



Università degli studi di Genova

Dottorato di ricerca in diritto privato
Curriculum diritto civile, commerciale e internazionale
Ciclo XXXII

La “determinabilità” convenzionale dell’oggetto del contratto

Relatore: Prof. Alberto Maria Benedetti

Dottorando: Matteo Pellini

INDICE

Introduzione	5
 Capitolo 1: I fondamenti: un’analisi storico-comparativa della nozione di oggetto e della sua determinazione	
 1 – Una nozione “filosofica” di oggetto del contratto	11
1.1 – L’ambiguità del dettato codicistico e le diverse ricostruzioni teoriche	13
1.2 – La teoria della <i>res</i> materiale	17
1.3 – La teoria della prestazione	20
1.4 – La teoria del “termine” esterno	22
1.5 – La teoria del contenuto	25
1.6 – La teoria che nega l’utilità di una categoria unitaria di oggetto contrattuale	28
2 – Profili comparatistici dell’oggetto del contratto nella tradizione	

civilistica europea	30
2.1 – Il <i>code civil</i> e l' <i>objet du contrat</i>	31
2.2 – Il BGB e il <i>Gegenstand des Vertrages</i>	34
2.3 – L'esperienza ibrida del codice civile italiano	36
2.4 – L'oggetto del contratto nei principi di Unidroit	40
3 – I requisiti dell'oggetto del contratto: determinatezza e determinabilità	44
3.1 – La determinatezza	46
3.2 – La determinabilità	49

Capitolo 2: La determinazione successiva dell'oggetto. Strumenti e limiti

1 – La determinabilità bilaterale (rinvio)	53
2 – L'arbitraggio e l'autonomia privata: il problema dei limiti	54
2.1 – La clausola di arbitraggio tra completezza e perfezionamento del contratto	60
2.2 – L'arbitraggio: origini storiche	68
(segue) e prospettiva comparatistica	75

2.3 – La disciplina delle ipotesi speciali di arbitraggio	82
2.3.1 – La determinazione del terzo nei negozi <i>mortis causa</i>	83
2.3.2 – La determinazione del terzo nei contratti tipici	89
2.4 – Gli istituti affini: l’arbitrato e la perizia contrattuale	92
3 – La determinabilità unilaterale (rinvio)	98

Capitolo 3: Ragioni ed esigenze dell’incompletezza contrattuale

1 – La nozione di contratto incompleto	100
2 – La funzione e le esigenze di incompletezza del contratto	104
2.1 – Autonomia privata e operazioni complesse	108
2.2 – La disciplina delle sopravvenienze	111
3 – Le tecniche di completamento del contratto (rinvio)	115
3.1 – La determinazione giudiziale dell’oggetto. Una recentissima apertura da parte della Cassazione	117
4 – Il problema del perfezionamento del contratto incompleto	121
4.1 – Il contratto incompleto come fattispecie a formazione progressiva	
5 – Validità ed efficacia del contratto incompleto	127

Capitolo 4: Determinabilità dell'oggetto e autonomia privata

1 – La determinabilità bilaterale dell'oggetto e gli accordi di determinazione successiva nella gestione delle sopravvenienze	132
1.1 – Le clausole di <i>hardship</i> e le clausole di rinegoziazione	135
2 – Le clausole di adeguamento del contratto o <i>adaptation clauses</i>	140
3 – Un limite alla determinazione successiva: le clausole di completezza o <i>merger clauses</i> (cenni)	142
4 – La determinabilità unilaterale e le clausole attributive dello <i>ius variandi</i>	146
4.1 – L'utilità e la <i>ratio</i> della determinabilità unilaterale	152
4.2 – Il problema dell'ammissibilità dell'arbitraggio di parte	156
4.3 – La determinazione unilaterale: una prospettiva comparatistica	168
4.4 – Esercizio abusivo della determinazione unilaterale e profili rimediali	173
4.5 – <i>Ius variandi</i> e diritto di recesso	178
Conclusioni	184
Bibliografia	190

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare la dibattuta questione relativa alla determinazione dell'oggetto del contratto e, in particolare, di indagare sullo spazio riservato all'autonomia delle parti contraenti sul punto, cercando di trovare la risposta ad un importante quesito: entro che limiti l'autonomia privata delle parti può incidere sulla «determinabilità» dell'oggetto contrattuale?

L'oggetto e, in particolare, la sua determinatezza e determinabilità, costituiscono da sempre una questione controversa e ampiamente discussa. Nella teoria generale del contratto, infatti, il problema ha visto susseguirsi molteplici ricostruzioni della dottrina e, in mancanza di una definizione legislativa univoca e a causa della scarsa chiarezza del dettato codicistico, si sono sviluppate diverse teorie sulla nozione di “oggetto del contratto”.

Come si avrà modo di approfondire nel proseguio del lavoro, alcuni autori hanno inteso identificare l'oggetto con la *res*, ossia il bene specifico che le parti intendono trasferire con il negozio stipulato; altri hanno piuttosto preferito una coincidenza con il concetto di “prestazione”; un'altra parte della dottrina, infine, svincolandosi dalla già proposta alternativa bene/prestazione, è stata indotta a identificarlo con il trasferimento dei diritti o con il vincolo obbligatorio, intesi come il risultato perseguito dalle parti con il programma contrattuale. A fronte dell'ambiguità del dato normativo e delle diverse interpretazioni

sviluppatasi in dottrina, alcuni autori poi sono pervenuti a soluzioni radicali, come l'inutilizzabilità della nozione di “oggetto del contratto”; tuttavia, una tale posizione non sembra conciliarsi con l'utilizzo sempre più diffuso della categoria dell'oggetto del contratto nel ragionamento giuridico, che va ben oltre la mera formula codicistica e investe l'intera *forma mentis* del giurista.

Il capitolo introduttivo della tesi si pone l'obiettivo di ricostruire i fondamenti della ricerca, analizzando, quindi, le origini storiche e i profili comparatistici della nozione di oggetto contrattuale e della sua determinazione. In questa prima parte, dopo aver illustrato, in via generale seppur in modo approfondito, le molteplici interpretazioni prospettate dalla dottrina sul punto nel corso del tempo, sono state analizzate le esperienze del *code civil* francese e del BGB tedesco, che rappresentano un imprescindibile termine di paragone per ottenere un punto di vista della questione di più ampio respiro.

Nel secondo capitolo, dopo una breve disamina delle diverse forme di determinazione successiva dell'oggetto – per alcune delle quali ho fatto rinvio all'ultimo capitolo della tesi – mi sono soffermato sulla determinabilità *per relationem*, concentrandomi in particolare sulla clausola di arbitraggio e sulle origini storiche dell'istituto, analizzandone i profili comparatistici e i riferimenti nei principi di Unidroit. In particolare, ogni ipotesi di individuazione da parte del terzo reca con sé il problema dei limiti ai poteri riconosciuti a tale soggetto: è necessario, dunque, individuare il «punto di rottura» oltre il quale si giunge al paradosso di un'autonomia privata delle parti dai confini

talmente dilatati ed estesi da annullare sé stessa, operazione che, nel caso specifico, si traduce nel compito di stabilire se l'accordo delle parti possa demandare al terzo la determinazione di ogni elemento di incompletezza del contratto, superando di conseguenza la previsione dell'art. 1349 c.c., che riconosce espressamente tale facoltà solo in relazione all'oggetto della prestazione. In questa parte, analizzando le diverse forme di determinabilità, ho ritenuto di accennare soltanto brevemente alla determinabilità bilaterale e a quella unilaterale, che per le particolarità che le caratterizzano ho preferito trattare in via autonoma nell'ultimo capitolo.

Ho riservato il terzo capitolo alla disciplina e alle problematiche del contratto incompleto. Si tratta, invero, di un tema di grande complessità ed estremamente vasto, che ho deciso di affrontare – seppur senza pretese di esaustività – perché ritenuto un presupposto imprescindibile della mia ricerca. Un contratto può ritenersi perfezionato anche se incompleto? Che conseguenze vi sono in punto di efficacia e di validità? Le ragioni che possono indurre le parti a prediligere l'incompletezza del negozio concluso possono essere fra le più varie e vanno dalla complessità dell'operazione alla necessità di gestire eventuali sopravvenienze. Le parti, inoltre, possono preferire l'incompletezza alla completezza con l'intento di risparmiare sui costi di transazione, di contrastare il rischio di comportamenti opportunistici di uno dei contraenti o ciò può essere l'unica opzione in caso di informazioni incomplete al momento della conclusione del contratto.

Il quarto ed ultimo capitolo della tesi, infine, si concentra sui

rapporti fra l'autonomia delle parti contraenti e la determinabilità dell'oggetto del contratto, andando ad indagare sull'effettiva esistenza di una «autonomia privata determinativa» e sui relativi limiti. In questa ultima parte mi sono in particolare soffermato sulle forme di determinabilità non ancora analizzate, ossia la determinazione bilaterale e unilaterale.

La determinazione bilaterale ricorre nel caso in cui le parti abbiano rimesso l'individuazione dell'oggetto del contratto ad un loro successivo accordo e rappresenta una delle diverse esplicazioni dell'autonomia privata determinativa dei contraenti. E' opportuno anticipare il fatto che la giurisprudenza, a riguardo, si è frequentemente pronunciata nel senso di riconoscere la validità ed efficacia del contratto concluso, anche qualora le parti abbiano rinviato ad un accordo successivo la determinazione del prezzo, purché siano stati dalle stesse prefissati i parametri che consentano un intervento sostitutivo del giudice, se necessario. La determinazione consensuale successiva può essere prevista dalle parti mediante l'inserimento di clausole che variano a seconda delle esigenze e dalle caratteristiche del contratto concluso: il riferimento è alle clausole di *hardship* e a quelle di rinegoziazione, che si rivelano di grande utilità per la gestione delle sopravvenienze. Alla stessa *ratio* rispondono le clausole di adeguamento, o *adaptation clauses*, che permettono di conferire flessibilità al contratto senza però sacrificarne al tempo stesso la completezza.

Nella determinazione unilaterale, invece, l'individuazione

dell'oggetto è rimessa alla scelta di una delle parti contraenti.

Quello dello *ius variandi* è un tema controverso che ha impegnato a lungo sia la dottrina che la giurisprudenza, e che non sembra essere ancora del tutto sopito: è ammissibile l'arbitraggio in cui l'attività determinativa è compiuta da uno dei contraenti?

Vagliando l'ammissibilità della determinazione unilaterale secondo la dottrina e la giurisprudenza italiane si è evidenziato come sul punto vi siano orientamenti contrapposti. In particolare, la giurisprudenza si è ripetutamente pronunciata in senso favorevole al riconoscimento della sussistenza del requisito della determinabilità dell'oggetto contrattuale, affermando che lo stesso è determinabile quando nel contratto siano contenuti elementi prestabiliti dalle parti, che possono consistere anche nel riferimento a dati di fatto esistenti e sicuramente accertabili. Tuttavia, in altri casi è stata, al contrario, dichiarata nulla per indeterminabilità dell'oggetto la clausola di un contratto di agenzia che concedeva al preponente la possibilità di modificare unilateralmente (solo con l'onere di preavviso verso la controparte) le tariffe relative alle provvigioni, salva la facoltà di recesso dell'agente.

Come emerge da queste prime pagine il tema dell'oggetto del contratto e, nello specifico, della sua determinatezza e determinabilità, costituisce da sempre una questione controversa e ampiamente dibattuta. Molte sono state le pronunce della giurisprudenza sul punto e ricco è stato il contributo da parte della dottrina, tuttavia non si è ancora arrivati

a stabilire quale sia con esattezza lo spazio riservato all'autonomia privata delle parti nella delicata fase della determinazione dell'oggetto del contratto.

Si aprono, dunque, gli spazi per un'indagine sull'effettiva esistenza – e sui relativi limiti – di un'autonomia privata procedimentale nella determinazione dell'oggetto del contratto.

CAPITOLO 1

I FONDAMENTI: UN'ANALISI STORICO – COMPARATIVA DELLA NOZIONE DI OGGETTO E DELLA SUA DETERMINAZIONE

SOMMARIO: 1. Una nozione “filosofica” di oggetto del contratto. – 1.1. L’ambiguità del dettato codicistico e le diverse ricostruzioni teoriche. – 1.2. La teoria della *res* materiale. – 1.3. La teoria della prestazione. – 1.4. La teoria del “termine” esterno. – 1.5. La teoria del contenuto. – 1.6. La teoria che nega l’utilità di una categoria unitaria di oggetto contrattuale. – 2. Profili comparatistici dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica europea. – 2.1. Il *code civil* e l’*objet du contrat*. – 2.2. Il BGB e il *Gegenstand des Vertrages*. – 2.3 L’esperienza ibrida del codice civile italiano. – 2.4. L’oggetto del contratto nei principi di Unidroit – 3. I requisiti dell’oggetto del contratto: determinatezza e determinabilità. – 3.1. La determinatezza. – 3.2. La determinabilità.

1. – Una nozione “filosofica” di oggetto del contratto.

Prima di affrontare la questione relativa alla determinazione dell’oggetto contrattuale e, in particolare, di indagare sullo spazio riservato all’autonomia delle parti sul punto, occorre muovere dall’analisi delle premesse logiche, dovendosi chiarire che cosa si intenda con il termine «oggetto del contratto».

La nozione di oggetto, con il passare del tempo, è diventata sfumata a tal punto da acquisire ormai una connotazione quasi filosofica, richiedendo pertanto un’analisi interdisciplinare per

affrontare la questione correttamente¹. L'oggetto del contratto, infatti, indica il dato del mondo esterno che cade sotto l'azione pratica del negozio, in quanto è solo attraverso di esso che il volere delle parti entra in contatto con la realtà esterna².

Si tratta a tutti gli effetti di un "prodotto storico" che rinviene le proprie origini nel diritto romano, ed è proprio con l'uso pratico del modello romanistico al di fuori del contesto ordinamentale originale, insieme alla rilettura di tale modello con gli occhi del mondo moderno, che si è arrivati alla nozione attuale, così fumosa e da taluni criticata³. Pur costituendo un elemento mediante il quale è stata scritta una parte

¹ L'apparizione della parola oggetto nella tradizione lessicale filosofica è piuttosto tarda. Nella storia del pensiero filosofico tale termine e la sua contrapposizione con il soggetto compaiono assai tardivamente. I presocratici si occupavano maggiormente delle questioni relative alla verità e alla realtà piuttosto che a quelle dell'oggetto vero e proprio. Anche per quanto concerne lo stesso Platone, pur considerando la sua ripresa della domanda socratica sul "che cosa" in opposizione al soggettivismo sofistico, rimane difficile pensare a un mondo delle idee immaginato dal filosofo come "oggettivo" e contrapposto al "soggettivo" mondo sensibile, in quanto la contrapposizione è di natura ontologica, cioè riguarda il grado di consistenza essenziale, senza curarsi del problema dell'oggettivazione rispetto a un eventuale soggetto conoscente. Il problema dell'oggetto prende le mosse dall'indagine relativa al problema della conoscenza sensibile. Il *De anima* di Aristotele affronta nei suoi primi sviluppi detta questione. Mediante i sensi è possibile avvertire l'oggetto soltanto alla presenza del medesimo; l'intelletto, al contrario, è in grado di rappresentarsi i suoi oggetti anche essendo privo della loro presenza effettiva. Dato che l'intelletto li possiede in sé, potenzialmente e attualmente, viene alla luce il problema della costituzione dell'oggetto come tale e conseguentemente della sua rappresentazione intellettuale.

² N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, Utet, p. 799 e s., secondo cui la nozione di oggetto non può che restare indissolubilmente connessa a quella di negozio giuridico, con la conseguenza che una moderna indagine sullo stesso deve interrogarsi sulla sopravvivenza dell'oggetto contrattuale al di fuori della teoria volontaristica del negozio.

³ Cfr. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA. VV. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2008, p. 233, in cui l'autore sottolinea come l'impiego della categoria dell'oggetto contrattuale che prescinda dalla sua storia non è possibile, in quanto una corretta determinazione della struttura non può prescindere dalle componenti che hanno contribuito a crearla, e che sono ancora al suo interno vitali.

importante della storia continentale del diritto dei contratti, la dottrina civilistica sembra aver rinunciato ad una teoria generale dell'oggetto: alcuni autori⁴ sono pervenuti addirittura a soluzioni radicali, quali negare l'utilità pratica di una precipua definizione⁵.

1.1. – L'ambiguità del dettato codicistico e le diverse ricostruzioni teoriche.

Nel nostro codice civile l'oggetto è un termine che ricorre in svariate disposizioni⁶ ma al contempo assume un'ampia varietà di

⁴ Sul punto G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss. secondo cui «la questione dell'invalidità del contratto per indeterminatezza della cosa o della prestazione può essere altrettanto bene e forse meglio spiegata dall'angolo visuale più ampio dell'incertezza assoluta del contenuto del contratto, o ancora, dall'angolo visuale dell'inesistenza di una volontà seria di obbligarsi». Si rinvia, per un'analisi specifica di tale impostazione, al paragrafo 1.6 del presente capitolo.

⁵ In senso critico, sul punto, v. G. GITTI, *L'oggetto*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, Giuffrè, 2006, p. 204, ove viene contrastata l'impostazione che nega utilità pratica alla nozione di oggetto contrattuale, che in tal modo dimentica la storia dell'istituto, condizionata dalla vicenda dei *substantialia contractus*, da sempre ricondotti al consenso e all'oggetto, posti all'esterno dei *pacta* interni alla struttura della compravendita per la prima volta dalla Glossa accursiana e poi successivamente estesi dagli umanisti, fra cui Doneau, ai contratti diversi dalla compravendita.

⁶ Gli artt. 1325 e 1346 trattano dell'oggetto del contratto; l'art. 1431, invece, di contenuto. Nell'art. 1429 si distingue tra l'errore sull'oggetto del contratto, al primo comma, e l'errore sull'identità o su una qualità essenziale dell'oggetto della prestazione, al secondo comma. Nell'art. 1347 viene disciplinata la possibilità dell'oggetto con riferimento alla prestazione, nell'art. 1348 sembra emergere piuttosto l'identificazione tra prestazione (di cose future) e oggetto del contratto. Nell'art. 1316 si fa menzione dell'oggetto della prestazione; nell'art. 1174 la prestazione viene considerata come oggetto dell'obbligazione; nell'art. 1349, rubricato «determinazione dell'oggetto», ci si riferisce infine alla determinazione della prestazione dedotta nel contratto. Nell'ambito del diritto speciale dei contratti, poi, volendo

significati, a causa della mancanza di un linguaggio legislativo uniforme nonché per le troppo numerose ambiguità terminologiche ed ermeneutiche. L'incertezza e la contraddittorietà manifestate dal legislatore, che in alcune norme definisce l'oggetto del contratto esplicitamente ed in altre opera delle vaghe allusioni, nonché l'ambiguità delle formulazioni impiegate, hanno finito per favorire la sovrapposizione di problemi fra loro diversi, che in quanto tali andrebbero piuttosto tenuti distinti⁷.

La dottrina ha spesso aspramente criticato la scelta del legislatore

fare un esempio significativo, senza pretese di completezza, si segnala l'art. 33, quarto comma, cod. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) nel quale l'oggetto del contratto sembrerebbe individuarsi nella prestazione, mentre nell'art. 34, primo comma, cod. cons. si stabilisce che la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene e del servizio che forma l'oggetto del contratto.

⁷ Sul punto G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, Cedam, 2004, p. 145 ss., che porta ad esempio l'art. 1364 c.c., che fa riferimento, con tutto il carico di ambiguità evocato dal termine, agli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare e, soprattutto, l'art. 1369 c.c. che, in tema di interpretazione di espressioni negoziali caratterizzate da una molteplicità di significati, fa riferimento, oltre che alla natura del negozio, anche al suo oggetto, intendendo, a parere dell'autore, però alludere più che altro al contenuto. Ancora esemplificativo il caso dell'art. 1429 c.c., che mentre al n.1 fa riferimento all'oggetto, con riguardo al contratto, al n. 2 si riferisce all'oggetto relativamente alla prestazione, consentendo così di porsi l'interrogativo se al tema dell'oggetto del contratto debba affiancarsi quello dell'oggetto della prestazione e comportando, di tal guisa, una confusione dell'oggetto contrattuale con il contenuto dello stesso. Sul valore delle definizioni, inoltre, v. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice civile*, Milano, Giuffrè, 1977, nonché M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 87 e ss., che pone in evidenza quelli che sono i limiti delle definizioni legislative. Un primo limite deriverebbe dal fatto che non tutti i termini che ricorrono in una norma possono trovare, all'interno della stessa, una propria definizione: una volta che il legislatore abbia dato una definizione si renderebbe necessario, infatti, definire tutti gli altri termini ignoti (definizioni di secondo grado) che sono contenuti nella prima, dando così vita ad un fatale vizio di circolarità. Un secondo limite, poi, sarebbe di carattere semantico, in quanto lo stesso *definiens* è possibile oggetto di interpretazione, cosicché, prima di applicare una definizione si renderebbe necessario attribuirle un significato, vedendosi così nuovamente protagonista proprio la discrezionalità interpretativa che il legislatore aveva intenzione di circoscrivere mediante l'attività definitoria.

del 1942 di non definire chiaramente l'oggetto del contratto, a differenza di quanto stabilito dal codice civile del 1865, che faceva coincidere il concetto di oggetto con quello di cosa (purché fosse in commercio). L'impostazione del nuovo codice non ha tuttavia impedito il perpetuarsi di quegli equivoci che erano già stati ravvisati dagli interpreti nel codice previgente, quando avevano cercato di illuminare le differenze intercorrenti fra termini simili (oggetto del contratto, oggetto dell'obbligazione e oggetto della prestazione) spesso utilizzati indistintamente⁸.

L'origine dei menzionati equivoci è tradizionalmente individuata nell'impostazione di Pothier,⁹ che sarebbe stata recepita attraverso l'influenza esercitata dal *code Napoléon* sul nostro codice del 1875¹⁰, che ha di tal guisa ereditato i medesimi problemi dogmatici ed

⁸ Sul punto v. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Firenze, Fratelli Cammelli, 1877, p. 305, il quale evidenzia la completa confusione esistente sull'argomento.

⁹ La nozione di oggetto del contratto viene originariamente introdotta da R.J. Pothier, (*Traites des obligatons*, 1761), il quale ha definito l'oggetto come cosa, di cui si attua la contrattazione, o come ciò che deve essere eseguito o meno. Pothier ha, pertanto, distinto fra oggetto della prestazione e oggetto del contratto, sia pure in termini non del tutto chiari. Proprio la scarsa chiarezza della delimitazione dell'oggetto, secondo le indicazioni di Pothier, si è trasmessa nel Codice Napoleonico, nel codice civile del 1865 e nell'attuale codificazione del 1942. In altri termini, è sostenibile che si sia creato una sorta di percorso ereditario, in ragione del quale vi sia stata una trasmissione delle incertezze interpretative e dell'ambiguità della nozione (o delle nozioni) in esame. A ciò può aggiungersi la difficoltà del linguaggio legislativo, che, talvolta, si esprime in modo sincopato, anche in rapporto all'assenza di una definizione esaustiva di "oggetto del contratto".

¹⁰ Gli artt. 116, 117 e 118 del codice del 1865, infatti, riprendono quasi pedissequamente i corrispondenti articoli del *code Napoléon*, fatta eccezione per quelle norme nelle quali erano precisate caratteristiche strutturali dell'oggetto del contratto, che autorevole parte della dottrina indicava quali punti fermi nella ricostruzione dell'istituto; v. sul punto G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Torino, Giappichelli, 1939, p. 73 ss.

interpretativi¹¹. L'indagine sull'oggetto del contratto richiede, infatti, di delineare i confini della nozione da altri concetti assimilabili, a volte assai vicini da risultare frequentemente sovrapponibili, come nel caso dei rapporti fra contenuto e oggetto, o per la distinzione fra oggetto e causa, che finisce per incidere, tra l'altro, sulla definizione dei profili funzionali dell'atto di autonomia privata.

L'analisi dell'oggetto contrattuale, volta ricostruire una definizione generale e astratta, idonea a ricomprendere potenzialmente gli oggetti di tutti i possibili contratti, troverebbe nella vaghezza del concetto e nella discontinuità dell'esperienza giuridica ostacoli difficili da superare, anche in considerazione delle varietà strutturali che connotano le singole fattispecie contrattuali¹². Un importante limite potrebbe essere ravvisato, quindi, nel complesso rapporto fra il diritto comune e quello delle singole fattispecie contrattuali, traducendosi nella difficoltà di confrontare i diversi tipi e individuare i criteri di prevalenza e di subordinazione fra gli stessi.

Secondo alcuni autori, la nebulosità della questione potrebbe essere la ragione per cui la dottrina ha riservato scarsa attenzione al

¹¹ Cfr. G. ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in ALPA-BESSONE-ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1982, p. 105, che rileva come la distinzione operata dai giuristi francesi risulti essere assai nebulosa.

¹² E. GABRIELLI, *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 29 e s., che, per affrontare tali criticità, propone una soluzione basata su un duplice profilo, storico e dinamico. Mentre da un lato, infatti, il problema può trovare una parziale soluzione nella storia dell'oggetto contrattuale e dei differenti modi in cui, nel tempo, tale nozione sia stata di volta in volta rappresentata, dall'altro lato può essere utile una soluzione di carattere tecnico, sulla base della disciplina dettata dal codice, nonché sulla base dei riferimenti normativi offerti dal sistema.

tema dell'oggetto contrattuale, che per lungo tempo è stato affrontato in modo discontinuo e frammentario, spesso in occasione dello studio di questioni attinenti alla disciplina formativa dell'oggetto del contratto¹³.

