'orientamento giurisprudenziale dei giudici sovranazionali ha subito una parziale modifica. La pronuncia³², infatti, avrebbe riconosciuto un ruolo, sia pure marginale, all'integrazione giudiziale nel contratto consumeristico: in altri termini, si ammetterebbe il potere di intervento giudiziale tutte le volte che non sia riscontrabile una disposizione normativa da poter utilmente invocare e il giudice abbia, senza successo, rimesso le parti in sede di trattative.

Ed infatti, qualora la lacuna formatasi dalla dichiarazione di nullità sia l'effetto della violazione della disciplina consumeristica, appare sufficiente procedere ad un'integrazione legale di natura correttiva dell'autonomia negoziale, applicando il diritto derogato dall'abuso. In tale prospettiva, è bene precisare che le pronunce della Corte di giustizia sembrano subordinare l'attivazione del meccanismo integrativo legale alla scelta del consumatore il quale, dinnanzi all'accertamento dell'abusività delle clausole, potrebbe anche decidere di far valere la nullità dell'intero negozio³³. Tale soluzione, d'altro canto, altro non sarebbe se non l'applicazione concreta del principio dell'effetto utile espressamente previsto dalla Direttiva 93/13/UE: qualora si permettesse al giudice di modificare la clausola secondo equità, piuttosto che procedere all'applicazione della disposizione di legge, tale operazione rischierebbe di produrre comunque effetti vantaggiosi per il professionista, dal momento che permarrebbero gli effetti, pur parzialmente modificati, della clausola abusivamente predisposta³⁴. Le regole non scritte, spesso generate dalla prassi o, comunque, da principi generali, in altri termini, secondo questa impostazione non sono in grado di fornire le adeguate garanzie in ordine alla tutela del consumatore.

Quando, invece, difetti una norma dispositiva che possa integrare automaticamente la lacuna, secondo il meccanismo correttivo fin qui esplicitato, un'integrazione legale non potrebbe esserci. A tal proposito, la giurisprudenza europea ha, di recente, individuato una diversa soluzione. La Corte ha sostenuto la possibilità di rimettere le parti, ad opera del giudice e agendo su sue direttive, nella condizione di rinegoziare la disciplina essenziale del contratto, quando la nullità per vessatorietà colpisca una clausola considerata essenziale, tale da poter caducare tutto il contratto. Di conseguenza, solo in caso di esito infruttuoso della rinegoziazione la pronuncia di cui si tratta consentirebbe alla integrazione giudiziale.

integrazione del contratto. Inoltre, Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito contro Jahani BV*, in *curia.europea.eu*.

³¹ D'AMICO, op. ult. cit., pag. 239-241

³² Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt.* contro PN, in *curia.europea.eu*.

³³ Corte UE, 3 ottobre 2019, C-260/18, *Kamil Dziubak e Justyna Dziubak contro Raiffeisen Bank International AG*, in *curia.europea.eu*. L'art. 6 par. 1 della Direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che esso osta a una norma di diritto nazionale che consente al giudice nazionale di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola, mentre non osta a che il giudice nazionale, in applicazione di principi di diritto contrattuale, sopprima la clausola abusiva sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva in situazioni in cui dichiarare invalida la clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nella sua incertezza, esponendo il tal modo il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli.

³⁴ In tal senso, Corte UE, Grande Sezione, 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA*, in *curia.europea.eu*.

In questo senso, in effetti, si esprime la Corte di giustizia nella pronuncia 31 marzo 2022, *Lombard Pénzügyi és Lizing Zrt. contro PN*, ove si afferma che “la direttiva 93/13 dev’essere interpretata nel senso che essa non osta a che il giudice nazionale competente decida di rimettere le parti di un contratto di finanziamento nella situazione in cui si sarebbero trovate se tale contratto non fosse stato stipulato per il fatto che una clausola di detto contratto relativa al suo oggetto principale deve essere dichiarata abusiva in forza di tale direttiva, fermo restando che, se tale ripristino si rivela impossibile, a lui spetta vigilare affinché il consumatore si trovi in definitiva nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola giudicata abusiva non fosse mai esistita”³⁵.