Alcuni autori, peraltro, proprio in considerazione delle difficoltà definitorie e delle criticità già evidenziate, sono addirittura arrivati a dubitare dell'utilità concettuale di definire una nozione unitaria dell'istituto, nonché dell'opportunità di una teoria generale dell'oggetto del contratto¹⁴.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare opportuno ripercorrere gli itinerari concettuali e dogmatici delle diverse impostazioni relative alla nozione di oggetto contrattuale.

1.2. – La teoria della *res materiale*.

Una parte della dottrina ha identificato l'oggetto con la cosa materiale o il bene dedotto nel contratto¹⁵.

¹³ Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, Utet, 1980, p. 173, che osserva come l'elaborazione dottrinale abbia lasciato piuttosto in ombra il concetto di oggetto contrattuale o di negozio giuridico in generale, ma possono essere riscontrate sul punto divergenze di opinioni dottrinali gravi al pari di quelle inerenti al concetto di causa.

¹⁴ Si rinvia, sul punto, ai successivi paragrafi del presente capitolo.

¹⁵ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffré, 1968, p. 135; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1948, p. 625; F. CARNELUTTI

Tra i sostenitori di questa impostazione, tuttavia, alcuni studiosi hanno preferito accogliere una nozione di «bene» intesa in senso lato, quale punto di riferimento oggettivo degli specifici interessi di cui, attraverso il contratto, le parti intendono disporre. Tale configurazione comporta un effettivo distacco dal concetto tradizionale e limitato di *res* come parte separata della realtà materiale, per far piuttosto riferimento al bene inteso come concetto di valore, comprensivo di tutte quelle utilità, anche non corporali, che possono costituire il complesso di interessi regolati dal contratto¹⁶.

Quest'impostazione, sebbene abbia trovato numerosi riscontri in dottrina, non è andata esente da critiche.

In primo luogo, si è evidenziato come in molti casi nel contratto non sia ravvisabile alcun bene ma soltanto diritti e rapporti giuridici,

Teoria generale del diritto, Roma, Esi, 1951, p. 146; E. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1964, p. 1367, nota 2; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 1955, p. 63; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1961, p. 14 ss., il quale tuttavia limita l'essenzialità dell'oggetto alla sola categoria dei negozi giuridici patrimoniali; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffré, 1988, p. 103 ss., che però mostra un certo scetticismo sulla possibilità e sulla convenienza di costruire una nozione unitaria di oggetto del contratto; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1960, p. 479, nota 1; ss.; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1987, p. 331; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 11 S.

¹⁶ Sul punto G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 154 ss., che afferma come individuare l'oggetto come l'insieme dei risultati programmati dalle parti, e cioè inserire nella questione relativa all'oggetto la nozione di risultato, comporta il sovrapporsi di due problemi diversi. Infatti l'oggetto contrattuale rappresenta soltanto uno dei requisiti strutturali del negozio giuridico, la cui presenza non è sufficiente ad assicurare il completo soddisfacimento dell'interesse delle parti dedotto nel contratto; la nozione di risultato, invece, si pone in una prospettiva «effettuale e d'insieme» dell'atto di autonomia privata, il cui realizzarsi si fonda sempre sull'esistenza e sull'operare, in concreto e in astratto, di elementi e situazioni non riconducibili e riassumibili esclusivamente nell'oggetto.

cosicché il negozio andrebbe incontro ad un vizio di nullità per la mancanza di uno dei suoi elementi essenziali.

In secondo luogo, è stato osservato che è lo stesso dettato codicistico ad indicare come oggetto contrattuale non il bene, ma il trasferimento di diritti, con la conseguenza che sarebbe necessario distinguere l'oggetto immediato (ossia il trasferimento del diritto) dall'oggetto mediato (ossia il bene oggetto del trasferimento)¹⁷.

Secondo alcuni autori la criticità di tale impostazione sarebbe evidente, in particolare, qualora venga confrontata con la nozione di vendita, intesa come negozio traslativo di diritti e non di cose, nella quale il riferimento alla *res* materiale non sarebbe coerente con la corretta visione tecnica del fenomeno¹⁸.

Infine, l'identificazione con la *res* non sarebbe in grado di spiegare l'esigenza normativa della liceità dell'oggetto contrattuale¹⁹.

¹⁷ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p.174; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitro altrui*, Milano, Giuffré, 1967, p. 126 ss.; G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti della teoria del contratto*, Milano, Giuffré, 1974, p. 135; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffré, 2001, p. 15.

¹⁸ Sul punto, S. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato dir. civ.* diretto da G. Grosso-F. Santoro-Passarelli, Milano, Giuffré, 1960, p. 61 ss., che, sulla base della nozione di cui all'art. 1470 c.c., distingue appunto tra oggetto mediato e oggetto immediato del contratto. Inoltre, secondo G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 151, la teoria secondo cui l'oggetto contrattuale coincide con la *res* materiale potrebbe conservare una sua attendibilità esclusivamente nell'ambito della teoria pluralistica degli ordinamenti giuridici e della connessa teoria procedimentale, in quanto solo in tal caso potrebbe cogliersi l'essenza del fenomeno del trasferimento, in particolare nella fattispecie della compravendita.

¹⁹ G. DE NOVA, *L'oggetto del "contratto di informatica": considerazioni di metodo*, già in *Dir. Inf.*, 1986, p. 804 ora in G. ALPA-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, Giuffré, 1987, p. 22; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, Giuffré, 1999, p. 148.

Nonostante le numerose critiche suesposte, secondo parte della dottrina l'elaborazione di tale teoria troverebbe la propria *ratio* nell'esigenza di assegnare un ruolo alla realtà esterna nella dinamica contrattuale, e troverebbe giustificazione sulla base di un'analisi storica, soprattutto in relazione alla tradizione francese²⁰.

1.3. – La teoria della prestazione.

Un secondo filone dottrinale, invece, nell'intento di accogliere una prospettiva meno materialistica, ha finito per individuare nella prestazione l'oggetto del contratto²¹.

Tale impostazione, tuttavia, mal si concilierebbe con la categoria dei contratti ad effetti reali, in cui il concetto di prestazione può essere

²⁰ R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit., p. 229; secondo alcuni autori, fra cui G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 304 ss., la concezione che identifica l'oggetto del contratto nel bene costituisce l'orientamento dottrinale tradizionale e maggioritario.

²¹ In questo senso si sono espressi numerosi autori, fra i quali V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 336 s.; P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, Esi, 1962, p. 67 ss.; G. OSTI *Contratto*, in *Noviss Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 503 s.; G. DE NOVA, *L'oggetto del "contratto di informatica": considerazioni di metodo*, cit., 804; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, Jovene, 2003, p. 280; S. PIRAS, *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto. I. La struttura*, cit., p. 75; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 104; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 27 s; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, Foro italiano, 1950, p. 92; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1972, p. 351; F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, Jovene, 1940, p. 98; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 151 ss.

utilizzato soltanto estendendone le maglie fino al ricomprendervi anche il trasferimento di diritti, vero nucleo essenziale di tale categoria contrattuale. La dottrina che critica tale ricostruzione, infatti, ravvisa proprio nel concetto di prestazione comunemente inteso il primo ostacolo per una compatibilità con i contratti ad effetti reali che, a differenza dei contratti ad effetti obbligatori, prescindono da un comportamento materiale per realizzare l'effetto voluto dalle parti²².

Per rendere compatibile tale impostazione con i contratti ad effetti reali, nei quali non è necessario alcun adempimento per ottenere la realizzazione dell'effetto reale, si è cercato di svincolare il concetto tradizionale di prestazione per fargli assumere una «dimensione talmente elastica da eliminare ogni ostacolo alla legittimità di un suo inserimento nello schema traslativo», così da fargli perdere ogni connotazione peculiare, di fatto snaturandolo²³. I sostenitori della teoria secondo cui l'oggetto andrebbe ad identificarsi con la prestazione, quindi, cercano di superare le criticità e gli attriti dovuti alla categoria dei i contratti ad effetti reali ricomprendendo nel concetto di prestazione qualunque modificazione della situazione materiale o giuridica che scaturisce dal contratto.

²² Sul punto si vedano le critiche mosse a tale impostazione da N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitro altrui*, cit., p. 127 s.; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 148; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 18.

²³ G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti della teoria del contratto*, cit., p. 139, che rileva come questa teoria, essendosi sviluppata durante la vigenza del codice civile del 1865, risentiva di un clima culturale in cui la nozione di contratto, nonostante i progressi di carattere definitorio, non era così progredita da recepire integralmente l'ampliamento operato dall'attribuzione di efficacia reale al consenso nei contratti traslativi di proprietà o di altri diritti reali.

E' proprio nell'ambito di questa teoria che vede la luce la distinzione tra "oggetto immediato" e "oggetto mediato" del contratto; identificandosi con il primo termine la prestazione, con il secondo invece il bene materiale. La differenza fra i due concetti emerge chiaramente dall'art. 1348 c.c.²⁴, che distingue appunto la prestazione dal bene, ossia la cosa futura.

In questo senso, mentre nei contratti ad effetti reali l'oggetto viene identificato con il trasferimento di diritti, in quelli ad effetti obbligatori si considera tale il vincolo obbligatorio, eventualmente distinguendo fra oggetto immediato (l'obbligazione) e oggetto mediato (la prestazione)²⁵. Sarà proprio questa distinzione che porrà le basi per lo sviluppo di un'ulteriore teoria, quella del contenuto del contratto.²⁶

1.3. – La teoria del "termine" esterno.

Una diversa dottrina ha invece considerato l'oggetto del contratto come "termine" (inteso come elemento) esterno al negozio giuridico, attratto all'interno dello stesso dalla volontà delle parti o

²⁴ Art. 1348 c.c., rubricato "Cose future", afferma che «la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge».

²⁵ In questo senso, R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 229.

²⁶ Per un'analisi approfondita della teoria del contenuto del contratto si veda il successivo paragrafo 1.4.

dall'ordinamento²⁷. Tale impostazione, non considerando l'oggetto contrattuale come elemento della realtà fisica ma, piuttosto, come una sua mera rappresentazione ideale, non andrebbe incontro ai problemi relativi alle teorie analizzate nei paragrafi precedenti in quanto, essendo il contratto stesso una realtà ideale, in esso non potrà mai entrare la *res* materialmente intesa ma soltanto la sua rappresentazione astratta²⁸.

L'oggetto del contratto, in altre parole, sarebbe la rappresentazione programmatica del bene che l'interprete ricostruisce sulla base della comune intenzione delle parti, mentre l'oggetto del rapporto è il bene che viene individuato e circoscritto nella restante realtà sulla base di quella rappresentazione²⁹.

Il contratto stipulato dalle parti necessita, quindi, di un termine

²⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1976, p. 129, secondo cui l'oggetto e i soggetti del negozio non diventano elementi dello stesso, né, come sembra considerarli la legge, requisiti, ma costituiscono semplicemente i termini fra i quali e sul quale il negozio si forma: sebbene siano necessaria per l'esistenza dello stesso, sono tuttavia considerati elementi esterni; C.A. FUNAIOLI, *Deposito. Sequestro convenzionale. Cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da G. Grosso-F. Santoro-Passarelli, Milano, Giuffrè, 1960, p. 33, nota 72; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1969, p. 108; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., p. 28; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 28 ss.

²⁸ E. GABRIELLI, *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, cit., p. 35, secondo cui, per questa dottrina, ciò che importa è che si tratta di un elemento necessario alla perfezione della volontà come volontà negoziale e quindi all'esistenza del negozio. Il negozio, infatti, predispone in modo ideale il termine dell'effetto, ma ciò che più importa è che il negozio contenga la predisposizione e non che il termine esista o sia soltanto possibile.

²⁹ N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitro altrui*, cit., p. 141; G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1968, p. 147; E. GABRIELLI, *La consegna di una cosa diversa*, Napoli, Jovene, 1987, p. 28 ss., secondo cui l'oggetto del contratto non è la regola dettata, che costituisce piuttosto il contenuto del negozio, ma il comportamento che la regola impone o il risultato che dalla stessa deriva: ossia un termine esterno alla struttura del contratto, genericamente indicato come prestazione. Il bene, di cui la regola ha riguardo, non è a sua volta oggetto del contratto, ma piuttosto l'oggetto della prestazione.

esterno, rispetto al quale possa operare un collegamento fra l'atto di autonomia privata e ciò che ad esso preesiste, o deve ancora venire ad esistenza, ma che assume una propria autonoma identità mediante un procedimento di determinazione del criterio idoneo a far sussumere il termine esterno nella struttura contrattuale³⁰.

Anche tale impostazione, tuttavia, non è andata esente da critiche e sono state evidenziate numerose criticità.

Un primo profilo problematico, secondo parte della dottrina, potrebbe ravvisarsi in sede di giudizio di validità, poiché i requisiti di esistenza e di possibilità potrebbero essere riferiti alla mera rappresentazione, rilevando per il termine esterno esclusivamente i termini di efficacia³¹. Ciò avrebbe la conseguenza di rendere validi contratti in cui il termine esterno è inesistente e impossibile, o addirittura, comportare una generalizzata impossibilità di un contratto

³⁰ E. GABRIELLI, *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, cit., p. 36, che riconosce a tale impostazione anche l'intento di soddisfare un'esigenza di carattere logico, in quanto la ricerca di un elemento esterno al contratto risponde certamente anche alla necessità di un punto di riferimento costruttivo e sistematico per la soluzione di problemi interpretativi derivanti dalla disciplina normativa dell'oggetto contrattuale, oltre ad avere l'obiettivo di trovare uno strumento tecnico sul quale l'atto di autonomia privata deve incidere per la produzione degli effetti negoziali programmati.

³¹ Sul punto v. G. OPPO, *Note sull'istituzione dei non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, I, p. 66 ss, in cui l'autore afferma che il destinatario e l'oggetto non si riducono alla sola previsione volitiva, ma costituiscono termini di riferimento oggettivo della volontà, della quale costituiscono l'oggetto inteso come qualche che ha, e deve avere, esistenza oggettiva al di fuori di essa. Diversamente la previsione sarebbe irrilevante e la volontà difetta di un elemento essenziale; e G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti della teoria del contratto*, cit., che però evidenzia come, in tal modo, si entra dalla prospettiva della rappresentazione, propria di tale teoria, per sconfinare in quella della realtà.

invalido³².

In secondo luogo, in considerazione del fatto che molto autori riconducono il termine esterno alla *res* o alla prestazione, tale ricostruzione porterebbe semplicemente a spostare la questione su un piano giuridico differente, piuttosto che a risolverla definitivamente.

1.4. – La teoria del contenuto.

Una quarta tesi³³, ancora, identifica l'oggetto con il contenuto del contratto, differenziandosi dalle precedenti dalle quali, però, sembra trarre origine. Secondo alcuni sostenitori di questa impostazione³⁴,

³² R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit., p. 172, che distingue la prospettiva volontaristica, in cui la rappresentazione si esaurisce nella volontà delle parti, dall'impostazione normativistica, nella quale la volontà è considerata la mera predisposizione di un effetto giuridico. Mentre nella prima prospettiva non sarebbe sufficiente l'esistenza della previsione volitiva delle parti per la validità del contratto, nella seconda non avrebbe rilevanza la mancata corrispondenza tra l'assetto fattuale – esterno al negozio giuridico e rilevante solo sul piano dell'efficacia – e il modello normativo, né tra quest'ultimo e la volontà delle parti.

³³ C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 320 e s., che fa rientrare, nella nozione di oggetto inteso come contenuto, anche i beni in esso previsti come dovuti; nello stesso senso, nello stesso senso, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 300; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 365 ss.; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 803 ss, secondo cui l'oggetto della dichiarazione negoziale è il contenuto, ossia l'insieme delle clausole disposte dalle parti contraenti. La completezza del contenuto, a sua volta, viene garantita dalla designazione di un termine esterno alla struttura contrattuale (ossia l'oggetto) e l'oggetto della situazione iniziale non coincide con l'oggetto del negozio, che è rappresentato invece dal contenuto negoziale.

³⁴ R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 4, secondo cui, tra l'altro, la crisi della definizione del contratto ha reso evidenti le

infatti, sia la concezione dell'oggetto come *res*, sia quella della prestazione, si avvicinano molto all'idea di contenuto del contratto, sino ad arrivare in qualche modo a confondersi con essa.

In particolare, la tesi in questione trova origine nel progressivo ampliamento della nozione di oggetto, che dalla prestazione ha iniziato a ricomprendere al proprio interno non solo la nascita dell'obbligazione, ma anche l'estinzione della stessa, il trasferimento del diritto di proprietà, o più in generale il regolamento contrattuale, cosicché l'oggetto del contratto finirebbe per identificarsi con ciò che le parti hanno inteso ottenere dalla stipulazione del contratto stesso³⁵.

Invero, la ricostruzione secondo cui l'oggetto andrebbe ad identificarsi con il contenuto è quella che forse ha suscitato più perplessità tra gli studiosi, in quanto la confusione tra i due concetti non può dirsi di poco conto³⁶.

incongruenze tra le diverse nozioni di oggetto. Di conseguenza, gli studiosi hanno iniziato ad utilizzare il termine nei diversi significati possibili, adattandolo a concezioni differenti. Per questo motivo si è utilizzato il termine oggetto per indicare diversi elementi e si è arrivati a trascurare i problemi ad esso relativi e per i quali la categoria in questione è stata originariamente elaborata.

³⁵ Cfr. sul punto E. GABRIELLI, *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, cit., p. 35.

³⁶ Contro questa teoria, in particolare, sono state mosse diverse obiezioni. In primo luogo, opera una confusione concettuale tra due termini (oggetto e contenuto) assolutamente diversi, come è dimostrato dal fatto che, se il contenuto fosse l'insieme delle pattuizioni delle parti, non potrebbe poi essere ammessa una disciplina diversa per la condizione impossibile (che farebbe necessariamente parte del contenuto), rispetto all'oggetto impossibile; l'oggetto impossibile rende nullo il contratto, la condizione impossibile invece, se risolutiva, si ha per non apposta. In secondo luogo, confonde le nozioni di oggetto e causa del contratto. Se il contenuto è dato da tutto il regolamento contrattuale, effetti compresi, non si riesce a distinguere più tra causa e oggetto; ad esempio nella vendita la causa è data dallo scambio di cosa contro prezzo ma tale scambio, oltre ad essere la causa, è anche il contenuto del contratto. Infine, tale impostazione conduce implicitamente ad un rifiuto della nozione. In effetti se noi parliamo di contenuto, o di regolamento contrattuale,

Sebbene l'identificazione dei due elementi trovi la propria ragione d'essere nell'ampliamento della nozione di oggetto del contratto inteso come prestazione, e abbia il pregio di rendere nota la pluralità degli usi terminologici, non sembra essere di grande utilità nel risolvere il problema sul piano ricostruttivo.

L'intento di voler a tutti ricostruire l'oggetto del contratto con una nozione generale ed astratta, infatti, non sembra essere una soluzione efficace, poiché già la teoria dell'oggetto contrattuale come termine esterno al negozio è di per sé sufficiente ad ovviare ai problemi definitori. Qualora invece si ricerchi una nozione idonea a soddisfare i bisogni di classificazione, sembra essere più efficace la tesi della prestazione, che, quale elemento del rapporto, è sempre un termine esterno al negozio³⁷. Secondo parte della dottrina, in particolare,

non alludiamo più ad un semplice elemento, ma finiamo per fare riferimento a tutto il contratto.

³⁷ Sul punto, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., p. 27, secondo cui il termine prestazione comprende, oltre ai comportamenti che vengono tenuti dalle parti in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto, anche i risultati – ossia il trasferimento dei diritti – che derivano immediatamente dall'accordo nei contratti ad effetti reali; nello stesso senso, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 5, e G. DE NOVA, *L'oggetto del "contratto di informatica": considerazioni di metodo*, cit., 23, che abbraccia un concetto ampio di prestazione, intesa quale risultato ottenuto dalla stipulazione del contratto, più coerente con la rappresentazione materialistica dell'oggetto tipica di molte norme del codice civile. In senso contrario all'identificazione dell'oggetto con la prestazione, invece, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 351, secondo il quale, nell'indagine relativa all'oggetto del contratto, le indicazioni del legislatore non possono essere considerate rilevanti di per sé, essendo necessario, tra l'altro, distinguere la nozione di prestazione da quella utilizzata per definire un elemento del rapporto obbligatorio; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, Torino, Utet, 1994, p. 690; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 104, che distingue l'oggetto del contratto dall'oggetto della prestazione affermando che, in molti casi, possono coincidere, ma che la prestazione viene in considerazione per valutare la validità del negozio ai sensi degli artt. 1346 e seguenti del codice civile.

accogliendo il concetto di prestazione come oggetto del contratto, da intendersi non solo come contenuto in senso stretto dell'obbligazione, ma l'attribuzione patrimoniale in generale, si dovrebbe evitare di ampliare eccessivamente la nozione, in quanto si rischierebbe di non essere più in grado di distinguere tra contenuto e causa, o tra causa ed effetti del contratto³⁸.

1.5. – La teoria che nega l'utilità di una categoria unitaria di oggetto contrattuale.

Accanto alle impostazioni analizzante nei paragrafi precedenti, che nella ricostruzione della nozione di oggetto pervengono a diverse interpretazioni, alcuni studiosi si sono spinti al punto di negare del tutto l'utilità pratica di una nozione unitaria o di una teoria generale dell'oggetto del contratto.

In particolare, parte della dottrina³⁹, esasperata dal proliferare di

³⁸ Sul punto, G. DE NOVA, *L'oggetto del "contratto di informatica": considerazioni di metodo*, cit., 24, secondo il quale ampliando eccessivamente la nozione di oggetto si finirebbe per confondere la nozione di contenuto e quella di causa, o quella di contenuto con quella di effetti.

³⁹ Sul punto è nota la posizione assunta da G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, cit., p. 289 ss., secondo cui detta nozione di oggetto del contratto sarebbe una delle manifestazioni dello spirito sistematico e logico del diritto di civil law. Aderiscono a tale posizione anche A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, Cedam, 1997, p. 604 ss., L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, III, 1952.

così tante e diverse impostazioni sulla questione, è giunta a sostenere l'inutilizzabilità di una nozione di oggetto del contratto, così fumosa e contraddittoria. Le nozioni analizzate nei paragrafi precedenti, infatti, mentre a volte risultano essere insufficienti e riduttive, altre volte estendono in modo eccessivo il significato dell'oggetto, finendo per vanificare gli intenti definitivi da cui traggono origine. La ragione potrebbe essere individuata, secondo parte della dottrina, nella natura stessa di tali definizioni che, in assenza di un'attività definitoria del legislatore, vogliono essere "reali", nel senso di dare un significato unitario pur in presenza di indici normativi contraddittori, con il rischio di non essere certe in base a quanto previsto dalla legge⁴⁰.

E' opportuno però evidenziare come tale teoria, seppur si fondi su premesse condivisibili e su una critica giustificata delle altre impostazioni, non sembra tener conto del fatto che la categoria dell'oggetto – e non solo relativo al contratto – permea ormai in modo diffuso tutto il ragionamento giuridico e, di conseguenza, la negazione dell'utilità pratica della sua nozione trova ostacolo non soltanto nel dato normativo, ma anche nella stessa *forma mentis* del giurista⁴¹.

Sembra allora più opportuno, alla luce numerose definizioni della categoria, rinunciare alla costruzione di un concetto unitario di oggetto del contratto per abbracciarne uno variegato e meno definito, ma forse

⁴⁰ Sulla distinzione tra definizioni reali e definizioni nominali, v. G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 209 e s., e nello specifico nota 20.

⁴¹ Cfr. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit., p. 175, secondo cui l'analisi della categoria deve partire dallo studio dei meccanismi storici e dogmatici che hanno dato vita alla nozione stessa di oggetto.

in questo modo più vicino alla realtà, anche applicativa, e di conseguenza alla sua sostanza storica⁴². Parte della dottrina, per questo, sembra ritenere le diverse teorie sull'oggetto tutte ugualmente valide, a seconda del contesto in cui il termine viene utilizzato.

2. – Profili comparatistici dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica europea.

Al fine di comprendere pienamente la categoria dell'oggetto del contratto nel nostro codice civile, non si può prescindere da un'analisi comparativa delle tradizioni giuridiche degli ordinamenti più vicini al nostro, che rappresentano un fondamentale termine di paragone per ottenere un punto di vista del problema di più ampio respiro.

Soprattutto per una questione come quella della definizione di oggetto contrattuale, che, come si è avuto modo di vedere nelle pagine precedenti, ha suscitato profondi dibattiti e numerose perplessità nel

⁴² G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 212, che richiama lo studio di A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, Jovene, 2005, secondo cui l'oggetto contrattuale è un termine indefinibile al di fuori della specifica connessione in cui viene preso in esame sul punto richiama la posizione assunta, a proposito della causa del contratto; sul punto, viene anche richiamata la teoria sulla causa sostenuta da G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffré, 1955, p. 263, secondo cui la causa rappresenta uno dei termini più equivoci, alludendo ad una tale pluralità di questioni diverse che occorre spesso uno sforzo enorme per comprendere quali questioni siano affrontate dai diversi autori e testi, quando si parla di "causa del contratto o dell'obbligazione".

nostro ordinamento, risulta ancor più importante guardare anche alle esperienze a noi più vicine, come quella del codice civile francese e tedesco.