In altri termini, secondo quanto si legge, è evidente che occorra dapprima verificare se sussista una norma che possa colmare la lacuna attraverso il meccanismo dell’integrazione legale; qualora questa manchi, il giudice è tenuto, dapprima a rimettere le parti alla rinegoziazione, nel tentativo di auto integrare il contratto attraverso l’autonomia negoziale; infine, quando anche tale tentativo risulti fallimentare, il giudice è ammesso ad intervenire, integrando il contratto, al fine di evitare la sua integrale caducazione.

2. Il fondamento normativo del potere giudiziale di rimettere le parti in trattative

Tutto ciò premesso, occorre evidenziare che un problema che si pone rispetto alla rimessione in trattative attiene al fondamento giuridico che possa legittimare tale operazione. Secondo le regole generali in materia di autonomia privata (art. 1321 c.c.; art. 1372 c.c.), non esisterebbe una normativa generale che legittimi espressamente la rinegoziazione delle parti contrattuali, ma tale rimedio sarebbe il frutto della rielaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Parte della dottrina, partendo dal presupposto che la rimessione a rinegoziare implichi che le trattative non si siano realizzate in fase preliminare, ritiene che sia applicabile il rimedio dell’art. 185 bis c.p.c.³⁶ Come è stato osservato, però, tale strumento pur potendo fungere da base normativa, non risolve il problema di incentivare le parti ad adoperarsi per trovare un nuovo equilibrio mediante trattativa. Tale questione, ad ogni modo, sarebbe stata superata dalla giurisprudenza, la quale sostiene l’applicabilità dell’art. 96 c.p.c. anche rispetto al rimedio del 185-bis. Il giudice, in altri termini, può valutare il rifiuto ingiustificato di addivenire a trattativa o di accogliere la proposta conciliativa giudiziale ai fini del riconoscimento della responsabilità aggravata processuale, con conseguente condanna al pagamento di una somma a titolo indennitario o “addirittura, sanzionatorio, al pari di una vera e propria pena privata”³⁷.

Come evidenziato da un orientamento dottrinale³⁸, recentemente la giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere che il mancato accordo entro in termine indicato dalla proposta ex art. 185-bis c.p.c., il giudice adito può ordinare alle parti di procedere attraverso una mediazione, ponendo l’onere di avvio della procedura a carico della parte che si sia rivelata più diligente. In tale contesto, il tempestivo esperimento del tentativo di mediazione diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale³⁹.

³⁵ Cit. Corte di giustizia UE, C-472/20, 31 marzo 2022, *Lombard Pénzügyi és Lizing Zrt. contro PN*.

³⁶ Si veda PAGLIANTINI e PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una “Baustelle im Dunkeln”?*, Si tratta di un rimedio che consente al giudice di formulare alle parti una proposta conciliativa, “fino al momento in cui fissa l’udienza di rimessione della causa in decisione”, ossia entro la prima udienza o, fintanto che non si sia esaurita l’istruttoria, fino all’udienza di precisazione delle conclusioni. A tal proposito, infatti, la riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022) ha inteso snellire il processo civile, prevedendo la possibilità per il giudice di proporre una proposta conciliativa la quale deve, ad ogni modo, presentare già i tratti della sentenza finale che andrà a pronunciare. Tale rimedio, ad ogni modo, privilegia l’oralità, nel senso che è la soluzione elaborata è il frutto del contatto delle parti e con il giudice.

³⁷ La finalità deflattiva dello strumento comporta che il giudice possa irrogare tale sanzione quando, a conclusione del processo, decida con sentenza espressiva dei medesimi principi e ricorrente ai medesimi criteri già delineati in apertura con la proposta, sicché si rende evidente che la parte che l’abbia rifiutato abbia agito ingiustificatamente. Così. Trib. Roma, 20 ottobre 2014, in *Quotidiano giuridico*, 2014

³⁸ D. D’ALBERTI, *Nullità conformativa e (auto)integrazione de contratto B2C. La rinegoziazione delle clausole abusive come rimedio in forma specifica*, in *Contratto e impresa*, 3/2013, pag. 927 ss

³⁹ Tribunale di Pavia, 9 marzo 2015, X c. curatela Fallimento Y, in *Quotidiano Giuridico*, 2015, nota di Di Marco

Si ritiene, dunque, che la proposta conciliativa-transattiva ex art. 185 bis c.p.c., anche se rifiutata dalle parti, può formare la base sui cui il mediatore, successivamente adito, può fondare il suo processo di mediazione delegata per compiere il proprio autonomo tentativo di conciliazione. Tale meccanismo dovrebbe, a sua volta comportare, un contatto tra organo giudicante e meccanismo di mediazione, unendo il potere propositivo del giudice di rimettere in trattativa le parti, ad un più neutro ed equidistante figura che è quella del mediatore⁴⁰.

Sennonché, non sono mancate critiche a tale ricostruzione da parte di chi evidenzia che tale meccanismo, pur in astratto ben congegnato, pecca di praticità. Ciò in quanto richiederebbe di dotare gli organismi di mediazione di spiccati requisiti di tecnicità che paiono, nei fatti, di difficile realizzazione.

Quanto alla conclusione infruttuosa della mediazione, si deve, in primo luogo, affermare che il rifiuto ingiustificato di accettare la proposta di mediazione costituisce oggetto di valutazione da parte del giudice del comportamento della parte, per espressa previsione legislativa, quando la sentenza coincida con la sentenza finale del giudice. Inoltre, anche se il tentativo fallisca, quando la causa venga rimessa dinnanzi al giudice, questo può comunque servirsi della proposta per delineare la soluzione che emette nella sentenza. In tal modo, seppur non formalmente, i contenuti della sentenza non risultano integralmente eterodeterminati ma sono il frutto, almeno in parte, di un assetto negoziale originariamente delineato dalle parti in sede di mediazione⁴¹.

3. Una ricostruzione alternativa: brevi conclusioni circa il fondamento normativo della rinegoziazione

Le ricostruzioni finora osservate, pur se afferenti ad illustre dottrina, presentano, come visto, taluni elementi di attrito. Chi scrive sostiene, piuttosto, che il fondamento normativo del giudice di rimettere a rinegoziazione le parti possa rinvenirsi in un'altra fonte normativa, ossia nel combinato disposto degli art. 1175 c.c., 1375 c.c., nonché nell'art. 1349 c.c.

Come regola generale, le parti possono vincolarsi ad addivenire ad una revisione contrattuale concordando che, al verificarsi di un evento sopravvenuto specifico, si proceda preliminarmente a una rinegoziazione, intesa come valutazione congiunta e tentativo di pervenire a un accordo modificativo. Qualora tale accordo non si concretizzi e l'adeguamento contrattuale non risulti raggiungibile tramite consenso, la revisione può essere delegata, in via sussidiaria, a un terzo.

Le clausole che prevedono l'intervento di un terzo assolvono una duplice funzione: da un lato, operano come rimedi successivi, permettendo di superare lo stallo negoziale mediante una determinazione imparziale; dall'altro lato, svolgono una funzione preventiva, disincentivando comportamenti opportunistici o abusivi della parte non pregiudicata dall'evento sopravvenuto.

La questione più problematica attiene alla possibilità di rinvenire una fonte giuridica che consenta l'applicazione di tale meccanismo quando le parti non abbiano inserito nel contratto alcuna clausola di tal tipo.

In caso di nullità di una clausola contrattuale, dunque, si determinerebbe una lacuna idonea a ledere gli interessi del consumatore alla prosecuzione del rapporto giuridico secondo determinate condizioni. Tuttavia, tale apparente problematica può essere risolta in forza dell'applicazione dei principi generali in materia di adempimento contrattuale.

Com'è noto, l'adempimento costituisce l'esatta esecuzione della prestazione dovuta. A tal proposito, va però specificato che il contratto non obbliga solo a quanto le parti abbiano espressamente stabilito, ma all'adempimento di una serie di obbligazioni, anche strumentali, che discendono dai principi generali dell'ordinamento. In specie, il debitore ed il creditore sono tenuti a comportarsi in ossequio al principio generale di buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.).