2.1 – Il *code civil* e l'*object du contrat*.

Nell'approcciarsi alla tradizione francese relativamente all'oggetto del contratto non si possono non prendere le mosse dagli studi di Robert-Joseph Pothier, che per la prima volta ha compiuto l'elaborazione di una teoria dell'oggetto contrattuale⁴³.

Nonostante ciò parte della dottrina⁴⁴, pur apprezzando l'attività ricostruttiva di Pothier, l'ha sempre considerata di fatto scarsamente innovativa, ravvisando nella stessa più un'opera di sistemazione di quanto già esisteva, piuttosto che qualcosa di realmente nuovo. Lo studio di Pothier, infatti, si era per lo più concentrato sull'obiettivo di

⁴³ Il modello elaborato da Pothier, inizialmente per imposizione e successivamente grazie al suo prestigio, ha portato al recepimento del concetto di *object du contrat* negli ordinamenti spagnolo, portoghese, belga, lussemburghese, ceco e bulgaro; così F. BENATTI, *L'oggetto e l'integrazione del contratto*, in A. GAMBARO e U. MORELLO, *Lezioni di diritto civile*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2013, p. 259.

⁴⁴ Rischio *contrattuale e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1982 Per un'analisi critica dello studio compiuto da Pothier, v. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 212 ss., secondo cui il fatto che l'elaborazione compiuta dall'autore sia stata la prima nel panorama europeo non deve portare a sopravvalutare le conclusioni cui giunge il giurista francese; infatti «egli non fa altro che riversare l'elaborazione (prima medievale e poi culta) dei *substantialia contractus* nei contenitori dogmatici offerti dalla cultura del suo tempo, ed in particolare nelle nozioni di soggetto e oggetto del contratto».

applicare gli elementi essenziali del contratto a fattispecie diverse dalla compravendita, evidenziando in tal modo le contraddizioni relative alla nozione di oggetto⁴⁵.

Tale problema era stato, tra l'altro, già affrontato e risolto da Doneau che, nel tentativo di estendere la suddetta teoria al contratto di locazione, aveva ricondotto nella *res* tanto le cose materiali, il godimento delle stesse e ad altre attività giuridiche, di fatto smaterializzando un concetto precedentemente vincolato alla realtà del mondo fisico⁴⁶.

Pothier sembra, in qualche modo, voler proseguire l'attività già iniziata da Doneau, estendendo la teoria degli elementi essenziali non soltanto alla locazione, ma a tutti i contratti diversi dalla compravendita. Egli, infatti, ravvisa gli elementi strutturali «soggetto» e «oggetto» in tutte le obbligazioni e in tutti le fattispecie contrattuali, riversando così la categoria degli elementi essenziali in tutta la sistematica giusnaturalistica.

L'intento però sembra trovare un ostacolo nel concetto di *objet du*

⁴⁵ C.A. CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 827; P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà "moderna")*, in *Quaderni Fiorentini*, XIV, 1985, P. 390 ss.

⁴⁶ Doneau, per la prima volta, descrive la locazione in tutti i suoi elementi essenziali. L'autore non si limita ad affermare che la locazione è retta dalle medesime regole giuridiche della compravendita, essendo caratterizzata dagli stessi elementi costitutivi, ma giunge ad applicare al contratto di locazione la teoria degli elementi essenziali, in virtù del fatto che la stessa è contraddistinta da *merces*, *res*, e *conventio*. Per un'analisi compiuta dello studio di Doneau e l'applicazione della teoria degli elementi essenziali ai contratti diversi dalla compravendita, cfr. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 194 ss.

*contrat*⁴⁷ e nella sua origine «corporale» in quanto derivante dalla *res* della compravendita, continuando a comportare i medesimi equivoci e ambiguità. Per superare tali criticità il giurista francese rinvia allora all'*objet des obligations*, che tuttavia risulta anch'essa fortemente equivoca. Infatti se, da un lato, Pothier afferma che l'oggetto dell'obbligazione può consistere, oltre che in una «cosa» da dare, anche in un «fatto» che la parte si obbliga a fare o a non fare, dall'altro sostiene che non può sussistere alcuna obbligazione che non preveda una cosa materiale che sia dovuta.

La ricostruzione di Pothier, per quanto nebulosa ed equivoca, rappresenta il fondamento del codice civile francese che afferma che è oggetto del contratto quella «cosa» che una parte si obbliga a dare, a fare o a non fare⁴⁸. Resta dunque centrale il valore corporale dell'*objet du contrat*⁴⁹, ma già la più risalente dottrina, in considerazione del fatto per cui non tutti i contratti contemplano una cosa in senso materiale,

⁴⁷ R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, II, Parigi, 1848, p. 3, secondo cui l'essenza dell'obbligazione va individuata nelle fonti che la generano, nelle persone fra le quali nasce e nelle cose che ne possono costituire l'oggetto; in particolare, per l'autore, l'*objet du contrat* è una *chose* che il debitore si obbliga a dare, a fare o a non fare.

⁴⁸ In particolare, dopo un vano tentativo, in sede di lavori preparatori, di seguire piuttosto la definizione dell'*objet des obligations* (Cfr. *Projet du Code civil*, art. 23: «Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige de donner, ou un fait que l'une des parties s'oblige de faire ou de ne pas faire»), la redazione definitiva dell'art. 1126 segue la definizione del Pothier di *objet des contrats* (Cfr. Art. 1126 c.c.fr.: «tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire»).

⁴⁹ Art. 1709 c.c.fr.: «Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et, moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer». Art. 1710 c.c.fr.: «Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles».

aveva sentito la necessità di distinguere fra *chose*, comprensiva di fatti, e una nozione più specifica, limitata alla *res* in senso stretto.

La dottrina francese più recente è arrivata a sostenere che il contratto non sarebbe caratterizzato da alcun oggetto, ma soltanto da effetti giuridici, quali la nascita di una o più obbligazioni.

In conclusione, tuttavia, è opportuno dare atto di come la tematica dell'oggetto contrattuale, nel diritto francese, ha sempre avuto un ruolo marginale, soprattutto se paragonato con altri elementi del contratto, quali la causa. Il modello illustrato, infatti, risulta essere relativamente coerente, essendo incentrato sul concetto di *chose*: a seconda del tipo contrattuale, infatti, potrà essere fatto riferimento al valore corporale dell'oggetto oppure smaterializzarlo, secondo quanto affermato da Doneau⁵⁰.

2.2 – Il BGB e il *Gegenstand des Vertrages*.

Anche nell'ordinamento tedesco, in quanto anch'esso di derivazione giusnaturalista, la nozione di oggetto del contratto ha avuto estrema rilevanza. Sono infatti numerosi gli esponenti della dottrina germanica ad essere stati influenzati da questa corrente di pensiero⁵¹, e

⁵⁰ FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 194 ss.

⁵¹ Fra i tanti studiosi tardo giusnaturalisti hanno contribuito in modo rilevante alla questione Darjes, Putter, Habernikkel, Hofacker, Madihn, Nettelbladt. Thibaut, in particolare

il modello giusnaturalista «soggetto-oggetto» del contratto è giunto fino alla Pandettistica⁵².

Tuttavia, anche nel diritto tedesco, e anche prima della promulgazione del BGB, il concetto di oggetto contrattuale risultava essere fonti di molti equivoci. Alcune volte gli studiosi lo identificavano con la prestazione (come nel mandato, dove manca una *res* corporale), altre volte invece lo riconducevano ad un bene economico (ad esempio nella compravendita, che si caratterizza per avere ad oggetto un bene materiale).

Tale ambiguità è stata, invero, solo apparentemente superata con il BGB; permane infatti, anche nel nuovo codice, un non ben definito rapporto tra il contenuto – *Inhalt* – e l’oggetto – *Gegenstand* – rispettivamente dell’obbligazione e del contratto. Soltanto il contenuto, che nel BGB viene identificato con la prestazione – il *Leistung* – trova una specifica disciplina, tuttavia non è chiaro se debba o meno essere considerato coincidente con l’oggetto⁵³.

criticava, al pari di Leibniz, l’illogicità della sistematica giustiniana e, pertanto, sostituiva alle nozioni fisiche di “persona” e “cosa”, quelle di “soggetto” e “oggetto” più rispondenti ad una logica giuridica. Sul punto v. FIORI, *Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 220.

⁵² G. HUGO, *Lehrbuch der Pandekten oder des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1805, § 33, che afferma che per la validità di una ‘Willenserklärung’, è necessario che vi siano, «wesentlich», «1) eine Person (...) 2) ein Gegenstand (...) 3) eine Willensäußerung über diesen Gegenstand»; e che ‘Gegenstand einer Forderung’ può essere «eine Sache, an welcher ein Recht gegen Jeden erworben werden soll (*dare*), oder eine Handlung ohne alle nähere Beziehung auf eine Sa- che (*facere*), oder das Gestatten des Gebrauchs einer Sache (*prae- stare*)».

⁵³ A tal proposito, v. PUCHTA, *Pandekten*, p. 328 ss., che, coerentemente, come la maggior parte dei pandettisti, ravvisa l’oggetto della locazione nella *res* o nell’*operae*, e non nell’uso della cosa o nella prestazione delle opere.

La questione sembra complicarsi, poi, per il fatto che la nozione di *Inhalt*, ossia il contenuto, è più ampia di quella di oggetto, poiché svolge nel diritto tedesco il ruolo che nel diritto francese viene rivestito dalla causa, ossia il controllo sulla validità del negozio giuridico⁵⁴.

2.3 – L’esperienza ibrida del codice civile italiano.

Il nostro ordinamento, com’è noto, ha subito congiuntamente l’influenza del diritto francese e del diritto tedesco, seppur in misura diversa a seconda del periodo storico di riferimento.

Il codice del 1865 nasce sotto la forte influenza del *code civil* francese, dal quale recepisce quindi anche il modello di disciplina dell’oggetto contrattuale. Per questo motivo, nel vecchio codice civile, la nozione di oggetto è ancora prettamente legata alla *res* corporale,

⁵⁴ Sul punto è opportuno sottolineare il fatto che l’espressione *Inhalt* è stata inserita nei *Protokolle* della seconda commissione in sostituzione del termine *Gegenstand*, ancora presente nei *Motive* della prima, e che la nozione di *Gegenstand des Vertrages* è tuttora presente nel dettato del codice, indicando per lo più la prestazione, ma in alcuni casi anche la cosa. In particolare, il termine *Gegenstand* è usato nel senso di oggetto del contratto, oltre ai paragrafi indicati in testo, per lo più per designare la prestazione (§§ 312, 312b, 499, 505, 651, 651l, 675, 676), e solo in un caso la cosa (§§ 468). Ma la nozione cosale è sempre presente negli usi generali dell’espressione: §§ 185, 216, 256, 268, 273, 285, 292, 326, 346, 347, 418, 450, 457, 458, 459, 460, 463, 467, 584b, 732, 747, 752, 753, 755, 757, 816 (altre volte è usata in senso meramente logico: §§ 32, 194, 309; per indicare l’oggetto di diritti: § 93; l’oggetto del negozio: §§ 135, 161, 184; l’oggetto dell’accordo: § 611a; l’oggetto dell’offerta al pubblico: § 661; l’oggetto della prestazione: § 387).

seppur possano riscontrarsi anche in esso alcune delle ambiguità che ancora oggi, nonostante gli sforzi del legislatore, contraddistinguono il concetto in questione. Si pensi a tal proposito all'art. 1125, che definisce l'oggetto del contratto il «trasferimento della proprietà o di altro diritto»⁵⁵. Profondamente controversa risulta essere, poi, anche la definizione del contratto di locazione, disciplinato dall'art. 1569⁵⁶, che a sua volta è preceduto da un'altra disposizione con cui viene recuperata la nozione di oggetto di obbligazione sviluppata da Pothier, che attribuisce rilevanza al comportamento che una parte si impegna a tenere o a non tenere⁵⁷.

Il codice del 1942 d'altra parte risulta essere ancora più complesso in quanto frutto della commistione tra il modello francese e quello

⁵⁵ A favore di una nozione cosale di oggetto del contratto: art. 1116 c.c.it. (1865): «le sole cose che sono in commercio, possono formare oggetto del contratto»; art. 1117 c.c.it. (1865): «la cosa che forma l'oggetto del contratto, debb'essere determinata almeno nella specie. 2. La quantità della cosa può essere incerta, purché si possa determinare»; art. 1118 c.c.it. (1865): «le cose future possono formare oggetto di contratto».

⁵⁶ Art. 1569 c.c.it. (1865): «La locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga a pagarle»; art. 1570: «La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede». Nel codice civile italiano del 1865 non è presente un articolo analogo all'art. 1126 del *code civil*, pur essendo l'art. 1104 c.c.it. (1865) l'esatta traduzione dell'art. 1108 c.c.fr. sui requisiti essenziali del contratto.

⁵⁷ Per la definizione di *objet des obligations*, sviluppata da Pothier, si rinvia al precedente paragrafo 2.1 relativo all'esperienza francese. Sul punto cfr. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 228, secondo cui una delle ambiguità del codice del 1865 va rinvenuta nella definizione di locazione, già contraddittoria nel codice francese, che viene resa ancor più incoerente con l'inserimento di un articolo, assente nel *code civil*, con cui viene recuperata la definizione di oggetto dell'obbligazione sviluppata da Pothier, attribuendo nuova rilevanza al *fait*, ossia alle opere. Viene infatti affermato, con l'art. 1568 c.c.it. (1865) che il contratto di locazione ha per oggetto le cose o le opere, realizzandosi di tal guisa una vera contraddizione in termini, non essendo chiaro se costituiscano l'oggetto della locazione di opere le cose realizzate o le opere dirette a produrle.

tedesco, con la conseguenza che anche la disciplina dell'oggetto è più variegata.

In particolare, l'art. 1325 c.c., relativo ai requisiti del contratto, nonché gli artt. 1346-1349 c.c., specificamente riguardanti l'oggetto, trovano la propria origine nel modello francese, rappresentando ciò che resta della teorica degli elementi essenziali del contratto e giustificando dunque l'attuale nozione fisica di oggetto. Tuttavia, oltre all'influenza francese è stata di grande rilevanza anche la tradizione dell'ordinamento tedesco, in cui ha avuto un peso ben maggiore l'elemento volontaristico rispetto alla dottrina degli elementi essenziali. Mentre in Francia, infatti, il consenso contrattuale, pur essendosi evoluto in senso giusnaturalistico ha sempre trovato nella dottrina dei *substantialia* un limite invalicabile, in Germania la costruzione giusnaturalistica del negozio giuridico è stata maggiormente svincolata dalla tradizione medievale e ha potuto svilupparsi più liberamente⁵⁸.

L'autonomia della volontà dal consenso contrattuale, e di conseguenza dalla teorica degli elementi essenziali, ha permesso quindi l'operatività del sistema contrattuale romano, effettivamente vigente in Germania fino alla fine dell'Ottocento, che ha incentrato la disciplina dell'oggetto del contratto sulla nozione di prestazione⁵⁹. Proprio per

⁵⁸ Infatti, la tradizione volontaristica germanica sembra aver fatto riferimento allo schema della promessa unilaterale, più che a quello del consenso contrattuale, differenziandosi in ciò dalla tradizione francese.

⁵⁹ R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 230, secondo cui quando la volontà è tornata al contratto nel tardo giusnaturalismo, aveva già trovato la sua veste dogmatica e sistematica nella rielaborazione leibniziana della nozione romana di *actio* nel senso di atto, e dunque aveva ormai una forte caratterizzazione.

questo motivo alcuni articoli, introdotti per la prima volta nel codice civile italiano del 1942 sotto l'influenza dell'esperienza germanica e per questo non presenti nel codice del 1865 e nel *code civil*, riconducono l'oggetto contrattuale alla prestazione, e ciò sembra riconoscere il merito anche di quella dottrina che, come abbiamo visto nei precedenti paragrafi, considera la prestazione il vero oggetto del negozio⁶⁰.

Il codice italiano del 1865 prima, e quello del 1942 poi, hanno recepito dal modello francese la regola del consenso traslativo, cambiando profondamente il volto del contratto⁶¹. Questa regola, assente nella tradizione tedesca e nel diritto romano, stabilisce che il semplice consenso può trasferire la proprietà della cosa senza che sia necessaria la *traditio*, ed è ad oggi prevista dall'art. 1376 c.c.⁶². Va però precisato che la scomparsa della consegna materiale della cosa non ha fatto venire meno il filtro della prestazione, che rappresentava, già nel codice previgente, un elemento necessario per il perfezionarsi del trasferimento del diritto.

⁶⁰ Cfr. sul punto il precedente paragrafo 1.3.

⁶¹ Risulta opportuno, però, ricordare che anche nel diritto francese, pur non essendo necessaria la consegna della cosa per il trasferimento del diritto di proprietà, resta comunque il filtro della prestazione. Il contratto infatti è pur sempre obbligatorio, nel senso che il consenso determina un'obbligazione di dare che però fa diventare proprietario il contraente anche prima della consegna materiale del bene. Sul punto, v. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 231.

⁶² L'art. 1376 c.c., rubricato "Contratti ad effetti reali", afferma che «nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato».

Alla luce di quanto detto finora, è di tutta evidenza come la nozione di oggetto del contratto, nel nostro ordinamento, contempli congiuntamente sia la nozione cosale che quella prestazionale. Non è infatti possibile scindere completamente questi due profili, in quanto la disciplina dell'oggetto del contratto si è formata attraverso la rilettura in chiave soggettivistica della *res* e della prestazione.

In conclusione, tanto la teoria della prestazione, quanto quella del bene materiale e della rappresentazione, mettono in luce, seppur in modo parziale, profili diversi della medesima questione e pertanto risultano tutte meritevoli di attenzione. Il limite principale di queste impostazioni, tuttavia, è proprio l'assolutezza che singolarmente le contraddistingue, che impedisce di acquisire le singole prospettive e le confina ad una visione necessariamente parziale della controversa questione dell'oggetto del contratto⁶³.

2.4 – L'oggetto del contratto nei principi di Unidroit.

I principi dell'Unidroit, che costituiscono quello che oggi viene definito il «nuovo diritto dei contratti», sembrano allinearsi con la posizione assunta da parte della dottrina italiana che respinge l'utilità di

⁶³ R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, cit, p. 230.

una nozione così ambigua e contraddittoria di oggetto contrattuale⁶⁴, per privilegiare invece il concetto di contenuto del contratto.

In particolare, la nuova legislazione contrattuale, fortemente influenzata dalle fonti del diritto europeo e dai tentativi di creazione di codici volti a costruire una disciplina uniforme e transnazionale, si contraddistingue per una forte asimmetria contrattuale e la nozione di oggetto o contenuto del contratto rappresenta un importante strumento di tutela per la parte debole del rapporto.

La questione si manifesta in tutta la sua importanza in due diversi settori di disciplina: i contratti fra imprese e i contratti conclusi con i consumatori.

Nell'ambito dei primi è di grande rilevanza la disciplina dell'oggetto contenuta nella legge sulla subfornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192)⁶⁵, che stabilisce che il prezzo dei beni o dei servizi che costituiscono l'oggetto del contratto debba essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, così da non generare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche

⁶⁴ UNIDROIT, *Principi dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 1994, 114 ss. (artt. 5.1 ss.), in cui viene privilegiata la nozione di contenuto contrattuale, inteso in senso lato, piuttosto che quella controversa di oggetto del contratto; G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, in G. ALPA-M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, III, Torino, Utet, 1999, p. 1984 ss.; G. ALPA-R. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, in M. BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato. XIII. Il contratto in generale*, Torino, Utet, 1999, p. 350 ss. Sul punto si veda, inoltre, la posizione assunta da Gorla, analizzata nel paragrafo 1.4 del presente capitolo che, esasperato dal proliferare di così tante e diverse impostazioni sulla questione, è giunta a sostenere l'inutilizzabilità di una nozione di oggetto del contratto, così fumosa e contraddittoria.

⁶⁵ Si vedano, sul punto, i commi 4 e 5 dell'art. 2 e il comma 1 dell'art. 3, che ben evidenziano la centralità della determinazione dell'oggetto del contratto nei contratti di subfornitura.

prestazioni e nell'esecuzione del contratto; che nel contratto debbano essere specificati vari elementi, ovverosia il bene o servizio richiesti, il prezzo, i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento; che infine debbano essere fissati i termini di pagamento della subfornitura e precisati gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna.

Per quanto riguarda i contratti conclusi con i consumatori, poi, il diritto europeo ha previsto la necessaria determinazione dell'oggetto, non essendo sufficiente la sola determinabilità dello stesso. In particolare, tale requisito si tradurrebbe negli obblighi informativi imposti ai contraenti, volti alla descrizione del bene, delle sue caratteristiche e all'indicazione del relativo prezzo, ovvero alla rappresentazione delle prestazioni e del costo corrispondente, così da escludere la possibilità di una successiva determinazione delle stesse rispetto al momento di conclusione del contratto⁶⁶.

Le norme che impongono la necessaria determinazione dell'oggetto di tali contratti, essendo inserite nell'elenco allegato alle direttive quali elementi essenziali, hanno natura imperativa e ciò spiega la sanzione della nullità del contratto, o quantomeno di scioglimento

⁶⁶ Cfr. sul punto G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 221, che afferma che il diritto europeo ha stabilito rigidi vincoli per il professionista, volti alla determinazione dell'oggetto dei contratti conclusi con i consumatori, la descrizione del bene compravenduto, ovvero la rappresentazione delle prestazioni del professionista stesso. Si pensi, a titolo esemplificativo e senza pretese di esaustività, ai numerosi obblighi informativi a tutela del consumatore nei settori assicurativo, del credito al consumo, dei viaggi tutto compreso, del commercio elettronico, dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali, dei contratti di multiproprietà e dei contratti a distanza.

unilaterale dallo stesso, qualora vengano violate⁶⁷.

La recente disciplina della vendita di beni di consumo ben rappresenta la centralità che la determinazione dell'oggetto ha assunto nella nuova legislazione contrattuale. L'art. 129 del d.lgs. 6 settembre 2006, n. 206, nel valutare la conformità del bene al contratto, pone una presunzione di conformità nel caso in cui i beni coincidano con la descrizione fatta dal venditore, con la conseguenza che lo stesso sarà inadempiente ove il bene consegnato sia difforme da quello dovuto, ossia dalla descrizione precedentemente effettuata⁶⁸.

Alla luce di quanto sinora affermato, nel nuovo diritto dei contratti, l'oggetto assume una posizione di centrale importanza nell'operazione economica, soprattutto come strumento di collegamento tra la realtà esterna (intesa come prestazione) e il contratto stipulato, ponendosi in

⁶⁷ Si veda, a tal proposito, la Direttiva del Consiglio del 22 dicembre 1986, sul riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (87/102/CEE), Allegato 1.2, nonché la Direttiva del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 1997 sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (97/7/97 CE), art. 12.

⁶⁸ Sul punto, G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 222, che afferma che l'incertezza relativa alle informazioni fornite dal venditore, comporta il difetto di conformità del bene consegnato al consumatore, dal quale derivano in capo a quest'ultimo una serie di diritti, quali il ripristino gratuito della conformità del bene venduto attraverso la riparazione o sostituzione dello stesso o, in via residuale, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto; V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, Riv. dir. priv., 2004, p. 747: "qualche volta la legge comunitaria fa una cosa diversa dall'imporre ad un contraente di fornire informazioni specifiche su qualche aspetto del contratto: in quest'area noi non abbiamo propriamente a che fare con doveri di informazione. Tuttavia, il contraente può decidere volontariamente di fornire questa informazione (spesso per ragioni di tipo promozionale: cioè sul presupposto che questa informazione renda il contratto più attraente agli occhi della controparte). Se così accade, la legge dispone che le informazioni precontrattuali fornite volontariamente divengano obbligazioni contrattuali: la parte è obbligata a dare esecuzione a quello che ha detto, anche se lo ha detto a titolo di mera informazione (o promozione), senza alcuna intenzione di essere legalmente vincolata".

linea con quell'impostazione che lo individua in un termine esterno all'atto di autonomia dei contraenti⁶⁹.

3. – I requisiti dell'oggetto del contratto: determinatezza e determinabilità.

Dopo aver preso in esame le numerose teorie che si sono sviluppate sulla nozione di oggetto e aver analizzato le esperienze francese e tedesca sul punto, di cui come si è visto il codice civile italiano costituisce una sintesi, occorre ora soffermarsi sulla disciplina riservata dal nostro ordinamento alla categoria in questione.

L'art. 1346 c.c., in particolare, stabilisce che l'oggetto del contratto, per essere valido, deve essere possibile, lecito, determinato o quantomeno determinabile⁷⁰.

Volendo dare brevemente conto, per ragioni di completezza, dei primi due requisiti previsti dal legislatore, è opportuno affermare che mentre la possibilità richiede che l'oggetto possa essere materialmente o giuridicamente dedotto nel contratto, la liceità impone che lo stesso sia conforme alle norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume, pena in entrambi casi la nullità del negozio stipulato.

⁶⁹ E. GABRIELLI, *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, cit., p. 48; per un'analisi approfondita della dottrina che riconduce l'oggetto del contratto ad un elemento esterno al negozio, cfr. il precedente paragrafo 1.3.

⁷⁰ Art. 1346 c.c., rubricato "Requisiti", afferma precipuamente che: «l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile».