⁴⁰ D'ALBERTI, op. cit., pag. 929

⁴¹ ibidem

Nell'ambito del contenuto contrattuale, il principio in analisi si traduce negli obblighi di lealtà e salvaguardia⁴². Quanto all'ultima delle due ipotesi, nel rapporto obbligatorio ciascun soggetto ha l'obbligo di salvaguardare l'utilità dell'altro nei limiti in cui questo non determini un sacrificio sproporzionato.

Pertanto, se, come visto, quello del consumatore costituisce un contratto asimmetrico, e se le norme adottate dal Codice del consumo individuano in parte norme imperative, in parte dispositive, ma comunque poste a tutela del contraente debole, tanto da essere rinominate semi-dispositive, o semi-imperative, ne discende che l'obbligo di salvaguardia imposto alla parte forte del rapporto negoziale assume connotati ancor più stringenti nell'ottica della tutela del consumatore e, per estensione, del mercato di riferimento.

Quanto premesso consente, pertanto, di affermare che il giudice può invitare le parti a rinegoziare il contenuto contrattuale, a seguito di lacuna sopravvenuta, in ossequio al combinato disposto degli art. 1175 cc., 1375 c.c. e art. 2 Costituzione.

Ulteriore questione che si pone attiene al potere del giudice di intervenire a modificare il contenuto contrattuale, nell'ipotesi in cui la parte titolare di attività di impresa si renda inadempiente rispetto alla rimessione a rinegoziazione.

Secondo una certa ricostruzione, che chi scrive ritiene sostenibile, tale potere troverebbe fondamento nell'art. 1349 c.c. La norma in esame afferma che *“Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice. La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo”*.

In dottrina, la natura di tale intervento del terzo è controversa. Alcuni autori ritengono che esso possa qualificarsi come una forma di arbitraggio non vincolante, pur svolgendo una funzione parzialmente distinta dalla risoluzione delle controversie giuridiche⁴³. L'arbitrato tradizionale sorge quando le parti, mediante apposita clausola compromissoria, affidano a uno o più arbitri la risoluzione di controversie relative al contratto, con obbligo di attenersi alla decisione arbitrale. In tal senso, l'arbitro non si limita a dirimere un conflitto di interessi, ma risolve una vera e propria controversia giuridica⁴⁴.

La distinzione risiede nel fatto che una controversia giuridica presuppone la sussistenza di pretese giuridiche contrapposte, mentre un conflitto di interessi può derivare semplicemente dall'incapacità delle parti, nella fase precontrattuale, di conciliare aspettative e proposte, pur godendo di piena autonomia nella determinazione delle prestazioni. In tale fase, le parti sono libere di negoziare, senza alcun obbligo di giungere a un accordo definitivo. Un conflitto di interessi, dunque, può essere risolto solo con il consenso reciproco.

Tuttavia, se la negoziazione avviene nell'ambito di un contratto già concluso, e in esecuzione di un obbligo di rinegoziazione, la situazione assume natura giuridicamente controversa. In tale ipotesi, l'impossibilità di pervenire a un nuovo accordo modificativo può generalmente essere ricondotta al comportamento di una delle parti e, di conseguenza, configurarsi come inadempimento contrattuale. In particolare, qualora una parte ostacoli il ripristino dell'equilibrio contrattuale agendo in violazione dei principi di buona fede, tale condotta sarà fonte di responsabilità. La vicenda potrà, quindi, dar luogo a una controversia giuridica, eventualmente devolvibile a un arbitro⁴⁵.

⁴² C.M. BIANCA, *Diritto civile: L'obbligazione*, 3° ed., Milano, 2019, p. 86 ss.

⁴³ Arbitrato irrituale

⁴⁴ A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship, Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi, Diritto e prassi degli scambi internazionali*, 1992, p.360; M. J. BONELL, *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?* in *Riv.dir:comm*, 1978, I, p.324

⁴⁵ Il compito principale dell'arbitratore sarebbe, allora, quello di individuare la parte inadempiente, *“di individuare il soggetto inadempiente, indagare rilevante anche ai fini del risarcimento dei danni, per poi procedere alla revisione delle*

Al contrario, coloro che qualificano il terzo come mero “*arbitratore*” sostengono che egli non sia chiamato a risolvere una controversia giuridica, bensì un conflitto di interessi relativo alla definizione del contenuto di un accordo modificativo in un contratto alterato da eventi sopravvenuti. In tal senso, non può negarsi la pertinenza dell’articolo 1349 del Codice civile italiano. Sebbene tale disposizione sia formalmente riferita alla fase di formazione del contratto, essa appare idonea a essere applicata anche nel contesto della rinegoziazione, in cui l’arbitratore, sulla base della volontà delle parti, può determinare gli aspetti del contratto che esse non sono riuscite a concordare⁴⁶.