La determinatezza o determinabilità, previste in via alternativa dall'ultima parte dell'art. 1346 c.c., costituiscono requisiti che hanno da sempre suscitato profondi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza, tanto per ciò che effettivamente il legislatore ha inteso imporre ai contraenti con la loro previsione, quanto per il fatto che hanno consentito la costruzione della categoria dei contratti *per relationem*, ovvero particolari fattispecie in cui la determinazione dell'oggetto è rimessa ad attività degli stessi contraenti o di terzi, non avente però funzione prettamente determinativa⁷¹.

In assenza di una previsione specifica del legislatore che individui chiaramente in che modo va determinato l'oggetto del contratto, la giurisprudenza ha ritenuto idoneo a tal fine ogni mezzo, a condizione che vengano rispettati i requisiti formali previsti dalla legge. Si ripetono, dunque, nelle pronunce delle Corti formule generiche ed equivocate, quali la logica delle cose, la pratica corrente, la natura del contratto, con la conseguenza che si è affacciata l'idea dell'impossibilità di una teoria unitaria del fatto che conduce alla determinazione⁷².

⁷¹ Per un'analisi approfondita dei contratti *per relationem*, v. il capitolo successivo.

⁷² R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 126; Cfr., sul punto, Cass., 15 marzo 1969, n. 842, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce «Obbligazioni e contratti», n. 416, «in mancanza di una norma di legge la quale stabilisca in che modo deve essere identificato l'oggetto del contratto, ogni mezzo è a ciò idoneo, purché sia atto ad una identificazione che non lasci possibilità di equivoci e non è escluso che essa possa essere fatta anche *aliunde*, con riferimento ad altri atti o documenti. Non è quindi necessaria, nei rapporti tra le parti, quando la detta identificazione concerna l'oggetto di un contratto di compravendita immobiliare, l'osservanza dei requisiti richiesti per poter procedere alla trascrizione, la quale serve invece a rendere efficace la vendita nei confronti dei terzi indicati nell'art. 2644 cod. civ.»; Cass., 4 luglio 1975, n. 2604, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce «Contratto in genere», n. 138: «per identificare l'oggetto della compravendita immobiliare, con effetto nei rapporti tra le parti, è consentita anche la utilizzazione di riferimenti ad altri atti o documenti, oltre

Al contempo le Corti affermano, con formula da tempo ripetuta, che la determinatezza e la determinabilità del contratto «non vanno intese in modo rigoroso, dovendosi ritenere sufficientemente identificato tale oggetto, quando sia indicato nei suoi elementi essenziali⁷³», così che, spesso, il giudice è restio ad abbandonare le indicazioni contenute nella scrittura *inter partes* e finalizzate alla determinazione dell'oggetto⁷⁴.

3.1 – La determinatezza.

L'oggetto del contratto può dirsi determinato quando le parti hanno

che al contratto stesso, purché sia dato di pervenire ad una identificazione che non lasci possibilità di equivoci»; Cass., 5 marzo 1976, n. 743, in *Rep. Giust. civ.*, 1976, voce «Obbligazioni e contratti», n. 233: «in tanto la determinabilità sussiste, in quanto l'oggetto possa essere in concreto determinato con riferimento ad elementi prestabiliti dalle parti, le quali si siano accordate circa la futura determinazione dell'oggetto stesso e circa i criteri e le modalità da osservarsi a questo fine»; Cass., 13 luglio 1979, n. 4085, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce «Contratto in genere», n. 128: «qualora l'oggetto del contratto sia indicato dai contraenti mediante il riferimento ad un documento diverso da quello in cui è rappresentata la volontà contrattuale, il giudice di merito non può, in difetto di produzione di quel documento, dichiarare nullo il contratto per indeterminatezza dell'oggetto, se quest'ultimo sia ricavabile dagli altri documenti acquisiti agli atti e dal comportamento delle parti»; Cass., 12 giugno 1981, n. 3813, in *Mass. Foro it.*, 1981, n. 775, sostiene che «la determinabilità dell'oggetto del contratto, in tanto sussiste in quanto al difetto della sua precisa descrizione sia possibile ovviare con un processo logico di coordinamento degli elementi prestabiliti dalle parti»; Cass., 30 maggio 2003, n. 8810, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», n. 377.

⁷³ Sul punto, ad esempio, si veda quanto affermato da Cass. 9 agosto 1971, n. 2561, in *Rep. Giust. Civ.*, voce «Obbligazioni e contratti»,

⁷⁴ G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 20.; G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 32 ss.

integralmente predisposto i termini della regola nella loro attuale e completa consapevolezza e lo abbiano puntualmente identificato. La *ratio* della previsione di tale requisito è quella di garantire la serietà dell'impegno contrattuale, nonché di tutelare i contraenti relativamente alla prestazione che debbono adempiere o alla controprestazione cui hanno diritto⁷⁵.

A differenza dell'impossibilità e dell'illiceità che determinano la nullità del contratto stipulato, nel caso in cui l'oggetto non sia determinato (né determinabile) secondo parte della dottrina il contratto sarebbe inesistente, ossia difetterebbe dei requisiti minimi richiesti dalla legge⁷⁶.

E' opportuno precisare, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria⁷⁷, che affinché l'oggetto possa dirsi determinato non è

⁷⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 328 e s., secondo cui l'oggetto del contratto è indeterminato quando la prestazione non è stata definita in qualche suo aspetto rilevante o, qualora la stessa abbia ad oggetto l'attribuzione di un bene, questo sia precipuamente identificato, ossia il contratto indichi gli elementi necessari per la sua identificazione. Se tali elementi non sono indicati l'oggetto è indeterminato e si tratterà di vedere se sia quantomeno determinabile; se sono indicati in modo contraddittorio, tale contraddizione verrà risolta mediante un'attività interpretativa; se li indica in modo divergente dalla reale volontà della parte allora si applicherà la disciplina dell'errore; se, infine, li indica correttamente ma il bene risulta difforme da quello identificato, allora vi sarà un'attuazione difettosa della prestazione, con la conseguente applicazioni dei rimedi ad essa relativa, quali forme di garanzia e responsabilità del contraente.

⁷⁶ F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 229, secondo cui, tra l'altro, stabilire se l'oggetto di un contratto sia determinato richiede un'attenta indagine da effettuarsi caso per caso, prendendo in considerazione non solo il tipo contrattuale scelto dalle parti, ma anche le circostanze in ragione delle quali per dare assetto ai loro interessi hanno reputato di dover adottare quella particolare fattispecie, e più specificatamente quella determinazione negoziale su cui va effettuata l'indagine.

⁷⁷ Sul punto si veda per tutti l'opinione di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 327, che afferma che l'oggetto è indeterminato, e quindi il contratto è viziato, quando la prestazione non è definita in qualche suo aspetto rilevante, di conseguenza una parte non sa cosa deve prestare, mentre la controparte non sa cosa può pretendere.

però necessario che le parti abbiano definito ogni singolo elemento del negozio, ma sarà sufficiente che le stesse abbiano individuato ciò che è stato definito il «contenuto minimo contrattuale».

Il contratto può dirsi integralmente determinato anche qualora le parti ricorrano alla *relatio* formale, ossia rinviino ad elementi esterni al contratto esclusivamente per l'integrazione contestuale della dichiarazione, distinguendosi sotto questo profilo dalla *relatio* sostanziale, in cui l'integrazione concerne il contenuto e può avvenire anche in un momento successivo alla manifestazione della volontà. Nel caso di *relatio* sostanziale, in particolare, l'oggetto del contratto, seppur non specificamente determinato, sarà comunque determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c.⁷⁸.

In conclusione, i contratti determinati attraverso la *relatio* formale sono completi in tutti i loro elementi e pertanto efficaci in quanto, a differenza dei contratti determinabili attraverso la *relatio* sostanziale, l'attività successiva non costituisce un'integrazione del contenuto ma un mero accertamento dello stesso⁷⁹.

⁷⁸ Relativamente alla distinzione tra *relatio* formale e sostanziale, v. M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, Cedam, 1934, p. 252, secondo cui nella *relatio* formale vi è una manifestazione di determinazione non autonoma, tale cioè da non escludere la compiuta ed attuale individuazione dell'intento negoziale in tutti i suoi elementi; individuazione che tuttavia è in parte rimessa ad una fonte esterna di accertamento del significato della dichiarazione, laddove la *relatio* sostanziale, essendo una dichiarazione non autonoma, comporta una determinazione esterna del contenuto del volere delle parti.

⁷⁹ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 181, secondo cui nel caso in cui insorga una controversia in tale fase di accertamento relativamente alla rispondenza della determinazione successiva ai criteri contenuti nel negozio, tale controversia riguarda l'interpretazione del contratto ed eventualmente l'accertamento dell'esattezza o meno dell'adempimento compiuto e offerto, ossia l'attuazione del contratto, ma non la sua validità.

3.1. – La determinabilità.

Nel caso in cui le parti non abbiano specificamente individuato il contenuto del contratto neanche attraverso il rinvio ad elementi esterni allo stesso, ma abbiano indicato i criteri per la sua successiva determinazione, l'oggetto contrattuale, pur se indeterminato, risulta comunque determinabile e, come tale, è sottratto alla sanzione della nullità ai sensi dell'art. 1418, comma secondo, in relazione all'art. 1346⁸⁰.

A seconda delle modalità con cui si perviene all'individuazione dell'oggetto, sono state costruite diverse forme di determinabilità.

Si tratta di determinabilità convenzionale qualora i contraenti, nel contratto ad oggetto indeterminato, indicano i criteri per giungere alla successiva determinazione; in particolare, nel caso in cui il termine della *relatio* sostanziale è l'attività di un terzo all'uopo incaricato, ricorre l'istituto dell'arbitraggio⁸¹. Qualora le parti abbiano lasciato l'oggetto indeterminato, senza indicare i criteri per determinarlo *per relationem*, subentra la legge ricorrendo in tal caso una determinabilità

⁸⁰ F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 233 e s., secondo cui l'attività determinativa successiva alla conclusione del contratto può avere ad oggetto qualsiasi aspetto del contenuto, a meno che la mancata determinazione da parte dei contraenti non dipenda dall'assenza di una seria volontà negoziale da parte degli stessi. Un'eccezione alla possibilità di determinare successivamente ogni aspetto del contratto stipulato va ravvisata nell'art. 778 c.c., che esclude che possa attribuirsi ad un terzo la facoltà di designare la persona del donatario oppure di determinare l'oggetto della donazione.

⁸¹ Per un'analisi approfondita dell'istituto dell'arbitraggio si rinvia al capitolo successivo, par.

legale⁸². Infine, si tratta di determinabilità giudiziale qualora la legge disponga che, in mancanza di determinazione da parte dei contraenti o dell'indicazione dei criteri esterni, è compito del giudice svolgere tale attività⁸³.

La dottrina è solita distinguere, poi, fra determinabilità in senso stretto e determinabilità in senso lato. Nella prima ipotesi l'attività determinativa costituisce una vera e propria integrazione successiva del contratto; nel caso di determinabilità in senso lato, invece, l'oggetto è già individuato ed è richiesta una mera attività di calcolo o di specificazione, ad opera del contraente che vi è tenuto, da ricondurre al momento dell'esecuzione del contratto, che sarebbe di per sé già completo⁸⁴.

⁸² In realtà, parte della dottrina evidenzia come l'attenzione degli studiosi sulla disciplina di parte speciale dei contratti sia stata, sotto questo profilo, del tutto sporadica e addirittura quasi superficiale. Così G. GITTI, *L'oggetto*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 228 e ss., che richiama, sul punto, numerose ipotesi in cui le parti non hanno determinato il prezzo, né hanno stabilito il modo di determinarlo. Si pensi alla regola prevista dall'art. 1474, nel caso in cui il contratto non prevede espressamente il prezzo di una compravendita, né le parti abbiano indicato i criteri con i quali pervenire a tale determinazione. Tale schema, poi, si può riscontrare nella disciplina dei contratti di impresa nominati nel codice civile: si pensi al contratto di somministrazione, ex art. 1561 c.c., al contratto di appalto, ex art. 1657 c.c., al contratto di mandato oneroso, ai sensi dell'art. 1709 c.c., a quelli di commissione, di cui all'art. 1733, di spedizione, ex art. 1740 c.c., di mediazione, ai sensi dell'art. 1755 c.c., o ai contratti di opera e d'opera intellettuale, di cui agli artt. 2225 e 2233 c.c..

⁸³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 329, secondo cui la mancata determinazione ad opera delle parti non deve dipendere dal fatto che le stesse non sia riuscite a pervenire ad un accordo sul punto, poiché in tal caso non si tratterebbe di un'ipotesi di mancata determinazione, con la conseguente applicazione delle forme di determinabilità legale o giudiziale, ma dovrebbe ravvisarsi la mancata conclusione del contratto, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente.

⁸⁴ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 181, secondo cui, in tal caso il problema concerne non la determinazione dell'oggetto, ma, al pari di quanto può avvenire per un contratto avente un oggetto pienamente determinato, una mera valutazione tecnica della rispondenza tra l'attuazione del contratto ed il contenuto (già determinato) di questo. In

Occorre evidenziare come la giurisprudenza, a causa della terminologia utilizzata dal legislatore nella formulazione delle disposizioni relative determinabilità, abbia adottato nel tempo formule spesso ambigue per individuare i requisiti minimi che soddisfano l'esigenza di certezza riconducibile a tale requisito, dando così vita a profonde incertezze interpretative sul punto⁸⁵.

Il motivo che ha spinto il legislatore ha inserire, nell'art. 1346 c.c. accanto alla determinatezza, il requisito della determinabilità sembra allora essere quella di garantire alle parti un sufficiente grado di elasticità del contratto. Tuttavia, la stessa elasticità non è scevra da rischi, soprattutto in relazione ad alcune modalità di determinazione dell'oggetto, un tempo non viste di buon occhio dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ma che sempre più spesso risultano essere di grande utilità, quali la determinazione unilaterale e bilaterale.

Alla luce di quanto detto finora, si rende opportuno valutare il

caso di controversia, di conseguenza, la questione deve essere risolta dal giudice, il quale non compie, tuttavia, la determinazione.

⁸⁵ E. GABRIELLI, *Dell'oggetto del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Milano, Utet, 2011, p. 749, secondo cui la giurisprudenza, sul presupposto che manca una norma di legge che stabilisca in che modo deve essere identificato l'oggetto del contratto, ritiene idoneo a tal fine ogni mezzo, ferma restando l'esigenza di requisiti formali, e quindi si serve di formule generiche quali la «logica delle cose», la «pratica corrente», la «natura del contratto», gli «elementi risultanti dal contratto stesso». Tali formule sembrerebbero invero nascondere un'interpretazione oggettiva del contratto, posta in essere secondo parametri desunti dall'esame complessivo delle disposizioni, delle clausole e dell'intero programma concordato e predisposto dalle parti, nonché dal tipo contrattuale che presiede la singola operazione economica

rapporto tra l'attività determinativa e l'autonomia privata, così da analizzare fino a che punto un oggetto può essere considerato determinato o determinabile, e quale sia il limite tra un oggetto indeterminato ma determinabile e tra un oggetto indeterminato e indeterminabile.

CAPITOLO 2

LA DETERMINAZIONE SUCCESSIVA DELL'OGGETTO. STRUMENTI E LIMITI.

SOMMARIO: 1. La determinabilità bilaterale (rinvio). – 2. L'arbitraggio e l'autonomia privata: il problema dei limiti. – 2.1. La clausola di arbitraggio tra completezza e perfezionamento del contratto. – 2.2. L'arbitraggio: origini storiche. – (*segue*) e prospettiva comparatistica. – 2.3. La disciplina delle ipotesi speciali di arbitraggio. – 2.3.1. La determinazione del terzo nei negozi *mortis causa*. – 2.3.2. La determinazione del terzo nei contratti tipici – 2.4. Gli istituti affini: l'arbitrato e la perizia contrattuale – 3. La determinabilità unilaterale (rinvio).

1. – La determinabilità bilaterale (rinvio).

Nella prassi contrattuale accade spesso che le parti ricorrano a modalità di completamento successivo del negozio, per poter gestire operazioni economiche complesse che si sviluppano in un contesto di incertezza e sono destinate a durare nel tempo⁸⁶.

Tra queste tecniche è ampiamente trattata in dottrina e in giurisprudenza la determinazione bilaterale, o consensuale, con cui le parti rinviando il completamento del contratto ad un loro successivo

⁸⁶ In questo senso, A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 12, che evidenzia come la contrattazione incompleta non rappresenta una fattispecie anomala o giuridicamente atipica, avendo il legislatore espressamente disciplinato una forma di determinazione del contratto incompleto, ossia l'arbitraggio, ex art. 1349 c.c. Per un approfondimento della controversa figura del contratto incompleto si rimanda al successivo capitolo 3.

accordo, che spesso consiste in una vera e propria rinegoziazione.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, la determinabilità bilaterale ha sollevato alcuni interrogativi, quali la compatibilità di tale completamento successivo con i requisiti di determinatezza e determinabilità o se il rinvio ad un accordo postumo delle parti impedisce la formazione della fattispecie⁸⁷.

2. – L'arbitraggio e l'autonomia privata: il problema dei limiti.

Fra le varie forme di determinabilità dell'oggetto contrattuale l'arbitraggio, ossia l'ipotesi in cui la determinazione viene deferita ad un terzo all'uopo incaricato dalle parti, costituisce certamente l'ipotesi più nota e meno contrastata, poiché rinviene la propria disciplina nell'art. 1349 c.c.⁸⁸.

Il motivo che ha spinto il legislatore a prevedere l'istituto in questione va individuato nel voler consentire alle parti la possibilità di

⁸⁷ Per un'analisi della determinabilità bilaterale si rinvia al capitolo 3.

⁸⁸ L'art. 1349 c.c. rubricato "Determinazione dell'oggetto", prevede 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».

risolvere un conflitto di interessi in cui incorrono nella conclusione del contratto, senza dover però sopportarne gli eccessivi costi transattivi⁸⁹.

Il presupposto, quindi, della rimessione al terzo dell'attività determinativa, va individuato certamente nella difficoltà ad accordarsi su alcune parti del regolamento contrattuale o, in via alternativa, nell'assenza di informazioni necessarie ai fini della determinazione del regolamento stesso⁹⁰. Al contrario, secondo parte della dottrina, l'arbitraggio non sarebbe di grande utilità qualora il terzo non sia in grado di ottenere le informazioni necessarie per svolgere il proprio incarico a causa di circostanze che comportino la non verificabilità delle informazioni necessarie alla conclusione del contratto⁹¹.

L'arbitraggio costituisce certamente la forma di determinabilità meno controversa, poiché fondata sull'espressa disciplina prevista dal legislatore. In quanto espressione dell'autonomia privata, tuttavia, occorre individuare i limiti che l'ordinamento predispone sia nel rimettere ad un terzo la determinazione dell'elemento negoziale

⁸⁹ E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 179, che sottolinea come nell'istituto dell'arbitraggio le parti concludono un contratto efficace nella risoluzione del conflitto di interessi che le riguarda, ma scelgono di non determinarne l'oggetto, lasciandolo di fatto volontariamente incompleto, poiché preferiscono rimettersi su qualche profilo all'attività e all'atto del terzo all'uopo incaricato

⁹⁰ V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, Esi, 2000, p. 206 s., che mette in evidenza l'incertezza relativa all'accordo di rinegoziazione, richiamando sul punto l'esperienza negli altri ordinamenti nella determinazione da parte del terzo.

⁹¹ A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 47, che ritiene più utile, qualora sussistano asimmetrie informative tali da comportare la non verificabilità delle informazioni necessarie alla determinazione dell'oggetto contrattuale, che le parti, piuttosto che rimettersi all'arbitratore, privilegino una determinazione consensuale successiva, purché *ex post* le suddette informazioni risultino osservabili quantomeno fra di esse.

mancante («contratto di arbitraggio tra le parti»), sia nel segnare l'ambito del potere di rinvio delle parti al terzo («contratto tra le parti, o ciascuna parte separatamente, e il terzo»), sia, infine, nel circoscrivere l'esplicazione, e quindi anche i limiti, del potere determinativo del terzo⁹².

Una prima questione riguarda l'ambito di applicazione dell'arbitraggio, ossia se le parti possano richiedere l'intervento del terzo per la determinazione di qualsiasi aspetto del contratto, oppure se

⁹² E. GABRIELLI, *Dell'oggetto del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, cit., p. 808 e ss., che sottolinea come l'attività di determinazione richiesta al terzo può essere di tipo alternativo o di tipo generico, affermando che «nel primo caso, la determinazione dell'arbitratore potrebbe riguardare non soltanto la prestazione, o una qualsiasi altra modalità del contenuto del contratto, ma la stessa scelta del tipo contrattuale che le parti sono intenzionate a porre in essere, a condizione che le soluzioni proposte non divergano tra loro al punto tale che si debba perfino dubitare circa l'esistenza di una seria volontà di contrarre ad opera delle parti del negozio. Quando la determinazione debba farsi su una fra più soluzioni prospettate dalle parti in forma alternativa non si porrebbe per l'arbitratore il problema di procedere secondo equo apprezzamento o secondo mero arbitrio; né per l'atto con cui procedere a tale determinazione (che dovrebbe qualificarsi quale atto di scelta, piuttosto che di arbitraggio) si porrebbe il problema se sia eventualmente impugnabile perché manifestamente iniquo od erroneo o addirittura perché compiuto in mala fede. Resterebbe comunque ferma l'impugnazione per violenza e per dolo, se non per errore, non potendosi ammettere che l'atto sia validamente compiuto quando sia stato determinato da raggiri o minacce. Nel caso di indeterminatezza di tipo generico, per cui all'arbitratore sarebbe lasciato un più ampio campo di scelta, qualora l'arbitratore non abbia soluzioni prestabilite dalle parti e quindi possa, e debba, procedere con un apprezzamento più libero nell'ambito di classi di dati che per lo più dovranno essergli prestabilite dalle stesse parti in forma diretta o indiretta il problema si presenterebbe più delicato, dovendosi allora avere riguardo ad una pluralità di fattori, variabili da caso a caso». Sul punto cfr. anche F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 204 e ss. Relativamente ai limiti previsti per l'applicazione dell'arbitraggio, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 351, secondo il quale la possibilità di affidare la determinazione dell'oggetto a un terzo arbitratore incontra limiti specifici, come nel caso della donazione, di cui all'art. 778 c.c., e limiti più generali, derivanti dal senso stesso dell'atto di autonomia privata. Con riferimento a questi ultimi, in particolare, non sembra essere ad esempio ammissibile che sia il terzo a determinare integralmente la prestazione contrattuale, nel caso in cui i contraenti non abbiano nemmeno provveduto ad indicare qualche criterio di identificazione, poiché in tal caso verrebbe a mancare anche il requisito minimo della determinabilità dell'oggetto.

la disciplina prevista dal legislatore costituisca una gabbia dalla quale l'autonomia privata non ha possibilità di evadere. In altre parole, occorre chiedersi, alla luce delle numerose ipotesi in cui è previsto l'intervento del terzo nel codice, se l'istituto in questione abbia un carattere così generale da poter sopperire ad ogni forma di incompletezza del contratto, sia essa relativa a elementi essenziali o accidentali dello stesso⁹³.

In primo luogo, in particolare, è opportuno interrogarsi sui limiti dell'autonomia delle parti alla luce di quanto disposto dal comma primo dell'art. 1349 c.c., che si esprime per una «determinazione della prestazione dedotta in contratto». Possono i contraenti rinviare al terzo la determinazione di un elemento diverso del rapporto contrattuale oppure l'art. 1349 c.c. segna un limite invalicabile per l'autonomia privata?

Sul punto, la dottrina ha assunto posizioni differenti.

Secondo una prima ricostruzione, l'art. 1349 sarebbe stato introdotto proprio per formulare una nozione di arbitraggio a carattere generale affianco alle ipotesi specifiche previste, in modo frammentario, nel resto del codice e alla quale le parti potrebbero ricorrere qualora non possano avvalersi delle forme specifiche⁹⁴.

⁹³ Sul punto si vedano le opinioni di G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, Jovene, 1992, p. 16; A. DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1999, I, p. 160. G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 617.

⁹⁴ E. GABRIELLI, *Dell'oggetto del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, cit., p. 808, secondo cui, pertanto sussisterebbe nel nostro ordinamento una figura generale di

Un'impostazione meno rigida è stata assunta da parte della dottrina che, con un'interpretazione più ampia, ha riconosciuto la possibilità per i contraenti di devolvere al terzo la determinazione non solo della prestazione, ma di qualsiasi elemento del contratto, spingendosi a conferire all'arbitratore il potere di individuare il tipo di contratto che le parti hanno inteso stipulare o addirittura l'intero contenuto del negozio⁹⁵.

Si registra, poi, una posizione intermedia tra quelle sopra descritte, assunta da coloro che, pur sostenendo che l'intervento del terzo potrebbe avere ad oggetto qualsiasi elemento del negozio stipulato, affermano che la determinazione compiuta avrebbe carattere necessariamente parziale. Se infatti si ammettesse che le parti potessero rimettersi integralmente alla determinazione del terzo – e la stessa potrebbe avere ad oggetto anche il contratto nella sua interezza – allora si violerebbe il principio di parità delle parti, determinando un

arbitraggio, disciplinata dall'art. 1349 c.c. e con il limite invalicabile della determinazione della prestazione, e una serie di ipotesi specifiche sparse nel resto del codice civile.

⁹⁵ Sull'ammissibilità del rinvio all'arbitratore per la determinazione di un elemento diverso dalla prestazione cfr. ad esempio, Cass., 27.7.1957, n. 3167, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 2097, con nota di M. BARBA, *Dell'impugnazione dell'ordinanza di nomina degli arbitri e di altre questioni in tema di arbitrato*, secondo il quale nel negozio *per relationem* «nulla vieta che il rinvio possa avere per oggetto la disciplina di una parte o addirittura la disciplina integrale del rapporto contrattuale». Sul punto si vedano anche le opinioni di R. CORRADO, *Il negozio d'accertamento*, Torino, Ist. Giur. Della Regia Univ., 1942, p. 174; F. SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Riv. dir. privato*, 1932, I, p. 272, ed ora in ID., *Saggi di diritto civile*, Napoli, p. 770; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 21. Sull'argomento, per alcune sintetiche notazioni comparatistiche, si veda anche M.J. BONELL, *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 323.

ingiustificato assoggettamento del contraente all'arbitratore⁹⁶.

La giurisprudenza, inoltre, sembra in alcune pronunce fare proprio l'orientamento più estensivo, sostenendosi che «l'arbitraggio può riferirsi non solo ad un elemento non essenziale del contratto, ma a qualsiasi altro elemento non definito direttamente dalle parti e inerente allo sviluppo successivo del rapporto⁹⁷».

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, il rischio in cui si incorre è quello di considerare l'art. 1349 c.c. una norma, di fatto, inutile, in quanto l'applicabilità la funzione svolta dall'istituto dell'arbitraggio discenderebbe comunque dai principi generali dell'ordinamento. Dovrebbe allora concludersi che l'arbitraggio può trovare applicazione soltanto in due categorie di ipotesi, una a carattere speciale e l'altra generale: nel caso in cui lo stesso sia stato espressamente previsto dalla legge oppure, in assenza di tale specifica previsione, quando ci si trovi nella situazione espressamente contemplata dall'art. 1349 c.c., che limita però l'intervento dell'arbitratore all'individuazione della sola prestazione dedotta nel

⁹⁶ In realtà, relativamente alla violazione del principio di parità delle parti, si registrano opinioni contrastanti. Secondo alcuni autori sarebbe necessario e sufficiente, per non violare il principio, che le parti abbiano individuato la causa del contratto e la natura delle prestazioni reciproche, cfr., a tal proposito, C.M BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 330; secondo altri, invece, il principio di reciproca parità non verrebbe leso neanche qualora i contraenti devolvano integralmente la determinazione del contratto al terzo, poiché essi si autolimitano volontariamente a vicenda e di comune accordo, cfr. sul punto, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 21, che sottolinea come esistano, nel nostro ordinamento, strumenti che consento di conferire ad un terzo poteri ben più ampi rispetto a quelli previsti dall'art. 1349, come la procura generale conferita senza l'obbligo di rendiconto o il potere del rappresentante di concludere un contratto con se stesso.

⁹⁷ Cfr., fra le tante, la celebre Cass. 4 marzo 1968, n. 700, in *Mass. Foro it.*, 1968, 169.

contratto⁹⁸.

2.1. – La clausola di arbitraggio tra completezza e perfezionamento del contratto.

Una delle questioni maggiormente controverse che ha riguardato la determinazione del terzo è quella della qualificazione del contratto in cui è stata inserita la clausola di arbitraggio; si discute, infatti, se lo stesso possa essere definito un contratto completo oppure incompleto.

Ai fini della presente indagine, il punto cruciale del problema non tanto è costituito dal mancato perfezionamento del contratto poiché le parti non sono pervenute ad un accordo, quanto, piuttosto, le conseguenze che si verificano nel caso in cui, pur essendo manifesta la volontà delle parti di impegnarsi reciprocamente, esse non si accordino completamente sul contenuto che il contratto deve possedere al fine di conseguire la causa del negozio che perseguono e pertanto rinviando ad

⁹⁸ Sul punto, E. GABRIELLI, *Dell'oggetto del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, cit., p. 810, che richiama quanto affermato da G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, cit., p. 617, il quale afferma che l'arbitraggio sarebbe dunque una figura generale «non perché ad esso le parti possano ricorrere, al di fuori dei casi espressamente disciplinati, per ottenere la determinazione di uno qualsiasi degli elementi negoziali mancanti, bensì perché nessun limite il legislatore avrebbe posto al potere delle parti di deferire a un terzo appunto la determinazione dell'oggetto contrattuale. Su questo solo piano esso potrebbe trovare applicazione al di fuori dei casi previsti espressamente».

un terzo per una successiva determinazione⁹⁹.

In altre parole, occorre chiedersi se l'istituto in questione sia in grado di incidere sul procedimento di formazione del negozio cui accede, ossia se il contratto sia fin dall'origine perfetto, oppure se lo stesso si perfezioni soltanto a seguito della determinazione dell'arbitratore¹⁰⁰.

Prima di illustrare le diverse posizioni della dottrina sul punto, è utile una premessa.

Il problema sembra essere soprattutto questo: il contratto con clausola di arbitraggio, oltre che incompleto, può ritenersi, dal punto di vista del suo procedimento formativo, integralmente perfezionato¹⁰¹?

⁹⁹ La distinzione tra le due ipotesi è di grande rilevanza, in quanto mentre nel primo caso i contraenti non riescono a giungere ad un accordo in quanto manca la volontà di impegnarsi reciprocamente, nel caso dell'arbitraggio richiedono l'intervento del terzo per la determinazione di un elemento successivo, ferma la volontà generale di concludere il contratto.

¹⁰⁰ M. VASETTI, voce «Arbitraggio», in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 830; sul punto si veda anche l'opinione di G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 53, che, in particolare, mette in evidenza le criticità derivanti dall'utilizzo ambiguo della nozione di «perfezione» e «completezza» del contratto, specie in relazione alla determinazione del terzo.

¹⁰¹ Secondo alcuni autori dovrebbe pervenirsi a soluzioni diverse a seconda che si consideri la determinazione del terzo un mero atto dichiarativo oppure un atto costitutivo del contratto, in considerazione del contenuto prettamente negoziale. A favore della prima impostazione, si registra la posizione di R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 387 ss.; mentre aderisce alla teoria dell'atto costitutivo, L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 129 ss. A favore di una distinzione della natura dell'atto a seconda che si tratti di *arbitrium merum* o di *arbitrium boni viri*, si veda invece l'opinione di U. NATOLI, *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, in *Giur. Compl. Cass.*, 1946, II, p. 178, che afferma che mentre nel caso in cui il terzo agisca secondo equo apprezzamento l'atto di determinazione ha natura dichiarativa, qualora ci si rimetta al suo mero arbitrio lo stesso ha natura costitutiva. Nella stessa linea si pone anche G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Ann. Semin. Giur. Univ. Palermo*, Cortona, 1923, p. 62 ss, secondo cui, pertanto, nel primo caso il contratto è perfetto sin dall'inizio, mentre nel secondo richiede l'attività dell'arbitratore per il perfezionamento. In chiave critica nei confronti di tale ultima

In altri termini: un contenuto contrattuale incompleto può sospendere il perfezionamento del contratto fino al momento in cui intervenga la determinazione dell'arbitratore, pur in presenza di una manifesta e immediata volontà delle parti di impegnarsi reciprocamente¹⁰²?

Sul problema della completezza o incompletezza del contratto con clausola di arbitraggio si sono registrate diverse opinioni in dottrina.

Una delle più risalenti impostazioni qualifica il contratto in questione come «incompleto ma suscettibile di completamento, che anzi le parti si sono impegnate a completare»¹⁰³. I sostenitori di questa tesi sostengono, dunque, che il negozio con clausola di arbitraggio non può essere considerato perfetto proprio perché, sino alla determinazione del terzo, non è ancora del tutto completo¹⁰⁴.

L'orientamento maggioritario sostenuto in giurisprudenza sembra,

posizione, in particolare, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 766 ss., che evidenzia come l'arbitratore tecnico deve compiere un'attività integralmente vincolata, dovendo lo stesso limitarsi ad applicare i rigorosi criteri previsti dalle parti nel contratto, non facendo altro che accertare un elemento o un fatto del negozio stipulato.

¹⁰² A. FICI, voce «Contratto incompleto», in *Dig. disc. priv.*, IV, cit., p. 420.

¹⁰³ Così afferma testualmente E. GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 293.

¹⁰⁴ In questo senso, T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 216; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 68; G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, cit., p. 619, che, in particolare, sottolinea come nell'arbitraggio il negozio che ne è presupposto lo indica come attività determinativa di un elemento mancante, che viene temporaneamente sostituito attraverso la *relatio*, con la conseguenza che l'intervento del terzo costituisce un requisito della progressiva formazione del contratto e che il perfezionamento avviene al verificarsi dell'attività determinativa e con efficacia *ex nunc*, come risultato di un intervento che fa parte della struttura negoziale.

tuttavia, contraddire questa interpretazione quando afferma che i contraenti richiedono al terzo di individuare, al posto loro, «il contenuto di un contratto già concluso ma non completo, per modo che l'arbitratore con la propria attività volitiva ed autonoma, concorre alla integrazione ed alla formazione del contenuto del negozio stesso¹⁰⁵».

Una diversa opinione, aderendo ad una posizione intermedia, sostiene che per individuare correttamente il momento di conclusione del contratto, e cioè quando lo stesso possa dirsi perfetto, occorre interpretare la volontà delle parti. Infatti, potrebbe addirittura accadere che i contraenti, pur rinviando al terzo per l'attività determinativa, intendano considerare il contratto già concluso fin dall'inizio, salvo poi tornare sui propri passi ritenendolo non concluso nel caso di mancata determinazione dell'arbitratore¹⁰⁶. Secondo questa dottrina, dunque si

¹⁰⁵ Per una disamina della giurisprudenza, sul punto, v. E. GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitrato*, cit., p. 293, che riporta il costante orientamento inaugurato da Cass., 1 aprile 1965, n. 561, in *Rep. Giust. civ.*, 1965, voce «Compromesso e arbitrato», n. 13, secondo cui «agli arbitri è devoluta la determinazione di una porzione del contenuto od oggetto di un contratto, in sostituzione delle parti, cioè l'integrazione di un negozio, già concluso ma non completo, con l'elemento mancante, in modo che gli arbitri concorrano, con le parti, nella formazione del negozio»; sulla stessa linea si pongono poi, Cass., 24 novembre 1966, n. 2795, in *Rep. Giust. civ.*, 1966, voce «Compromesso e arbitrato», n. 1; Cass., 20 aprile 1968, n. 1223, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, voce «Compromesso e arbitrato», n.1; Cass., 3 ottobre 1970, n. 1788, in *Rep. Giust. civ.*, 1970, voce «Compromesso e arbitrato», n.1; Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Rep. Giust. civ.*, 1996, voce «Compromesso e arbitrato», n. 25, nei termini enunciati nel testo.

¹⁰⁶ In questo senso, P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, Giappichelli, 1940, p. 53, che afferma come sia tutta una questione di interpretazione della volontà dei contraenti, seppure l'autore ritenga che in linea generale il momento in cui il contratto debba essere considerato perfetto sia quello in cui le parti abbiano operato il rinvio al terzo, in quanto è proprio in quel momento che le reciproche volontà si sono incontrate. Di contrario avviso, sul punto, G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., p. 46, secondo il quale il problema della perfezione o meno del contratto non potrebbe essere ridotto ad una questione interpretativa della volontà delle parti che si sostanzia nell'accertare se queste, nel concludere il contratto, abbiano o meno voluto un contratto perfetto o completo. Secondo l'Autore, infatti, «il

tratterebbe di una sorta di condizione che, in caso di mancato avveramento, determinerebbe un'inefficacia del contratto sopravvenuta per mancato perfezionamento dello stesso.

Una terza teoria, infine, qualifica il contratto con clausola di arbitraggio in ogni caso completo e idoneo a spiegare tutti gli effetti giuridici da esso derivanti. Invero, sono numerose le ricostruzioni che, pur pervenendo a tale conclusione, muovono da assunti differenti. Secondo alcuni autori, l'arbitratore compie attraverso la determinazione un nuovo negozio che accede al negozio principale, di per sé perfetto; le parti, infatti, stabilendo il criterio di determinazione con la clausola di arbitraggio non hanno posto in discussione la perfezione del contratto ma la sua sola efficacia, da intendersi sospesa fino alla prestazione dell'arbitratore, col rischio di un venir meno del perfezionamento in caso di inadempimento dell'arbitratore¹⁰⁷.

Anche la dottrina che richiama la natura dell'incarico del terzo, negando il carattere volitivo autonomo dell'atto da lui compiuto, riconosce la completezza del contratto concluso dalle parti pur con la clausola di arbitraggio¹⁰⁸.

contratto, in altri termini, o è completo o non lo è, a prescindere dalla volontà dei contraenti».

¹⁰⁷ SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 769 ss., che sottolinea sia il carattere volitivo dell'attività dell'arbitratore, sia come la sua volontà sia di fatto accessoria, completando il contenuto e determinando così l'efficacia della dichiarazione principale dei contraenti. Nonostante tale accessorietà, tuttavia, l'attività del terzo costituisce un negozio giuridico autonomo, con una propria rilevanza ed efficacia distinte da quello concluso dalle parti.

¹⁰⁸ Infatti, il contratto con clausola di arbitraggio deve considerarsi già perfetto poiché le parti hanno raggiunto l'accordo su ogni punto, compreso quello relativo alla determinazione dell'elemento non ancora specificato, E. GABRIELLI, *Contratto completo e*

Alcuni autori, poi, insieme a rilevanti orientamenti giurisprudenziali, riconoscono la completezza del contratto con clausola di arbitraggio facendo riferimento alla figura del negozio *per relationem*¹⁰⁹. In realtà, è stato osservato che il rinvio all'arbitratore non sarebbe in grado di incidere sul perfezionamento del contratto, quanto più che altro sulla sua efficacia. Il contratto concluso, quindi, sarebbe di per sé perfetto in presenza di tutti gli elementi costitutivi richiesti dalla legge, anche se per la determinazione di uno di essi le parti decidano di rimettersi al terzo, che con la propria attività di completamento del contratto rende efficace la dichiarazione principale¹¹⁰.

clausola di arbitraggio, cit., p. 295. Nella stessa linea si pongono, tra gli altri, C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, p. 157; A. GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 66 s.

¹⁰⁹ Cass., 27 luglio 1957, n. 3167, cit., che è una delle prime pronunce che riconosce nell'art. 1349 c.c. un caso di negozio *per relationem*, con nota di M. BARBA, *Dell'impugnazione dell'ordinanza di nomina degli arbitri e di altre questioni in tema di arbitrato*, che afferma che tale fattispecie ricorre ogniqualvolta nel contratto sono inserite determinazioni non del tutto autonome della volontà, che risultano essere completabili attraverso fonti esterne alla volontà di una o di entrambe le parti; e le più recenti Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Studium Juris*, 1996, p. 619; Cass., 16 maggio 1998, n. 4931, in *Rep. Giust. civ.*, 1998, che affermano che, con l'arbitraggio, le parti demandano al terzo arbitratore la determinazione, in loro sostituzione, di uno più elementi del contratto già concluso ma incompleto.

¹¹⁰ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 48 e ss., e F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, Esi, 1996, p. 116 e ss., che, respinta la teoria secondo cui il contratto con clausola di arbitraggio rientrerebbe nei negozi *per relationem*, lo riconduce – nel caso in cui le parti si rimettano al mero arbitrio del terzo – ad una fattispecie a formazione progressiva. Da tale contratto, infatti, discenderebbero due categorie di obblighi: un primo obbligo per le parti, che sono tenute a rimettersi al soggetto da esse individuato attraverso i criteri *intuitu personae*; un secondo per l'arbitratore, che deve compiere la determinazione e non può superare i limiti imposti al proprio incarico. Nella diversa ipotesi in cui, invece, di *arbitrium boni viri*, invece, in cui i contraenti hanno rinviato all'equo apprezzamento del terzo, l'autore afferma che il nucleo essenziale del contratto deve esistere, o comunque essere desumibile, indipendentemente dalla *relatio*.

Per questo motivo è stato osservato che il fenomeno della *relatio* è estraneo all'ipotesi della mancanza di elementi essenziali del contratto, quest'ultimo essendo, pur in virtù di un richiamo e del meccanismo automatico di integrazione ad opera della *relatio*, già completo e perfetto fin dall'origine.

In definitiva, non si può non evidenziare come tutta la questione, in realtà, sorga da un'ambiguità di natura teorica, che ha portato a confondere due problematiche fra loro collegate, ma nettamente distinte: la completezza e il perfezionamento del contratto. Infatti, è stato correttamente osservato in dottrina che tali concetti sono spesso utilizzati in modo atecnico, specie in relazione alla determinazione del terzo¹¹¹. In particolare, la perfezione è caratteristica di un contratto già concluso e idoneo a produrre le relative conseguenze; la completezza, invece, va identificata nella coesistenza di tutti gli elementi voluti dalle parti e necessari per aversi un negozio giuridico. Ne deriva che un negozio potrebbe ben essere completo ma imperfetto, ovvero perfetto ma incompleto.

Sulla questione, nel corso del tempo, si sono contrapposte due diverse impostazioni. Mentre la tesi minoritaria, sostenuta in particolare sotto la vigenza del codice civile del 1865, sosteneva che la conclusione

¹¹¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 53, che evidenzia le criticità derivanti dall'utilizzo ambiguo della nozione di «perfezione» e «completezza» del contratto, specie in relazione alla determinazione del terzo. In particolare, l'autore afferma che, un contratto può al tempo stesso essere completo ma imperfetto, ovvero incompleto ma perfetto, e che spesso tali termini, privi di un valore giuridico specifico, sono utilizzati come sinonimi, oppure come contrari l'uno dell'altro, o ancora a volte come nozioni riguardanti sfere diverse di uno stesso fenomeno.

andava necessariamente identificata con la completezza del contratto, ritenendo a tal fine imprescindibile la determinazione del terzo¹¹², la tesi ad oggi prevalente – tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – afferma, invece, la completezza *ab origine* del contratto cui accede la clausola di arbitraggio. Viene pertanto respinta l'idea secondo cui il contratto principale possa essere considerato alla stregua di un contratto incompleto in quanto non ancora perfezionatosi, mentre una incompletezza in senso lato è comunque ravvisabile¹¹³.

In conclusione, è stato quindi affermato che il rinvio alla successiva determinazione del terzo non inciderebbe tanto sul perfezionamento del contratto principale quanto, piuttosto, sulla sua efficacia¹¹⁴. Il contratto sarebbe dunque perfetto e soddisferebbe, sia dal punto di vista giuridico sia dal punto di vista sostanziale, gli interessi comuni dei contraenti, tra i quali va compreso anche quello di una certa

¹¹² Cfr., sul punto, T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori, Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 216 ss.

¹¹³ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 48; C.M BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 332 s.; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., 36; M. VASETTI, voce «Arbitraggio», cit., p. 829; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 138; C.M BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, Utet, 1993, p. 516 s.

¹¹⁴ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 53, secondo cui il negozio con clausola di arbitraggio va considerato già esistente e perfetto, poiché l'intesa delle parti riguarda tutti gli elementi e tutti i punti del contratto che sono, appunto, determinati e in parte determinabili. Pertanto, il rinvio alla determinazione del terzo non incide sul perfezionamento della vicenda contrattuale ma, almeno parzialmente, sulla sua efficacia. In particolare, l'autore richiama il dibattito sviluppatosi in dottrina in tema di conclusione del contratto, ossia se l'accordo delle parti debba riguardare ogni singolo aspetto del negozio, oppure se la conclusione non è impedita dal mancato accordo su alcuni punti. Alla prima impostazione aderisce G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 194 ss; alla seconda aderisce, invece, P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 231.

dose di flessibilità dei (e nei) loro rapporti contrattuali¹¹⁵.

2.2. – L'arbitraggio: origini storiche.

La possibilità per le parti di incaricare un terzo per la determinazione dell'oggetto contrattuale rappresenta un fenomeno dalle origini antiche e che trova oggi ampia applicazione anche in ordinamenti diversi da quello italiano. Già le fonti romane, infatti, sembravano ammettere figure assimilabili al moderno arbitraggio, seppur la dottrina abbia condotto, nel tempo, approfonditi studi sulla reale configurabilità di tale istituto in tempi così risalenti e sulle differenze con l'attuale fattispecie¹¹⁶.

Seppur non sia questa la sede per approfondire una tematica tanto studiata, non si può prescindere dall'analizzare – quantomeno a grandi

¹¹⁵ A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 170 ss.; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 528.

¹¹⁶ M. RICCA BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Arch. giur.*, LXX, 1903, p. 60 ss.; G. PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 369 ss.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 24 ss.; F. BONIFACIO, voce «Arbitro e arbitratore» (Diritto romano), in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 925 ss.; G. SCHIZEROTTO, *Arbitrato improprio*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 40 s. e 56 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., p. 34 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 9 ss.; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, p. 479 ss.; ID., voce «Arbitrio del terzo», cit., p. 416; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1988, p. 111 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town–Wetton–Johannesburg, 1990, p. 253 ss.; G. BUGLIANI, *Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano classico tra diritto ed equità*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2007, p. 377 ss.

linee – quelle che sono le origini storiche dell'arbitraggio per comprendere come si sono sviluppati gli odierni criteri valutativi e di apprezzamento che tuttora caratterizzano l'istituto.

E' proprio nelle *Institutiones* di Gaio che, per la prima volta, si parla della possibilità di rinviare ad un soggetto esterno al rapporto contrattuale l'individuazione del prezzo nella stipulazione di un contratto ¹¹⁷. Tale facoltà, originariamente prevista per la compravendita, fu poi successivamente estesa anche alla locazione e ad un numero sempre maggiore di fattispecie contrattuali.

Ciò che rileva, ai fini della presente indagine, è che la determinazione del terzo poteva articolarsi, già in epoca romana, nelle forme dell'*arbitrium boni viri* e dell'*arbitrium merum*, seppur con alcune differenze rispetto alla disciplina attuale¹¹⁸.

¹¹⁷ In *Gai Institutiones*, III. 140: «Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est» (tradotto: «Il prezzo, poi, deve essere certo. Labeone, infatti, negò qualsiasi valore a una convenzione intervenuta tra di noi secondo la quale la cosa sarebbe stata comprata al prezzo stabilito da Tizio; e Cassio approva la sua opinione. Ma Ofilio, seguito da Proculo, sostiene che anche quella è compravendita»); nonché in *Gai Institutiones*, III. 143: «Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur» (tradotto: «Ci si chiede, pertanto, se sussista locazione conduzione allorché la valutazione del canone sia rimessa a un terzo, ad esempio alla stima di Tizio. Per lo stesso motivo, ci si chiede se vi sia locazione conduzione allorché io abbia consegnato delle vesti a un tintore perché le lavasse o le rimettesse a nuovo, o a un sarto perché le rammendasse, senza che sia stato fissato un compenso, intendendosi che avrei pagato quanto avessimo concordato in un secondo momento»).

¹¹⁸ In particolare, la fonte secondo cui l'intervento del terzo sarebbe stato di due tipologie è un frammento di Proculo, invero diversamente interpretato dalla dottrina. Si tratta di D. 17.2.76 (Proc. 5. *epist.*): «Societatem mecum coisti ea condicione, ut nerva amicus

Nel primo caso, infatti, l'arbitratore si sarebbe dovuto attenere ai rigorosi criteri di equità e diligenza di giudizio, nel secondo, invece, i contraenti si rimettevano ad una scelta soggettiva ed arbitraria del terzo¹¹⁹.

Superata una fase di incertezza iniziale, la dottrina ha sempre più esteso l'applicazione dell'arbitraggio. Progressivamente viene così ammessa l'ipotesi in cui la determinazione del terzo riguardi un elemento originario del negozio stipulato, e non solo per la fissazione del prezzo nella compravendita o nella locazione, ma anche per l'indicazione di quote societarie, dell'ammontare dei beni costituenti la dote, del legato, del fedecommesso, fino a riconoscere che, in caso di *arbitrium boni viri*, la determinazione dell'oggetto possa essere rimessa anche ad una soltanto delle parti contraenti, così configurando la prima forma di determinazione unilaterale¹²⁰.

communis partes societatis constitueret: nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat». Inoltre, con riferimento all'arbitraggio del terzo in ambito societario si veda anche D. 17.2.78 (Proc. 5. *epist.*): «In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est».

¹¹⁹ Sulle diverse forme di arbitraggio in epoca romana, cfr. G. PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 97 s., secondo cui il fatto che se fosse in dubbio se i contraenti avessero scelto per l'una o per l'altra modalità l'arbitraggio doveva essere inteso come *arbitrium boni viri*, ciò si verificava nelle ipotesi in cui venisse richiesto l'intervento del terzo per la determinazione di elementi accessori al negozio.

¹²⁰ Tale possibilità, invero, pur essendo ammessa nel caso di *arbitrium boni viri* viene da numerosi autori negata nel caso di *arbitrium merum*. Per un'analisi approfondita dei contrasti sul punto, cfr. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*.

L'arbitraggio viene successivamente codificato da Giustiniano in epoca post-classica con l'emanazione di una costituzione nell'anno 531 d.C.¹²¹.