In questo contesto, la rinegoziazione rappresenta il mezzo principale e preferibile per determinare il contenuto del contratto modificato, ma non l’unico. Laddove le parti non riescano a concordare i termini della revisione, l’intervento sussidiario del terzo garantisce che il contenuto contrattuale possa comunque essere determinato.

Si configura, pertanto, un’ipotesi riconducibile all’articolo 1349 c.c., in cui l’intervento del terzo, attivato nella fase di definizione del nuovo accordo, consiste nella determinazione degli elementi del contratto modificato, ai quali le parti sono vincolate in virtù di un’obbligazione preesistente.

Il terzo, in tale ruolo, non è necessariamente chiamato a riscrivere l’intero contratto in luogo delle parti. La sua funzione è invece delimitata da quanto già stabilito dalle parti, espressamente o implicitamente, nella clausola di rinegoziazione, nonché dalla natura delle prestazioni principali⁴⁷. Inoltre, le parti possono orientare la discrezionalità del terzo, indicando i criteri da seguire. In assenza di tali indicazioni, si applicano i criteri previsti dal Codice civile, che autorizzano il ricorso a una valutazione equitativa.

Infine, ove le parti lo abbiano espressamente convenuto, è possibile affidarsi al mero arbitrio del terzo. Tuttavia, anche in tale ipotesi, il terzo è tenuto ad agire secondo buona fede e sulla base di elementi oggettivi, idonei a garantire l’equità e l’equilibrio complessivo dell’assetto contrattuale.

Una volta effettuata la determinazione, essa vincola le parti, le quali potranno impugnarla innanzi all’autorità giudiziaria, o, qualora previsto, dinanzi a un arbitro, al fine di contestarne eventuali vizi. In tal caso, però, si configurerà una vera e propria controversia giuridica, che richiederà l’intervento di un giudice o arbitro⁴⁸.

Quanto premesso in ordine alla rinnovata lettura dell’art. 1349 c.c. è applicabile anche al caso di cui si sta trattando.

In particolare, il fallimento della rinegoziazione per inadempimento della parte forte è equiparabile alla *mancata determinazione del terzo o la sua manifesta iniquità o erroneità*, in quanto realizza un abuso negoziale ai danni del contraente debole. Di conseguenza, l’inadempimento dell’obbligo di rinegoziazione, discendente dalla lettura estensiva della buona fede contrattuale, consente di affermare non solo la sussistenza di una valida fonte normativa finalizzata a rimettere le parti a rinegoziazione, ma anche un indice normativo che valorizza il ruolo del giudice, consentendo che la determinazione sia fatta dal giudice, in modo da assicurare il ristabilirsi dell’equilibrio negoziale e l’eliminazione dell’abuso.

condizioni negoziali”. V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p.29

⁴⁶ A. GORNI, op.cit., p.64

⁴⁷ V. CESARO, op.cit., p. 237: “Anche in questo caso, come del resto per l’integrazione del contratto alla stregua del criterio della buona fede in executivis, il programma contrattuale rappresenta il valore ed al tempo stesso il limite nella relazione la quale deve necessariamente essere svolto il giudizio del terzo. Dal regolamento contrattuale in cui è contenuta la clausola di rinegoziazione, il terzo riceve non solo il potere di determinare il nuovo assetto negoziale, ma soprattutto i criteri di riferimento sulla base dei quali è tenuto a procedere nella determinazione delle nuove condizioni negoziali”.

⁴⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA e P. ZATTI), 2° ed., 2011, p. 354. L’autore sostiene che il riferimento limitato alla mala fede non annulla la rilevanza giuridica dell’equilibrio oggettivo del contratto.