La tentata semplificazione dell'istituto, tuttavia, aveva portato all'abolizione della nota distinzione tra *arbitrium boni viri* e *arbitrium merum*, rivoluzionando la natura dell'istituto sviluppatasi sino a quel momento. In particolare, l'*arbitrium* del terzo era: «boni viri», poiché le parti non si rimettono ad una scelta del terzo del tutto discrezionale ma bensì equa; «personale», in quanto non è ammessa la sostituzione dell'arbitratore con un soggetto diverso, «non impugnabile», poiché le parti non hanno la possibilità di opporsi alla determinazione, anche nel caso la stessa risultasse iniqua¹²².

L'impostazione giustinianea, quindi, si allontana da quanto sostenuto tradizionalmente dai giuristi dell'epoca classica, che riconoscevano alla volontà delle parti un ruolo cardine nell'individuazione del tipo di arbitraggio che l'arbitratore era chiamato

Obbligazioni alternative e generiche, Torino, Utet, 1966; sul punto si veda anche l'opinione di G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 21, secondo cui, in particolare, l'attività dell'arbitratore deve essere costitutiva o creativa, ma di accertamento o di semplice riconoscimento, e non può variare a seconda della persona prescelta.

¹²¹ Si tratta della costituzione C. 4.38.15.1, che pur richiamando, nel primo paragrafo, il contratto di compravendita, estendeva in quello finale l'istituto dell'arbitraggio anche alla fattispecie della locazione. Per un'analisi approfondita delle numerose interpretazioni su tale costituzione, cfr. M. RICCA BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, cit., p. 60 ss., seppur l'opinione maggioritaria la interpreta nel senso che nei contratti di compravendita e locazione fosse ammesso il rinvio della determinazione del prezzo ad un terzo, inteso come rimessione all'*arbitrium* personale del soggetto incaricato.

¹²² G. SCADUTO, *Gli arbitratore nel diritto privato*, cit., p. 51 ss.

a svolgere e, quindi, della natura della relativa determinazione¹²³.

Secondo tale ricostruzione, quindi, l'arbitraggio era sempre inteso come obbligatorio e di conseguenza accettato dalle parti qualsiasi fosse l'esito dell'attività dell'arbitratore, e ciò in considerazione della fiducia che le stesse avevano riposto nell'attività del terzo. Ed è in questo senso ed in tale contesto, quindi, che era utilizzata l'espressione *arbitrium merum*: nel senso che il terzo aveva il dovere di pervenire alla determinazione, poiché in caso di inadempimento il contratto sarebbe stato nullo senza alcuna possibilità per le parti di impugnare o di ricorrere in via sostitutiva ad un soggetto diverso, essendo *l'arbitrium* obbligatorio e personale¹²⁴.

In altre parole, si ritiene che il negozio in cui sia previsto l'intervento del terzo sia caratterizzato da una condizione sospensiva e che il negozio sarebbe inficiato da nullità solo nell'ipotesi in cui il soggetto incaricato non avesse adempiuto al proprio compito¹²⁵.

¹²³ Il riferimento è alle note posizioni dei giuristi romani Proculo e Celso, che ponevano al centro dell'istituto dell'arbitraggio l'elemento volontaristico dei contraenti.

¹²⁴ Così G. PACCHIONI, *Arbitrium merum*, cit., p. 372 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., p. 40 e ss. Per una critica sul punto si veda anche l'opinione di G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 51 ss., secondo cui gli stravolgimenti operati dall'attività di Giustiniano e l'abolizione delle due forme di arbitraggio «hanno turbato la purezza delle linee classiche e purtroppo pesato sullo svolgimento dell'istituto dell'arbitratore».

¹²⁵ F. BONIFACIO, voce «Arbitro e arbitratore», cit., 927 s. che afferma che l'impostazione giustinianea sembra essere una prima manifestazione della tesi, sostenuta da parte della dottrina più recente, secondo cui il contratto cui accede una clausola di arbitraggio è un negozio che non può considerarsi perfetto, e quindi completo, sino a quando il terzo incaricato non adempie al proprio compito. Per un'analisi delle opinioni favorevoli e contrarie a tali interpretazioni, v. E. GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, cit., p. 292 e s., che però, di fatto, respinge il riferimento alla condizione, «sia sul rilievo che la condizione non può incidere su un elemento essenziale del contratto, sia

Tali riflessioni sono state fatte proprie dalle codificazioni moderne, tra cui quella italiana del 1942.

Il codice civile italiano del 1865, come quello di commercio del 1882, a differenza di quello odierno, non disciplinava in via generale l'arbitraggio, ma prevedeva soltanto alcuni sporadici casi in cui il terzo poteva compiere un'attività determinativa¹²⁶. E' stato poi merito della prassi l'estensione dell'istituto da tali rare ipotesi anche ad altre fattispecie, fatti salvi gli espliciti divieti di volta in volta posti dalla legge e sulla base di esigenze differenti¹²⁷. Di conseguenza, proprio grazie all'attività della dottrina e della giurisprudenza del tempo che ammettevano la possibilità di affidarsi all'attività determinativa del terzo anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, può affermarsi che il principio avesse già ai tempi una portata generale¹²⁸.

in ragione della circostanza che nella fattispecie mancano i presupposti di esistenza del fenomeno condizionale, poiché la determinazione costituisce un fatto certo, per la possibilità di ottenere la sostituzione oltre che la nomina dell'arbitratore, che mal si concilia con la tesi della condizione».

¹²⁶ Tra le ipotesi specifiche in cui era previsto l'intervento determinativo di un terzo estraneo al contratto è opportuno ricordare l'art. 1474 cod. civ. sulla determinazione del prezzo nella vendita; l'art. 832 cod. civ. sull'individuazione del beneficiario nelle disposizioni a favore dei poveri; l'art. 1718 cod. civ. che, in materia societaria, consentiva la determinazione della parte con cui ciascun socio partecipava a guadagni e perdite.

¹²⁷ Così nel diritto del lavoro, delle assicurazioni, dei trasporti e, in via estensiva, con riguardo ad ulteriori tipi negoziali (ad esempio con riferimento alla determinazione dell'affitto nel contratto di locazione). Cfr. sul punto F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 43 s.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 14 s.; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Torino, Giappichelli, 2005, p. 1144; T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 218; M. VASETTI, voce «Arbitraggio», cit., 829, cit., p. 825.

¹²⁸ Sul punto v. G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 15 s., che sottolinea come, tuttavia, parte della dottrina ha sostenuto che l'ipotesi del mero arbitrio del terzo costituisse di per sé un'ipotesi eccezionale, come da tale possibile solo nei casi di un'espressa previsione legislativa; in questo senso, F.G. LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitraggi*, in *Annali Ist. Sc. giur. econ. pol. sociali Univ. Messina*, VII, 1933, p. 37; G.

Il codice civile del 1942 non si è limitato a portare avanti il lavoro già intrapreso dalla giurisprudenza e dalla dottrina passate, ampliando sempre più il numero di casi in cui è possibile ricorrere alla determinazione del terzo, ma per la prima volta ha introdotto una disciplina generale dell'arbitraggio, salvo poi prevedere, come nel codice precedente, alcuni divieti di applicazione specifici.

In particolare, l'art. 1349 c.c., che costituisce la fonte normativa principale dell'istituto, non solo prevede una disciplina generale ma è in grado di estendere l'arbitraggio anche al di fuori del contratto, rendendolo applicabile al negozio giuridico in genere e alla determinazione di qualsiasi parte del contenuto che su cui le parti non si siano accordate¹²⁹.

Il legislatore, però, oltre alla codificazione generale, ha previsto numerose ipotesi specifiche in cui l'istituto può trovare applicazione al di fuori dell'art. 1349 c.c.¹³⁰, caratterizzate da discipline così diverse fra loro che parte della dottrina si è interrogato se, ad oggi, si possa ancora

SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 51 ss. Di opinione contraria, invece, S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Vita e pensiero, 1931, p. 130 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 289.

¹²⁹ M. VASETTI, voce «Arbitraggio», cit., p. 825, secondo cui l'art. 1349 c.c. «racchiude in sé il frutto dell'elaborazione dottrina della più vasta generale categoria dell'attività del terzo intesa al completamento di negozi giuridici altrui, il che rende l'art. 1349 suscettibile di disciplinare l'arbitraggio come norma di carattere generale e di estendere perciò il proprio ambito di questo, alla determinazione di quella qualsiasi porzione di contenuto che le parti abbiano lasciato indeterminata»

¹³⁰ Per un'analisi più approfondita delle singole ipotesi specifiche di arbitraggio, previste in alternativa alla disciplina generale di cui all'art. 1349 c.c., v. *infra* par. 2.3.

parlare di un istituto unitario¹³¹.

(segue) e prospettiva compartistica.

Operata un'opportuna analisi storica dal diritto romano sino ai tempi odierni può essere utile, per comprendere appieno la *ratio* dell'arbitraggio e avere una maggiore consapevolezza dell'istituto, porre attenzione anche alle esperienze di altri ordinamenti¹³².

La figura dell'arbitratore, che, come si è visto, rinviene le proprie origini già nel diritto romano, acquisisce infatti la dovuta chiarezza solo con le codificazioni moderne, acquisendo così totale autonomia dall'istituto dell'arbitrato e superando la confusione che aveva da molto tempo contraddistinto le due fattispecie¹³³.

¹³¹ Tra gli autori spicca l'opinione di G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, cit., p. 617; per una critica a questa posizione si veda G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 16, secondo cui i dubbi sull'unitarietà dell'istituto sono ingiustificati, poiché dalla legge stessa emergerebbe la sostanziale unitarietà, disciplinata però talvolta con soluzioni che divergono l'una dall'altra proprio per garantire una migliore regolamentazione dei diversi interessi di volta in volta da tutelare.

¹³² In realtà, come sostenuto da parte della dottrina, le esperienze degli altri ordinamenti, seppur utili per acquisire una più ampia consapevolezza dell'istituto, offrono un contributo piuttosto modesto in quanto gli studi più approfonditi e completi sull'arbitraggio appartengono alla tradizione italiana, alla quale la dottrina straniera si è spesso ispirata, giungendo alla conclusione che «les juristes italiens ont trop disserté et trop polémique sur le sujet», in questo senso, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 14.

¹³³ G. GARRETTO, *Arbitro e arbitratore. Diritto intermedio*, in *Noviss. Dig. ital.*, I, Torino, 1958, p. 928 ss., secondo cui già nelle fonti non venivano opportunamente delineate le due figure e, in particolare, era descritta in modo piuttosto vago quella di *arbitrator*; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 6 s., che critica l'attività degli interpreti che, piuttosto che

Seppur l'arbitraggio trovi oggi ampia applicazione anche in molti ordinamenti stranieri, non tutti i sistemi consentono al terzo di determinare anche elementi essenziali del contratto o, addirittura, a individuarne l'intero contenuto, ma anzi tendono a circoscrivere il l'intervento dell'arbitratore limitatamente agli elementi secondari.

Il BGB, differenziandosi dagli altri codici europei, ma allineandosi sotto questo profilo al diritto italiano, disciplina in modo completo l'arbitraggio (*Schiedsgutachten*). In particolare, il legislatore tedesco ha destinato alcuni paragrafi del codice civile alla regolamentazione delle due distinte ipotesi di *Bestimmung der Leistung durch eine Partei* (disciplinata dal § 315 BGB) e *durch einen Dritten* (disciplinata dai §§ 317-319 BGB)¹³⁴.

Il § 315¹³⁵, disciplina un'ipotesi di determinazione unilaterale –

descrivere autonomamente la figura dell'arbitratore, si sono limitati ad operare paragoni e «confronti invero prematuri a causa della mancata individuazione dei profili strutturali e funzionali dell'arbitraggio, che finisce per apparire quasi come una categoria residuale, nel senso che è arbitraggio tutto ciò che non sia arbitrato o perizia contrattuale». Secondo l'autore, infatti, l'arbitraggio, pur presentando forti analogie con tali differenze istituti, ha caratteristiche peculiari tali da consentire di affermarne la totale autonomia; tuttalpiù alcune forme di arbitrato possono dirsi assorbite dall'arbitraggio, e non viceversa. Per un'analisi più approfondita delle distinzioni intercorrenti fra l'arbitraggio, l'arbitrato e la perizia contrattuale, v. *infra* par. 2.4.

¹³⁴ Per le traduzioni dal tedesco delle disposizioni codicistiche si è fatto riferimento a S. PATTI, *Codice civile tedesco, Bürgerliches Gesetzbuch*, traduzione e presentazione a cura di S. Patti, Milano, Giuffrè, 2005.

¹³⁵ § 315 BGB rubricato *Bestimmung der Leistung durch eine Partei*: «(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. (3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für die anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird».

non prevista dal nostro ordinamento – in cui l’individuazione della prestazione dedotta nel contratto viene rimessa ad una delle parti contraenti. In questo caso, afferma il codice tedesco, qualora non venga stabilito diversamente si presume che la determinazione avvenga con equo apprezzamento; di conseguenza sarà vincolante solo se conforme a equità, in caso contrario spetterà al giudice intervenire con una sentenza determinativa¹³⁶.

Ai sensi del § 317¹³⁷, qualora le parti congiuntamente si rimettano alla determinazione di un terzo, viene stabilito – analogamente al diritto italiano – che in caso di dubbio il criterio che si presume è quello di equo apprezzamento; in tal caso la disciplina corrisponde a quella già prevista dal § 315. Nel caso in cui, invece, le parti abbiano preferito il criterio del mero arbitrio del terzo, qualora lo stesso non riesca o non voglia procedere alla determinazione, ovvero la stessa avvenga tardivamente, a risultare inefficace sarà lo stesso contratto stipulato dai contraenti.

Infine, mentre il § 318 BGB si occupa dell’impugnabilità della determinazione per errore, minaccia o inganno che abbiano viziato la volontà dell’arbitratore, il § 319 BGB concerne i casi di inefficacia della

¹³⁶ Per una più approfondita analisi della determinazione unilaterale nel sistema tedesco, si rinvia al par. 4.3 del successivo capitolo 4.

¹³⁷ § 317 rubricato *Bestimmung der Leistung durch einen Dritten*: «(1) Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist. (2) Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend».

statuizione stessa¹³⁸.

Dall'analisi di tali disposizioni si evince che il BGB considera il contratto valido ed efficace anche nel caso in cui i contraenti non abbiano puntualmente identificato la controprestazione, ma si siano accordati per rinviare ad un terzo per la determinazione della stessa. In conclusione, è opportuno evidenziare come la disciplina in questione ha suscitato la critica della dottrina, secondo cui quanto previsto dal BGB in tema di arbitraggio derogherebbe al principio fondamentale del diritto delle obbligazioni, per cui un negozio può dirsi validamente concluso solo qualora siano determinati gli elementi essenziali del contratto e, in particolare, se le parti abbiano puntualmente individuato le corrispettive prestazioni¹³⁹.

¹³⁸ § 318 BGB rubricato *Anfechtung der Bestimmung* (1) Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden. (2) Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Teil. Die Anfechtung muss unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn 30 Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist. § 319 BGB rubricato *Unwirksamkeit der Bestimmung; Ersetzung*: « (1) Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschließende nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. (2) Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert»

¹³⁹ In particolare, tale critica è condivisibile alla luce degli articoli in questione, che considerano validamente concluso un contratto pur in assenza di una controprestazione esattamente specificata e la cui determinazione venga rimessa ad un terzo. Cfr., sul punto, J. JOUSSEN, *Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten*, München, 2005, p. 33; H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, p. 25; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, sub §§ 315-319, München, 2007, p. 1857; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, sub §§ 315-319, München, 2007, p. 1549; J. HAGER, in W. Erman, sub §§ 315-319, *Bürger-*

Per quanto riguarda l'esperienza francese, il *code civil*, non disciplina in generale l'arbitraggio, limitandosi piuttosto a prevedere alcune ipotesi specifiche, in tal modo differenziandosi dall'esperienza tedesca nonché dall'attuale codice civile italiano ed essendo più affine al nostro previgente codice del 1865¹⁴⁰.

La disposizione principale relativa all'arbitraggio, tuttavia, è l'art. 1592 *code civil*, relativa all'individuazione del prezzo di vendita da parte di un terzo¹⁴¹.

Nonostante difetti di una figura generale, la dottrina francese riconosce ugualmente un'applicazione generalizzata dell'istituto, sulla scorta dell'art. 1129 *code civil*¹⁴², che ammette la sola determinabilità dell'oggetto del contratto. La giurisprudenza, per contro, aderisce ad un'impostazione più restrittiva ammettendo la determinazione del terzo solo nel caso in cui la stessa abbia ad oggetto un *estimatio* (ossia corrisponda ad una stima da esprimere con una somma di denaro)¹⁴³.

liches Gesetzbuch, Handkommentar, Köln, 2008, p. 1491; C. GRUNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, sub §§315-319, München, 2010, p. 528.

¹⁴⁰ Per una breve ricostruzione dell'esperienza francese, cfr. sul punto G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 14.

¹⁴¹ Art. 1592 *code civil*, secondo cui, «il peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers»; così modificato dalla recentissima riforma risalente al luglio 2019, che ha aggiunto «sauf estimation par un autre tiers» al testo, già modificato dalla riforma del 2016, che aveva ai tempi sostituito l'originario termine «arbitrage», con l'attuale «estimation».

¹⁴² Art. 1129 *code civil*, secondo cui, «conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat»; così modificato dalla riforma del 2016, che ha sostituito l'articolo precedente, che recitava «Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée».

¹⁴³ Relativamente all'ammissibilità di un'applicazione generale dell'arbitraggio, C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987, p. 158 ss., che sottolinea la confusione

Meritano un cenno anche il diritto olandese e quello spagnolo in cui la possibilità per le parti di rimettersi alla determinazione di un terzo trova un'ampia applicazione, rispettivamente con le nozioni di *bindend advies* e di *arbitrage pericial*. In particolare, l'ordinamento spagnolo, pur non prevedendo una disciplina generale dell'arbitraggio prevede tuttavia alcuni casi specifici in cui il terzo può intervenire a completamento del contratto¹⁴⁴.

Nell'ordinamento svizzero, poi, è l'art. 19 del codice delle obbligazioni che, affermando che l'oggetto del contratto può essere stabilito nei limiti previsti dalla legge, riconosce l'ammissibilità dell'istituto¹⁴⁵.

Infine, anche i sistemi di *common law* ammettono la possibilità per i contraenti di non determinare l'oggetto del contratto ma di fissare i

dovuta all'utilizzo di un unico termine (arbitrage) per due istituti autonomi e differenti, quali l'arbitraggio e l'arbitrato; Sul punto cfr. anche J. GHESTIN, *Les obligations -Le contrat: formation*, nel *Traité de droit civil*, diretto da J. Ghestin, Paris, 1988, p. 571 ss; P. ESMEIN, *Obligations*, nel *Traité pratique droit civil français*, diretto da M. Planiol e G. Ripert, VI, Paris, 1952, p. 268 s.; B. STARCK, *Droit civil – Obligations*, Paris, 1972, p. 434 s.;

¹⁴⁴ Tra le ipotesi specifiche la principale è quella in tema di compravendita, ai sensi dell'art. 1447 del *codigo civil* – analogo al nostro art. 1474 c.c. – secondo cui, al fine di assicurare il requisito essenziale del *precio cierto* del contratto, le parti possono rimettersi all'arbitrio di una persona all'uopo determinata. Per quanto riguarda la figura dell'*arbitrage pericial*, cfr. L. DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.

¹⁴⁵ Art. 19 ZGB, rubricato *Urteilsfähige handlungsunfähige Personen. Grundsatz* «Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben. Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, sowie geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens zu besorgen. Sie werden aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig».

criteri per individuarlo, così da renderlo determinabile *ex post*¹⁴⁶.

In particolare, nel diritto inglese l'arbitraggio rinviene la propria disciplina nella *Section 9* della *Sale of Goods Act* del 1979,¹⁴⁷ relativa alla compravendita di beni mobili, mentre per quanto riguarda il diritto statunitense la norma di riferimento è l'art. 2-305 dell'*Uniform Commercial Code*¹⁴⁸. Con tale istituto le parti conferiscono ad un terzo il potere di colmare una lacuna contrattuale, cd. *filling gaps*, che va tenuto distinto dalla *valuation*, che consiste nella quantificazione di una prestazione con modalità diverse dall'arbitraggio "all'italiana"¹⁴⁹.

In conclusione, al di là delle esperienze dei singoli ordinamenti, non si può prescindere dall'analizzare l'istituto anche da un punto vista che trascende le autonome esperienze nazionali.

In particolare, la determinazione del terzo è prevista anche dai progetti di codificazione europea. In particolare, il *Draft Common*

¹⁴⁶ Seppur anche la giurisprudenza inglese abbia affermato la nullità del contratto con cui le parti genericamente si rimettono ad un loro successivo accordo relativamente al contenuto (cd. *agreement to negotiate*), G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 14; G. CRISCUOLO, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, Cedam, 1990, p. 112 s.

¹⁴⁷ *Section 9 in The Sale of Goods Act* «The price in a contract of sale may be fixed by the contract or may be left to be fixed in manner thereby agreed or may be determined by the course of dealing between the parties. (2) Where the price is not determined in accordance with the foregoing provisions, the buyer shall pay the seller a reasonable price. What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case».

¹⁴⁸ § 2-305. Open Price Term. «The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if (a) nothing is said as to price; or (b) the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or (c) the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded».

¹⁴⁹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 14.

Frame of Reference, disciplina l'istituto all'art. II. – 9:106, che consente alle parti la possibilità di impugnare statuizione del terzo solo ove la stessa risulti *grossly unreasonable*, ovvero fortemente in contrasto con il principio di ragionevolezza¹⁵⁰.

L'istituto trova, infine, una propria disciplina anche nei Principi Unidroit, a conferma dell'esigenza, sempre più sentita anche a livello internazionale, di deferire ad un terzo la determinazione dell'oggetto¹⁵¹.

2.3 – La disciplina delle ipotesi speciali di arbitraggio.

Affianco alla disciplina generale, prevista dall'art. 1349 c.c., il legislatore ha espressamente previsto anche diverse figure specifiche di arbitraggio, contraddistinte da alcune peculiarità, a cui si aggiungono anche le numerose ipotesi introdotte dalle leggi speciali o costituite dalla prassi commerciale. Come si è avuto già modo di vedere, tra l'altro, il

¹⁵⁰ L'art. II. – 9:106, rubricato "Determination by a third person", «(1) Where a third person is to determine the price or any other contractual term and cannot or will not do so, a court may, unless this is inconsistent with the terms of the contract, appoint another person to determine it. (2) If a price or other term determined by a third person is grossly unreasonable, a reasonable price or term is substituted»

¹⁵¹ L'art. 2.1.14, rubricato "Contract with terms deliberately left open", «(1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence. (2) The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently (a) the parties reach no agreement on the term; or (b) the third person does not determine the term, provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties.».

variegato panorama e le significative differenze di disciplina intercorrenti fra le suddette figure hanno indotto alcuni autori a dubitare dell'effettiva esistenza di un istituto generale unitario¹⁵².

2.3.1 – La determinazione del terzo nei negozi *mortis causa*.

L'arbitraggio trova applicazione anche nei negozi *mortis causa*, con però alcune sostanziali differenze di disciplina che rendono necessaria un'analisi specifica e separata rispetto alle ipotesi applicabili ai negozi *inter vivos*.

In primo luogo, l'applicazione dell'istituto risulta essere piuttosto circoscritta, essendo limitata ai casi tassativamente indicati dal legislatore e secondo le modalità precipuamente previste. La ragione di ciò va certamente ricondotta al principio di personalità che regola il settore testamentario¹⁵³, lasciando così poco spazio ad un intervento di

¹⁵² Sul punto, cfr. il precedente par. 2. In particolare, fra gli autori che dubitano dell'unitarietà dell'istituto, si segnala la posizione di G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, cit., p. 617; in senso contrario, invece, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 16, che ritiene tali dubbi ingiustificati, in quanto dal sistema della legge emerge chiaramente la sostanziale unitarietà dell'istituto, disciplinato talvolta con soluzioni che si differenziano al fine di regolamentare al meglio i diversi interessi di volta in volta da tutelare.

¹⁵³ Il principio di personalità della volontà testamentaria è stabilito al fine di garantire l'integrità delle disposizioni contenute nel testamento, così evitando che le stesse possano provenire da parte dei terzi interessati. Tale principio trova la sua fonte nell'art. 631 c.c., che stabilisce la nullità di ogni disposizione testamentaria con cui si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario o la determinazione della quota dell'eredità di cui il *de cuius* intende destinare ai suoi eredi. Allo stesso modo,

un soggetto diverso dal *de cuius*¹⁵⁴. Secondo parte della dottrina, inoltre, la regola della determinabilità e il principio di personalità del testamento non sarebbero *tout court* inconciliabili. L'art. 628 c.c., infatti, pur sancendo la nullità della disposizione fatta in favore di una persona che non può essere determinata, implicitamente riconosce la possibilità per il testatore di rinviare ad una fonte esterna indicando il modo di designazione del chiamato e facendo così salva l'esigenza di determinatezza¹⁵⁵.

Un'altra peculiarità dell'arbitraggio nel negozio testamentario è correlata alla forma solenne richiesta dal legislatore per quest'ultimo, con la conseguenza che la clausola con cui si incarica il terzo della determinazione deve necessariamente essere inserita nel testamento e rivestire la relativa forma, avendo inoltre un contenuto sempre predeterminato dalla legge¹⁵⁶.

Una questione particolarmente interessante, poi, è quella sulla

l'ordinamento prevede la nullità delle disposizioni che rimettono al mero arbitrio di un terzo la scelta dell'oggetto del legato, implicitamente ammettendo che la scelta possa essere operata mediante l'utilizzo del diverso criterio dell'*arbitrium boni viri*.

¹⁵⁴ L'opinione è del tutto pacifica in dottrina, si veda per tutti G. GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 804.

¹⁵⁵ In tal modo, atteso che la fonte esterna non è chiamata a completare la decisione testamentaria, il contenuto del negozio è di fatto completo, data la conformità ad uno schema legale, ma richiede un evento ulteriore (la determinazione del terzo) che lo svolga e lo dispieghi. Tale evento non integra il contenuto del negozio, ma mette in opera il congegno determinativo e lascia identificare i termini della successione. V. sul punto G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 166; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitro altrui*, cit., p. 203 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 397.

¹⁵⁶ Sul punto si veda quanto affermato da N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitro altrui*, 221 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, Esi, 1954, p. 126 s.

natura del rapporto intercorrente fra l'arbitratore e il *de cuius*. Secondo l'orientamento prevalente, infatti, dalla lettura delle norme si evince chiaramente che l'incarico al terzo debba necessariamente essere inserita nel testamento, distinguendosi con ciò da tutti quegli accordi che possono essere stipulati al di fuori del negozio testamentario¹⁵⁷.

Infine, un altro profilo peculiare della disciplina dell'arbitraggio nei negozi *mortis causa* ricorre nel caso in cui il terzo incaricato non adempia al proprio compito. Il legislatore ha infatti previsto numerose deroghe alla disciplina generale dell'art. 1349 c.c., adottando soluzioni differenziate per risolvere, di volta in volta, i diversi problemi, e rendendo poco pratica una trattazione unitaria ed organica della disciplina¹⁵⁸.

E' opportuno dare conto, seppur senza dilungarsi eccessivamente, dei casi in cui il legislatore ha ammesso la possibilità di rinviare alla determinazione di terzi nei negozi *mortis causa*.

Una prima ipotesi, disciplinata dall'art. 630 c.c., comma secondo, ricorre, nel caso in cui vi siano disposizioni testamentarie espresse

¹⁵⁷ Il riferimento è alla figura del mandato *post mortem exequendum*, con cui il mandatario si impegna a compiere determinati atti dopo la morte del mandante, valido purché non sia finalizzato ad eludere le norme sulla successione. Sul punto, v. A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 290 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, Jovene, 1974, p. 136 ss.; U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 694 ss.; F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 827 ss.

¹⁵⁸ Ciò in considerazione del fatto che, da un lato, per il *de cuius* non è possibile indirizzare in alcun modo la successione, e dall'altro per l'esigenza che i beni abbiano un nuovo titolare, per cui si scongiurano le più drastiche soluzioni, quali la nullità prevista dall'art. 1349, secondo comma, qualora, in caso di mero arbitrio del terzo, l'attività determinativa non venga svolta e le parti non si accordino per sostituirlo; sul punto v. quanto affermato da G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 163.

genericamente in favore dei poveri, quando la persona incaricata dal testatore di determinare l'uso o il pubblico istituto non possa o non voglia accettare l'incarico di arbitratore¹⁵⁹. La *ratio* della norma sembra essere quella di evitare la nullità delle disposizioni testamentaria in caso di inerzia del terzo incaricato¹⁶⁰.

L'art. 631 c.c. ha suscitato ampio interesse in quanto, al secondo comma, afferma che, in caso di successione a titolo particolare, la disposizione è valida anche qualora la persona nei confronti della quale è prevista sia individuata dall'onerato o da un terzo, purché fra persone previamente determinate dal *de cuius*, o appartenenti a famiglie o categorie di persone dallo stesso determinate¹⁶¹. La norma introduce quindi un'evidente differenza di disciplina rispetto alla successione a titolo universale, in cui l'individuazione del successore non può mai essere rimessa ad un soggetto diverso dal testatore¹⁶².

¹⁵⁹ La norma non distingue fra successione a titolo universale e successione a titolo particolare, cosicché il terzo potrebbe essere chiamato anche ad individuare l'erede. Infatti, è stato precisato in giurisprudenza che l'ente assume la qualità di erede e non quella di semplice amministratore; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 168.

¹⁶⁰ C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 473 ss.

¹⁶¹ Sul punto, Cass, 15 marzo 1993, n. 3082, in *Giust. civ.*, 1993, p. 500, che afferma: «a norma di cui al comma 2 dell'art. 631 c.c. che, in esplicita deroga al principio generale dettato dal comma 1 dello stesso articolo, prevede la validità della disposizione testamentaria a titolo particolare con riguardo al delimitato incarico di scegliere, tra più persone, o in una famiglia o categoria, predeterminate dallo stesso testatore, il soggetto beneficiario di una certa attribuzione, è una norma di stretta interpretazione, non applicabile al di là delle ipotesi in essa specificamente contemplate, talché non può trovare applicazione nell'ipotesi in cui il testatore abbia attribuito all'esecutore testamentario la facoltà di procedere a suo libito ad imprecisati e generici cambiamenti delle disposizioni testamentarie già indicate».

¹⁶² Secondo parte della dottrina la differenza di disciplina andrebbe ricondotta al fatto che, nella successione a titolo universale, l'erede subentra in tutto il patrimonio del defunto, ivi compresi i debiti, e non sembra opportuno che una tale scelta dipenda da una terza persona;

L'art 632 c.c., poi, sancendo la nullità della disposizione che lascia al mero arbitrio dell'onerato o di un terzo di determinare l'oggetto o la quantità del legato, riconosce implicitamente la validità della scelta del testatore di rimettere al terzo la scelta qualora la stessa venga effettuata mediante il criterio dell'equo apprezzamento.

Ai sensi degli art. 664 e 665 c.c. è prevista per il *de cuius* la possibilità di rinviare ad un terzo per determinazione dell'oggetto del legato. Nel primo caso, che disciplina l'adempimento del legato di genere, se la scelta è stata lasciata al legatario o ad un terzo, questi devono scegliere una cosa di media qualità; ma se cose del genere indicato si trovano nell'eredità, il legatario può allora scegliere quella migliore¹⁶³. Qualora il terzo non voglia o non possa accettare, la determinazione è espressamente concessa, in via sostitutiva, al giudice. Nel caso di legato alternativo, di cui all'art. 665 c.c., è stabilito la scelta spetta all'onerato, a meno che il testatore non l'abbia lasciata

nella successione a titolo particolare, invece, la nomina del legato non produce effetti successori e può essere lasciata all'arbitrio di un terzo, purché la scelta sia effettuata nell'ambito delle persone indicate dal testatore. Alcuni autori, poi, hanno aspramente criticato questa diversità di trattamento, ravvisando in questo caso una grave ed ingiustificata violazione del principio di personalità del testamento. Infine, vi è stato chi invece ha giustificato la norma in considerazione degli inconvenienti suscitati dalla sospensione della devoluzione dell'eredità. V. sul punto G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 170, con ampia ricostruzione delle diverse ricostruzioni teoriche.

¹⁶³ E' stato osservato, in proposito, che sarebbe stato più opportuno differenziare la scelta del legatario da quella dell'arbitratore, affermando che la prima non potesse riguardare cose superiori alla media salvo il caso in cui le stesse non si trovassero già nell'eredità, anche se è stato correttamente puntualizzato che nella soluzione del problema non si può non considerare che la formulazione della norma è dovuta proprio al fatto che il legatario non sceglierà certamente una cosa di qualità inferiore; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 174, che richiama le opinioni di M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, Utet, 2004 e A. MASI, *Dei legati*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 118 ss.

espressamente al legatario o ad un terzo¹⁶⁴.

Infine, il secondo comma dell'art. 733 c.c., sulle norme date dal testatore per la divisione, stabilisce che il *de cuius* può disporre che la stessa venga effettuata secondo la stima di una persona da lui incaricata, che non sia erede o legatario; la divisione così proposta non è vincolante per gli eredi se l'autorità giudiziaria, su istanza di uno di essi, la riconosce contraria alla volontà del testatore o risulta manifestamente iniqua.

Secondo un'opinione minoritaria, nel caso di specie, non sarebbe opportuno parlare di arbitraggio in senso stretto, poiché non è configurabile un negozio del testatore la cui efficacia è subordinata all'integrazione da parte di un terzo¹⁶⁵. In senso contrario invece si pone invece la dottrina prevalente, che riconosce nel terzo un vero e proprio arbitratore, in quanto la volontà del *de cuius* deve necessariamente essere integrata dalla fonte esterna affinché possa utilmente pervenirsi alla divisione¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Singolarmente, nell'art. 665 c.c., a differenza dell'art. 664 c.c., non è espressamente prevista la possibilità che il terzo non possa o non voglia effettuare la determinazione, ma si ritiene applicabile tale regola per analogia; così anche nell'ipotesi di legato alternativo, qualora l'arbitratore non possa o non voglia individuare il bene, la scelta viene effettuata dal giudice. In questo senso v. G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 177.

¹⁶⁵ E' quanto sostenuto da P. CARUSI, *Le divisioni*, nella *Collana di studi notarili*, diretta da Gallo-Orsi, Torino, 1978, p. 517 s., M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 178.

¹⁶⁶ A favore dell'opinione favorevole a riconoscere nell'intervento del terzo una particolare figura di arbitraggio, fra i tanti, L. MENGONI, *La successione testamentaria*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 164; L. CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte – parte generale*, Napoli, Jovene, 1977, p. 758; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 587 s.; G. GAZZARA, *Divisione eredità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 438; P. FORCHIELLI, *Della divisione*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 178; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, nel *Tratt.*

2.3.2 – La determinazione del terzo nei contratti tipici.

L'arbitraggio trova ampia applicazione anche nei negozi fra vivi avendo previsto il legislatore, accanto alla disciplina generale di cui all'art. 1349 c.c., diverse ipotesi specifiche.

L'art. 778 c.c., dopo aver previsto la nullità del mandato con cui viene attribuito ad un terzo il potere di individuare il donatario o l'oggetto della donazione, riconosce l'ammissibilità di una donazione a favore di un soggetto designato dall'arbitratore fra più persone selezionate dal donante o appartenenti a determinate categorie; allo stesso modo è valida, ai sensi dell'ultimo comma, la donazione che ha per oggetto un bene determinato dal terzo fra più cose indicate dal donante o nel rispetto dei limiti dallo stesso previsti¹⁶⁷.

La dottrina, in particolare, si è divisa in merito alla posizione del terzo incaricato e alla natura del suo rapporto con il donante. Secondo alcuni autori il terzo, con l'individuazione, non si sostituirebbe al donante e quindi non agirebbe quale suo rappresentante, in ossequio al divieto assoluto di rappresentanza nella donazione¹⁶⁸. Su un altro fronte

dir. civ. ital. diretto da F. Vassalli, Torino, Utet, 1980, p. 136; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 547, nota 509.

¹⁶⁷ Le eccezioni previste dalla norma trovano una giustificazione nel fatto che per il donante tutte le persone o cose da lui selezionate si trovano sullo stesso piano e sono ugualmente meritevoli di essere individuate dal terzo; per questo motivo l'operazione compiuta dall'arbitratore si caratterizza per essere necessariamente subordinata alla prima scelta del donante, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 183.

¹⁶⁸ La possibilità di una determinazione del terzo rappresenta, pertanto, un'attenuazione non tanto dei principi sulla rappresentanza, ma piuttosto della personalità della volizione del donante, che in questo caso viene espressa *per relationem* attraverso l'arbitratore,

si pongono coloro che negano che, nel caso di specie, ricorra una particolare ipotesi di arbitraggio, per il fatto che tale istituto sarebbe ammissibile esclusivamente nell'ambito di un rapporto bilaterale, ravvisando piuttosto una forma di rappresentanza sulla scorta delle analogie con l'offerta alla donazione¹⁶⁹. Altra parte della dottrina, infine, accogliendo una posizione intermedia fra le precedenti, qualifica il terzo come arbitratore-rappresentante¹⁷⁰.

L'art. 1286 c.c., in tema di obbligazioni alternative, stabilisce che, qualora le stesse siano caratterizzate da un'indeterminatezza parziale derivante dalla pluralità di prestazioni possibili dedotte in contratto, la scelta oltre che al debitore o al creditore può essere attribuita anche al terzo. La dottrina prevalente esclude che la scelta dell'arbitratore possa avvenire secondo il suo mero arbitrio, dovendo egli agire sempre con equo apprezzamento¹⁷¹.

Ai sensi dell'art. 1473 c.c.¹⁷², che regola l'ipotesi in cui la

restando però pur sempre una volontà del donante, B. BIONDI, *Le donazioni*, Torino, Utet, 1961, p. 138.

¹⁶⁹ A. GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., p. 137; A. TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1968, p. 352.

¹⁷⁰ U. CARNEVALI, *Le donazioni*, nel *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da P. Rescigno, VI, Torino, Utet, 1982, p. 463.

¹⁷¹ Sulle critiche fra i due criteri di determinazione, in particolare, si veda quanto sostenuto da G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 189, secondo cui, anche in questa occasione, tale distinzione si rivela inutile, poiché non è possibile che la determinazione sia iniqua, dato che le prestazioni sono già state precisamente individuate e la scelta è operata fra delle alternative prestabilite; allo stesso modo non può essere frutto di dolo del terzo, poiché un'eventuale iniquità dipenderebbe dalla valutazione delle parti e non da una scelta dello stesso.

¹⁷² Art. 1473 c.c., rubricato "Determinazione del prezzo affidata ad un terzo", «le parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente. Se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico, ovvero le parti non si

determinazione del prezzo di compravendita sia affidata ad un terzo, nel caso in cui le parti non si accordino sulla nomina dell'arbitratore o sulla sua sostituzione oppure lo stesso non voglia o non possa accettare l'incarico, quest'ultimo può essere nominato, su richiesta di una delle parti, dal presidente del Tribunale.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 1349 c.c., del quale la norma costituisce una particolare applicazione, il terzo può svolgere l'attività determinativa con mero arbitrio o con equo apprezzamento, godendo in ogni caso, in considerazione della complessità degli elementi oggetto della sua valutazione, di un rilevante potere discrezionale¹⁷³. La norma, tuttavia, si allontana dalla regola generale proprio nel caso in cui la determinazione del terzo venga per qualche ragione a mancare, non essendo concessa in tal caso la sostituzione del giudice nell'attività dell'arbitratore¹⁷⁴. Questa profonda differenza di

accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, è fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto».

¹⁷³ Sul punto si vedano le numerose opinioni della dottrina, fra cui C.M BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 466; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Torino, Utet, 1968, p. 31 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 135 ss; G.B. FERRI, *La vendita in generale*, nel *Tratt. dir. civ. ital.* diretto da P- Rescigno, Torino, Utet, 1984, p. 214. In senso contrario alla possibilità per il terzo di determinare il prezzo a suo mero arbitrio, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, p. 113 ss.; P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 85.

¹⁷⁴ Nell'ottica di un'analisi comparatistica della determinazione del prezzo di compravendita affidato al terzo, è stato osservato che in molti ordinamenti, qualora l'incaricato non adempia il proprio incarico la compravendita non si conclude. Nel diritto inglese, infatti, con l'art. 9 della legge del 1979, è prevista l'invalidità del contratto, con la possibilità per la parte di chiedere il risarcimento del danno subito se l'inadempimento del terzo è dipeso dal dolo della controparte; nel diritto francese, con l'art. 1592 cod. civ., è stabilito che la compravendita non si conclude; nell'ordinamento spagnolo, infine, con l'art. 1447 cod. civ., il contratto è del tutto inefficace. Manca, invece, sia nel BGB che nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci una norma analoga.

disciplina può essere giustificata in considerazione dell'alto grado di tecnicismo che contraddistingue la determinazione del prezzo nella compravendita, per cui si rende più opportuna la nomina di un nuovo arbitratore piuttosto che la determinazione giudiziale.

In materia societaria, infine, si segnalano gli artt. 2264 e 2603 c.c., che prevedono rispettivamente la possibilità di rinviare ad un terzo la determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite e l'ammissibilità, nell'atto costitutivo, di una statuizione che deferisca ad altri soggetti la risoluzione di questioni relative alla determinazione delle quote societarie. In particolare, la riconduzione di quest'ultima fattispecie all'istituto dell'arbitraggio non è stata pacifica in dottrina, poiché secondo alcuni autori l'organo amministrativo non si sostituirebbe agli associati nella determinazione del contenuto del contratto, ma si limiterebbe piuttosto ad una mera attività di attuazione¹⁷⁵.

2.4 – Gli istituti affini: l'arbitrato e la perizia contrattuale.

Una volta illustrato, nelle sue linee generali, l'istituto dell'arbitraggio si rende opportuno, per ragioni di completezza, porre

In tal senso, si veda quanto affermato da A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, Utet, 1991, p. 96.

¹⁷⁵ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 199.

in evidenza le differenze intercorrenti con alcune figure considerate ad esso affini, quali l'arbitrato rituale, l'arbitrato irrituale e la perizia contrattuale. Tutto ciò si rende ancora più necessario in considerazione dei profondi dibattiti sviluppatisi sull'effettiva possibilità di poter tracciare una reale linea di confine tra questi istituti¹⁷⁶.

L'arbitrato rituale è una figura di diritto processuale, disciplinata dagli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile, con cui le parti affidano ad uno o più terzi il compito di dirimere una controversia insorta su un rapporto giuridico perfetto¹⁷⁷.

Si rendono fin da subito evidenti i diversi presupposti e la diversa funzione fra l'arbitrato rituale e l'arbitraggio. Mentre nel primo il terzo, chiamato a risolvere una controversia, assolve ad una funzione prettamente giurisdizionale, nel secondo l'arbitratore determina l'oggetto del contratto spesso in assenza di alcun contrasto tra le parti¹⁷⁸.

Ha suscitato maggiori dibattiti il rapporto tra l'arbitraggio e l'arbitrato rituale, o libero, anche se è opportuno sin d'ora precisare che

¹⁷⁶ E. GABRIELLI, voce «Arbitraggio», cit., 125 ss; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 36 ss.

¹⁷⁷ L'arbitrato, quindi, presuppone l'esistenza di una lite che rende necessario l'intervento del terzo, denominato appunto arbitro, che si pronuncia con una decisione, detta lodo arbitrale. La lite e il processo costituiscono i tratti caratterizzanti dell'istituto, di tali complessità da avvicinarlo al giudizio ordinario, nel senso che il lodo e il relativo decreto del pretore, considerati nel loro complesso, non sono identificabili con la sentenza vera e propria, ma adempiono ad una funzione sotto molti aspetti analoga a quella della pronuncia del giudice. Cfr., sul punto, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 208, che richiama l'orientamento giurisprudenziale dominante.

¹⁷⁸ In questo senso si vedano quanto affermato da G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 208, che rinvia alle opinioni di A. CATRICALÀ, *Arbitraggio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 249 ss; G. LEVI, *L'arbitrato*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, Utet, 1985, p. 374.

tali due figure appaiono ormai possedere confini ben definiti e sono quindi facilmente distinguibili. L'arbitrato irrituale, infatti, nasce come reazione esasperata dalla disciplina dell'arbitrato rituale, eccessivamente processualizzata ed onerosa per le parti, al punto che finisce col condividere forme simili al processo ordinario, così vanificando la sua stessa *ratio*¹⁷⁹. Con tale istituto le parti attribuiscono ad un terzo, mediante un mandato collettivo, il compito di regolare in via transattiva un rapporto contestato, impegnandosi ad accettarne la statuizione, con la consapevolezza che la stessa non avrà – a differenza del lodo arbitrale – efficacia giurisdizionale, ma soltanto negoziale¹⁸⁰.

Sebbene in passato sia stata accolta l'opinione, ormai del tutto abbandonata, secondo cui l'arbitrato libero costituirebbe una forma specifica di arbitraggio applicata alla transazione¹⁸¹, anche in questo caso le differenze fra i due istituti sono ormai evidenti e quasi

¹⁷⁹ La grande fortuna dell'arbitrato irrituale sta proprio nella sua libertà, essendo «una trovata della fantasia giuridica, resa necessaria dal ridicolo formalismo che ispira la disciplina del nostro giudizio arbitrale», S. SATTA, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. Arbitrato*, 1974, p. 1 ss.

¹⁸⁰ Particolarmente dibattuta è stata la natura giuridica dell'arbitrato irrituale, prevalendo però ad oggi la natura unitaria dell'istituto, non essendovi diversità, ma unità di funzioni tra arbitri rituali e irrituali: giudicare e decidere una controversia ad essi deferita dalle parti. Tale concezione, infine, sembra aver ricevuto l'avvallo del legislatore con la l. 9 febbraio 1983, n. 28, che prevede che il lodo abbia un effetto naturale rappresentato dall'efficacia vincolante per le parti, ed un'efficacia esecutiva, in via soltanto eventuale, soltanto qualora si sia provveduto al deposito in cancelleria, così unificando, di fatto, le due figure. Sul punto v. G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 208.

¹⁸¹ Opinione, sostenuta inizialmente da non pochi autori, secondo cui le parti eliminano la controversia fra loro insorta mediante reciproche concessioni che si concretizzano in una transazione nella quale il terzo viene incaricato di identificarne il contenuto concreto che esse si impegnano ad accettare preventivamente. Tale impostazione è stata poi rielaborata da E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 130 ss.

universalmente riconosciute in dottrina¹⁸². Come per l'arbitrato rituale, infatti, permangono funzioni e presupposti completamente diversi, dovendo l'arbitratore non pervenire ad un lodo – neanche irrituale o libero – ma piuttosto completare la fattispecie a lui demandata con funzione prettamente negoziale¹⁸³.

¹⁸² L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, Giuffrè, 1937, p. 251 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, I, Napoli, Jovene, 1950, p. 70; G. MIRABELLI-D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, Jovene, 1994, p. 9; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., p. 51: che però, in contrasto con gli autori precedenti, affermando che l'arbitrato irrituale, a seconda della controversia su cui verte, rientrerà nell'arbitraggio ovvero nell'arbitrato rituale, non essendovi fra i due istituti ricostruzioni intermedie, nega l'autonomia dell'istituto.

¹⁸³ In senso favorevole alla distinzione tra i due istituti si segnalano alcune importanti pronunce, quali: Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2936, che afferma che «La diversità di funzione tra le due categorie di istituti – composizione di una lite in questi ultimi ed integrazione del contenuto negoziale nell'arbitraggio – si riflette anche sugli elementi caratteristici di ciascuno di essi, nonché sui loro presupposti: in quanto se la funzione dell'arbitrato (rituale o libero) è la definizione di una lite, suo presupposto fondamentale è necessariamente l'esistenza di un rapporto controverso, che induce la volontà delle parti al conferimento di poteri decisorii agli arbitri per la risoluzione delle divergenze insorte intorno ad esso. Mentre siffatto conferimento difetta del tutto nell'arbitraggio, poiché con il mandato i contraenti attribuiscono al terzo un semplice potere integrativo del contenuto del contratto, dato che non vi è alcuna controversia su cui si debba esercitare l'opera conciliativa-decisionale del terzo; ed il rapporto su cui interviene la determinazione dell'arbitratore ha un valore del tutto autonomo e non condizionato dalla preesistenza di precedenti rapporti fondamentali; Cass., sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4931, *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1055, secondo cui nella fattispecie oggetto della pronuncia ricorre «non un'ipotesi arbitrato – non avendo inteso le parti deferire alla Commissione la composizione di una lite – ma piuttosto un'ipotesi di arbitraggio, con il quale le parti demandano ad un terzo (la Commissione paritetica) di determinare, in loro sostituzione, uno o più contenuti del contratto già concluso. In tal modo l'arbitratore, con la propria autonoma attività dispositiva, concorre all'integrazione ed alla formazione del contenuto del contratto»; nonché Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1445 la quale stabilisce che «La differenza tra arbitrato ed arbitraggio deve essere ricercata nel contenuto del mandato conferito dalla parti al terzo (o ai terzi) perché mentre nell'arbitrato le parti demandano agli arbitri il compito di risolvere divergenze insorte in ordine ad un rapporto precostituito in tutti i suoi elementi, mediante l'esplorazione di una funzione essenzialmente giurisdizionale, in guisa che la decisione sia destinata ad acquistare efficacia simile a quella della sentenza del giudice (arbitrato rituale) oppure mediante la formazione, sul piano negoziale, di un nuovo rapporto riconducibile esclusivamente alla volontà dei mandanti, senza l'osservanza, per la natura non contenziosa dell'incarico, delle

In conclusione, un'altra figura i cui rapporti con l'arbitraggio sono, ancora oggi, particolarmente controversi è la perizia contrattuale.

Nella perizia contrattuale le parti attribuiscono ad un terzo, scelto per le sue specifiche competenze e denominato appunto perito, l'incarico di svolgere un'attività consistente nell'esprimere un giudizio tecnico che le parti si sono preventivamente impegnate ad accettare. Dalle peculiari competenze richieste per il terzo, insieme al fatto che lo stesso non deve risolvere una controversia ma formulare un giudizio tecnico, deriva l'impossibilità che tale giudizio sia espressione di un equo apprezzamento, con la conseguenza che le parti possono impugnarlo esclusivamente per errore, dolo, o colpa grave¹⁸⁴.

Sui rapporti tra la perizia contrattuale e l'arbitraggio, in particolare, si sono sviluppate due impostazioni contrapposte.

Parte della dottrina, sostenendo che non sarebbe possibile configurare una terza ipotesi di determinazione esterna, dotata di una propria autonomia concettuale e quindi distinta sia dall'arbitrato che dall'arbitraggio, ritiene che la perizia contrattuale assumerebbe la forma

norme contenute negli art. 806 e ss. c.p.c. (arbitrato cosiddetto libero), nell'arbitraggio, invece, le parti demandano ad altro soggetto la determinazione, in loro vece, del contenuto di un contratto già concluso ma non completo, in modo che l'arbitratore, con la propria attività volitiva ed autonoma, concorre alla integrazione ed alla formazione del contenuto del negozio stesso».

¹⁸⁴ Cfr. sul punto, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 217, che, in particolare, esclude per tale ragione che le parti possano impugnare il giudizio del perito per manifesta iniquità o erroneità e afferma come la perizia non presupponga in alcun modo l'esistenza di una controversia tra le parti, ma piuttosto una loro ignoranza su una questione tecnica, che demandando quindi ad un terzo; nonché E. GABRIELLI, voce «Arbitraggio», cit., 126 ss; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit. 264.

degli altri due istituti a seconda delle circostanze¹⁸⁵; ciò anche in considerazione del fatto che la valutazione tecnica espressa dal terzo può avere come finalità sia l'integrazione di un rapporto contrattuale non ancora del tutto determinato, sia la composizione di una controversia.

Secondo una diversa impostazione, sostenuta in dottrina ed attualmente accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, proprio in forza dell'alto grado di tecnicismo la perizia contrattuale avrebbe un'autonomia funzionale propria, differenziandosi sotto questo profilo dall'arbitraggio, in cui l'arbitratore è incaricato di determinare uno degli elementi del negozio in sostituzione delle parti¹⁸⁶. Il perito, quindi, non avrebbe un potere decisionale su controversie giuridiche, ma solo su questioni meramente tecniche, non essendo chiamato a determinare un elemento del contratto né a ricercare l'equilibrio economico, ma dovendo svolgere una valutazione tecnica attraverso le proprie

¹⁸⁵ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 333 s.; G. MARANI, *In tema di arbitrato*, cit., p. 614; M. BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, Utet, 2001, p. 26 ss; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 217, che, in particolare, ritiene che la specifica competenza tecnica del terzo nella perizia non sarebbe in grado di condizionare la natura dell'istituto, ciò in considerazione del fatto che la stessa potrebbe ben essere posseduta anche dall'arbitratore. A parere dell'autore, inoltre, la creazione di un istituto autonomo dall'arbitrato e dall'arbitraggio, non solo sarebbe scarsamente utile, ma potrebbe addirittura creare confusione ed incertezza.

¹⁸⁶ E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., p. 1160; Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006; Cass., 16 marzo 2005, n. 5678, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 840; A. CATRICALÀ, *Arbitraggio*, cit., p. 6, secondo cui aderire a questa seconda teoria significherebbe ritenere che il perito svolga un ruolo simile a quello del consulente tecnico d'ufficio, in quanto le determinazioni di quest'ultimo non sono vincolanti per il, a differenza di quanto avviene invece nell'arbitraggio, dal quale la perizia contrattuale si distingue anche per la natura della determinazione che ha contenuto meramente tecnico, privo cioè di qualsiasi *arbitrium* o valutazione soggettiva.

conoscenze e i criteri specialistici¹⁸⁷.

L'adesione all'una o all'altra impostazione è tutt'altro che di risvolti pratici poiché, considerando la perizia un istituto autonomo, l'impugnabilità della determinazione tecnica compiuta potrà avvenire per tutti quei vizi che possono inficiare qualsiasi dichiarazione di volontà, come l'incapacità, l'errore, il dolo o la colpa, differenziandosi sotto questo profilo dall'impugnazione della statuizione dell'arbitratore, che come noto può avvenire solo per manifesta iniquità o per erroneità.

3. – La determinabilità unilaterale (rinvio).

Il nostro codice civile non disciplina espressamente alcuna forma di determinazione unilaterale dell'oggetto, pertanto l'ammissibilità per i contraenti di riservare ad uno solo di essi il potere determinativo è, ancora oggi, fonte di accesi dibattiti in dottrina e oggetto di pronunce contrastanti da parte della giurisprudenza.

Come si avrà modo di approfondire nel proseguio del lavoro,

¹⁸⁷ Così, F. BENATTI, *L'oggetto e l'integrazione del contratto*, in A. GAMBARO e U. MORELLO, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 273 e s., che richiama la nota sentenza Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in cui la Suprema Corte, confermando la sentenza del giudice di secondo grado, muove dall'analisi dell'art. 1349 c.c., distinguendo l'arbitraggio dall'arbitrato irrituale, che è uno strumento di risoluzione delle controversie. Il criterio dell'equo apprezzamento, previsto in via generale qualora le parti non decidano espressamente di far riferimento a quello del mero arbitrio, rappresenta infatti l'espressione dei principi di equità contrattuale e di bilanciamento degli interessi delle parti nel contratto.

infatti, la determinabilità unilaterale si interseca con questioni di per sé altrettanto spinose, come la tutela del consumatore e il rischio di una determinazione abusiva da parte del professionista o la tutela dell'imprenditore in posizione di debolezza rispetto ad un imprenditore «forte». Occorre quindi interrogarsi sulla possibilità di coniugare la possibilità per le parti di rimettere ad un solo contraente l'individuazione dell'oggetto, quale massima espressione del principio di autonomia privata, con i rischi connaturati a tale facoltà¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Per un'analisi dell'ammissibilità di una determinazione unilaterale nel nostro ordinamento ed una sua effettiva utilità, nonché per i profili comparatistici della questione, cfr. i paragrafi 4 e seguenti del capitolo 4.

CAPITOLO 3

RAGIONI ED ESIGENZE DELL'INCOMPLETEZZA CONTRATTUALE.

SOMMARIO: 1. La nozione di contratto incompleto. – 2. La funzione e le esigenze di incompletezza del contratto. – 2.1 Autonomia privata e operazioni complesse. – 2.2 La disciplina delle sopravvenienze. – 3. Le tecniche di completamento del contratto (rinvio). – 3.1 La determinazione giudiziale dell'oggetto. Una recentissima apertura da parte della Cassazione – 4 Il problema del perfezionamento del contratto incompleto. – 4.1 Il contratto incompleto come fattispecie a formazione progressiva. – 5. Validità ed efficacia del contratto incompleto.

1. – La nozione di contratto incompleto.

Un contratto è incompleto nel caso in cui le parti non indichino compiutamente tutti gli elementi dell'accordo.

Oggetto di questa analisi è, in particolare, l'incompletezza giuridica, spesso frutto di una scelta consapevole delle parti, che si distingue dall'incompletezza economica, considerata dalla dottrina prevalente una caratteristica fisiologica del contratto e come tale sempre presente¹⁸⁹.

¹⁸⁹ In particolare, lo studio dell'incompletezza economica del contratto è stato particolarmente approfondito nella dottrina nord-americana che si occupa di *law and economics*. Tale forma di incompletezza è stata definita «esogena», nel senso che è connessa all'impossibilità per le parti di specificare le possibili soluzioni rispetto a tutti i possibili «stati del mondo», intesi come l'insieme di eventi, al di fuori del controllo dei contraenti, che sono in grado di influenzare gli incentivi delle parti, il risultato e la

Nell'ambito dell'incompletezza giuridica, in particolare, occorre distinguere fra lacune volontariamente inserite da lacune che sono, in qualche modo, subite da uno o da entrambi i contraenti.

Mentre quest'ultime, infatti, possono essere dovute ad una dimenticanza delle parti, alla consapevolezza che interverranno successivamente norme volte a colmare la lacuna o ad una scelta strategica di uno dei contraenti, le lacune del primo tipo contraddistinguono l'incompletezza deliberata, in cui volontariamente viene rimandato il completamento ad una modalità successiva specificamente individuata all'atto di conclusione del contratto¹⁹⁰.

Per le ragioni che si analizzeranno nel prossimo paragrafo, questa forma di incompletezza intenzionale è spesso frutto di una scelta strategica delle parti, nel senso che è volta al soddisfacimento di precisi interessi contrattuali.

performance contrattuale. In tal modo le parti non potranno contrattare su misure di *performance* non verificabili, ossia osservabili e controllabili da parte di soggetti diversi rispetto ai contraenti; sul punto v. G. CLERICO, *Incompletezza del contratto e responsabilità delle parti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 593. Nello stesso senso, D. VALENTINO, *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 580, che afferma che «la volontà delle parti è insufficiente a regolare l'intera operazione, di solito l'accordo regola alcuni aspetti ma non tutti, l'inevitabile presenza di lacune nel regolamento contrattuale regolato tra le parti, porta a dire che quasi sempre i contratti (specie quelli più complessi, inerenti ad operazioni e relazioni di lunga durata) sono incompleti», che richiama inoltre quanto affermato da R. SCOTT, *A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements*, in *Columbia Law Rev.*, 2003, p. 1641, secondo cui «*All the contracts are incomplete. There are after all, infinite states of the world and the capacities of contracting parties to condition their future performance on each possible states are finite*».

¹⁹⁰ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 173, che evidenzia come il fenomeno dell'incompletezza deliberata sia stata soprattutto rilevata nei contratti commerciali internazionali di durata, nei quali emerge una tendenza a considerare la determinazione del contenuto dell'accordo come un processo destinato a restare *open*.

Un contratto può essere incompleto *ab origine* oppure l'incompletezza può manifestarsi in un momento successivo alla conclusione, realizzandosi in quest'ultimo caso più propriamente una riapertura del regolamento contrattuale originariamente completo¹⁹¹.

L'incompletezza, poi, può riguardare elementi essenziali del contratto, quali la prestazione o il suo oggetto, oppure profili secondari, come il luogo o il tempo della prestazione, mirando a soddisfare a seconda dei casi interessi diversi a seconda dell'elemento non individuato al momento della conclusione¹⁹².

Infine, occorre distinguere i contratti incompleti che individuano il criterio di determinazione successiva, rispondendo così pienamente al requisito di determinabilità richiesto dall'art. 1346 c.c., dai contratti che invece non indicano tale criterio, lasciando la scelta a chi sarà tenuto a svolgere l'attività determinativa¹⁹³.

¹⁹¹ Sul punto, cfr. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 27 e s., secondo cui l'incompletezza deliberata successiva fa comprendere immediatamente il collegamento con la rinegoziazione, che non è altro che un accordo di determinazione successiva dell'oggetto, da ascrivere all'attività di determinazione consensuale di un contratto deliberatamente incompleto; allo stesso modo lo *ius variandi*, nel caso in cui il suo esercizio sia subordinato ad un termine o ad una condizione, costituisce un atto di determinazione – in questo caso unilaterale – di un regolamento contrattuale divenuto successivamente incompleto. Per un'analisi della determinazione unilaterale e bilaterale dell'oggetto del contratto, si veda il successivo cap. 4.

¹⁹² Per questo motivo non si vedrebbe l'utilità di una distinzione fra incompletezza essenziale e incompletezza relativa, in quanto il giudizio sull'essentialità e sulla relatività non potrebbe farsi dipendere da valutazioni astratte ed oggettive sulla natura dell'elemento mancante, dipendendo di fatto dagli interessi delle parti ricorrenti nel caso specifico. In questo senso A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 55, che afferma come l'elemento mancante in un contratto intenzionalmente incompleto è sempre essenziale, coincida esso con la prestazione o semplicemente con una modalità di adempimento della stessa.

¹⁹³ E' proprio la previsione di un criterio al quale dovrà attenersi la determinazione successiva il *discrimen*, individuato da parte della dottrina, fra l'ammissibilità o meno della

Fra la completezza e l'incompletezza del contratto vi è una situazione intermedia, rappresentata dal contratto flessibile¹⁹⁴. Un contratto incompleto è certamente dotato di una spiccata flessibilità, tuttavia non sempre la flessibilità coincide necessariamente con l'incompletezza¹⁹⁵.

Il contratto flessibile, infatti, va tenuto nettamente distinto dal contratto incompleto, poiché le operazioni necessarie ad adeguare il contenuto del contratto alle sopravvenienze non possono essere ricondotte all'attività determinativa. I problemi del contratto flessibile, piuttosto, sembrano allora coincidere con quelli tipici del contratto completo esposto al rischio di sopravvenienze in grado di turbarne l'equilibrio¹⁹⁶.

determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto. Sul punto si veda il paragrafo 4.2 del successivo cap. 4.

¹⁹⁴ La flessibilità è una caratteristica tipica dei contratti in cui vengono inserite clausole di adeguamento automatico (*adapation clauses*) per la gestione delle sopravvenienze. Per un'analisi dedicata del fenomeno, tratto dal sistema di *common law*, si veda il paragrafo 2 del successivo capitolo 4.

¹⁹⁵ In questo senso C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del golfo e i contratti d'impresa*, Milano, EGEA, 1992, p. 33, secondo cui, l'utilizzo dei termini incompletezza e flessibilità è motivato dalla volontà di distinguere le due ipotesi di flessibilità del regolamento contrattuale: la flessibilità originata dall'incompletezza e quella dovuta alla presenza di clausole di adeguamento automatico, dove la maggiore flessibilità si muove nel segno della completezza e non dell'incompletezza del contratto.

¹⁹⁶ Più in particolare, il contratto flessibile non potrà mai porre la questione di quale disciplina dovrebbe applicarsi nel caso in cui la determinazione successiva non venga posta in essere e, nello specifico, se sia legittimo l'intervento giudiziale in caso di mancato accordo delle parti sulla misura dell'adeguamento. Sul punto v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 32.

2. – La funzione e le esigenze di incompletezza del contratto.

Posto che il contratto può essere deliberatamente incompleto, è opportuno ora individuare le ragioni che possono indurre le parti a concludere consapevolmente un contratto dall'inizio lacunoso o che si riveli, in un momento successivo, incompleto.

Secondo parte della dottrina l'incompletezza, che sia deliberata o che sia non consapevolmente voluta da entrambe le parti, non dovrebbe essere considerata uno stato patologico del contratto, quanto piuttosto qualcosa di fisiologico e naturale, volto a realizzare dei concreti interessi delle parti¹⁹⁷. Tuttavia, l'incompletezza è una caratteristica che comporta alcuni rischi, soprattutto qualora si adisca il giudice per ottenere l'adempimento del contratto, per questo motivo occorre analizzare i motivi che possono indurre le parti a concludere un contratto incompleto.

Una prima ragione può essere ricondotta alla volontà delle parti di risparmiare sui costi di transazione, da identificarsi con le spese materiali, il tempo e l'energia per raggiungere un accordo completo in

¹⁹⁷ Sul punto, v. E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 40, che critica le diffidenze verso alcune forme di completamento successivo del contratto (in specie la determinazione bilaterale e lo *ius variandi*), poiché questi strumenti sono funzionali ad un efficace funzionamento del contratto.

tutti i suoi elementi¹⁹⁸.

Un secondo motivo può coincidere con l'intento dei contraenti di rendere il contratto *self-enforcing* senza però sostenere il costo per addivenire alla completezza del contratto stesso. In particolare, l'interazione ripetuta fra le parti e la loro reputazione – ossia l'insieme di informazioni relative al comportamento dei soggetti nel mercato – rendono il contratto *self-enforcing* nonostante sia incompleto¹⁹⁹.

Tra le principali cause di incompletezza del contratto alcune attengono alla sfera soggettiva dei contraenti, altre, invece, ai caratteri dell'operazione economica.

Spesso l'incompletezza è dovuta alla razionalità limitata delle parti, da identificarsi con i limiti cognitivi propri di ogni soggetto; con tale nozione si è soliti indicare sia la necessaria incompletezza delle informazioni, sia i difetti inerenti al processo di elaborazione delle

¹⁹⁸ La nozione di costi transattivi, in realtà, non è mai stata espressa in modo preciso dalla scienza economica e, ancora oggi, non ha un significato univoco in dottrina. Secondo la ricostruzione delle diverse opinioni svolta da E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 42, in particolare, i costi di transazione sarebbero da considerarsi l'equivalente economico dell'attrito nei sistemi fisici, intendendo con ciò che questi rappresentano un ostacolo al processo di scambio, il quale ne risulterà inevitabilmente rallentato.

¹⁹⁹ Per un'analisi dei contratti *self enforcing*, v. G. CLERICO, *Incompletezza del contratto e responsabilità delle parti*, cit., p. 594 e ss., secondo il quale le parti possono scegliere, al momento di conclusione del contratto, di concordare subito alcuni risultati e di rinviare ad un momento successivo la definizione di altri: in tal caso concordano sull'opportunità di non discutere in merito ai possibili risultati non specificati nel contratto, lasciandolo incompleto. In presenza di contratti altamente incompleti, aggiunge l'autore, diventa fondamentale e delicato il ruolo del giudice per l'interpretazione delle condizioni contrattuali. In particolare, sembra plausibile sostenere che in tali casi i giudici dovrebbero limitarsi a garantire un *enforcement* parziale, in quanto «è preferibile che i contratti siano fatti dalle parti piuttosto che dai giudici».

medesime ed è all'origine della impossibilità di prevedere e regolare tutte le contingenze derivanti dal contratto²⁰⁰.

Un'altra causa soggettiva di incompletezza è costituita dalla tendenza di comportamenti opportunistici delle parti in sede di conclusione del contratto²⁰¹. Infatti, l'incertezza di un'operazione economica può essere dovuta non soltanto all'imprevedibilità derivante dalla razionalità limitata dei contraenti, ma anche dal rischio di dover subire comportamenti opportunistici dalla controparte, resi possibili a causa del mutamento delle circostanze, ossia alle sopravvenienze contrattuali²⁰².

Tra le cause oggettive di incompletezza, va ricondotta la presenza di investimenti specifici effettuati dalle parti nei contratti di durata, che costituisce un'importante fattore di criticità dell'operazione

²⁰⁰ La scienza economica ha messo in evidenza che le capacità cognitive, anche in ambito contrattuale, sono limitate e i contraenti non sono in grado di prendere delle decisioni pienamente razionali. Infatti, posto che la ricerca di informazioni è un'attività costosa e che la stessa capacità di elaborare informazioni è tanto più limitata quanto più è complessa la decisione da prendere, si è evidenziato come i contraenti spesso vadano alla ricerca di soluzioni soddisfacenti piuttosto che quelli in assoluto ottimali. In questo senso, A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 93 e ss.

²⁰¹ Sul punto cfr. E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 54, che richiamando quanto affermato da Williamson, sottolinea come il termine opportunismo indica il «perseguire con astuzia finalità egoistiche»: rientrano, dunque, nella nozione tutte quelle forme sottili di inganno, quali la rivelazione incompleta o distorta di informazioni e, più in generale, il travisamento o il distorcimento della realtà, operate al fine di raggiungere i propri fini. In questo senso l'opportunismo è una delle principali cause dello stato di incertezza in cui gli agenti economici sono chiamati ad operare.

²⁰² A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 97 e ss, secondo cui il problema delle sopravvenienze si pone anche limitandosi ad assumere il semplice comportamento egoistico dei contraenti, che non sarebbero disposti a rinunciare a circostanze sopravvenute ad essi favorevoli o sfavorevoli a controparte, in questo venendo in rilievo non soltanto l'opportunismo, ma anche il mero egoismo.

economica²⁰³. La presenza di investimenti specifici comporta che la relazione fra due soggetti si presenti come una sorta di monopolio bilaterale. Effettuati gli investimenti specifici, infatti, ciascuna parte è fortemente dipendente dall'altra, dal momento che, se la relazione dovesse interrompersi, essa subirebbe come perdita gli investimenti specifici non trasferibili, per definizione, verso altri usi (c.d. *lock-in effect*)²⁰⁴.

Se tali investimenti non venissero tutelati le parti sarebbero disincentivate dal compierli e la necessità di proteggerli può riflettersi sull'autonomia privata di concludere contratti incompleti. Infatti,

²⁰³ Nell'ambito di un'operazione economica le parti devono effettuare degli investimenti affinché la stessa risulti efficiente. Sono investimenti specifici quelli che, una volta che sono stati compiuti, acquisiscono maggior valore all'interno dell'operazione contrattuale piuttosto che al di fuori di essa. Sono invece investimenti non specifici quelli che possono essere utilizzati indifferentemente in altri contesti senza che ciò si traduca in costi aggiuntivi o in una perdita dei profitti. In questo senso, A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 102 e ss.

²⁰⁴ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 64 e s., che fa riferimento ai contratti di fornitura di impianti «chiavi in mano». In tali casi, sostiene l'autore il fornitore sarà indotto dal compratore ad acquistare beni capitali specializzati, specifici rispetto al contratto appena concluso. Nella misura in cui il valore che tali beni assumono in impieghi alternativi è, per definizione, molto inferiore al valore che essi hanno nell'impiego specifico cui sono destinati, il fornitore si trova ad essere fortemente vincolato dal contratto: ossia, egli non può sciogliersi da questo senza subire delle perdite economiche considerevoli. Allo stesso modo però anche il compratore è, a sua volta, vincolato dal contratto in quanto egli non ha la possibilità di ottenere lo stesso bene da un altro fornitore senza incorrere in costi elevati. Gli stessi problemi si hanno, oltre che per il capitale fisico, anche per gli investimenti che il fornitore normalmente effettua in capitale umano specializzato. Ne costituiscono un esempio l'assunzione di manodopera specializzata, non facilmente impiegabile in altre attività, o l'apprendimento di tecniche e conoscenze apposite da parte del personale già impiegato. In tutti questi casi, infatti, il fornitore ed il compratore possono trarre beneficio dagli investimenti effettuati solo fino a quando dura il loro rapporto. Risulta dunque evidente l'interesse di entrambi a tenere in vita il contratto il più a lungo possibile, risolvendo tutte quelle questioni, cui i mutamenti di circostanze possono dare luogo, attraverso successivi adattamenti e rinnovi.

potrebbe imporre la determinazione, totale o parziale, del contenuto del contratto proprio al fine di tutelare gli investimenti effettuati, vietando *in toto* il ricorso a forme di determinazione successiva.

2.1 – Autonomia privata e operazioni complesse.

Un'altra ragione per cui le parti possono privilegiare la conclusione di un contratto incompleto è rappresentata dalla complessità dell'operazione negoziale, per cui possono decidere di non determinare da subito interamente l'oggetto²⁰⁵.

In primo luogo, un rapporto contrattuale è complesso nel caso in cui vi sia incertezza relativamente ai risultati perseguiti dalle parti, che

²⁰⁵ Per un'analisi dei contratti «naturalmente» complessi, indipendentemente dalla durata, dalla presenza di investimenti specifici o dalla razionalità limitata delle parti, cfr. E. GUERINONI, *Il contratto incompleto*, in *PMI*, 2006, p. 12 e ss. che fa riferimento, ad esempio, a un'operazione di *leveraged buy-out*, in cui il finanziamento concesso per l'acquisto di una società o di beni aziendali viene rimborsato attraverso gli utili prodotti dalla società acquisita o dalla cessione di alcuni beni. A un contratto di *project financing*, ove un finanziamento è concesso per la realizzazione di un determinato progetto e si prevede non solo che il rimborso del capitale sia condizionato alla redditività futura che può derivare dal progetto, ma anche che il finanziatore presti ulteriori servizi ed eserciti penetranti poteri di controllo sull'esecuzione del progetto stesso. Ai contratti di somministrazione, specie quelli riguardanti le energie, materie prime o derivati e prodotti agricoli; ai contratti volti alla costruzione di grandi complessi industriali, minerari, agricoli e immobiliari (specialmente con riguardo ai contratti denominati «chiavi in mano»); ai contratti di appalti (pubblici e privati); a quelli di assistenza tecnica, di *engineering*, di *know-how*; ancora, ai contratti di gestione per conto terzi (specie di miniere, di imprese industriali e agricole); ai contratti di concessione di sfruttamento; ai contratti di raffinaria. Ancora, ai contratti fra imprese per un'attività congiunta di una certa durata (tutti i tipi di *joint-ventures*).

sono condizionati da fattori non prevedibili né controllabili. Accanto a questa forma di incertezza, definita «primaria», si aggiunge un'incertezza «secondaria», inerente al comportamento che le parti terranno durante l'esecuzione del contratto²⁰⁶.

A fronte dell'incertezza che superi la normale alea del contratto, le parti possono preferire la conclusione di un contratto incompleto, che permetta di rinviare ad un momento successivo le valutazioni che non sono in grado di compiere al momento dell'accordo²⁰⁷.

Un altro fattore che incide profondamente sulla complessità del contratto è la durata del rapporto contrattuale. In particolare, la durata di un contratto può essere giustificata dall'intento di tutelare gli investimenti specifici che le parti – o almeno una di esse – si ripropongono di effettuare²⁰⁸. La durata nel tempo del contratto ne rende inevitabilmente più complessa la gestione, in considerazione dell'incertezza e dell'aumento dei costi di redazione di un contratto

²⁰⁶ Sul significato della nozione di incertezza, cfr. N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitro altrui*, cit., p. 234 e ss.

²⁰⁷ Il fatto che i contraenti ricorrano alla conclusione di un contratto incompleto per fronteggiare l'incertezza dell'operazione economica può essere spiegato con il fatto che non è possibile per le parti tenere in considerazione tutte le future circostanze che potrebbero verificarsi, né prevedere i costi dell'operazione. In questo senso, quindi, l'incompletezza deliberata rappresenta una soluzione efficace per contrastare i problemi e i rischi derivanti dall'incertezza. Così A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 97.

²⁰⁸ La complessità del contratto può rappresentare un elemento di grande rilevanza per la disciplina dei contratti di durata (ma ancor più nei contratti complessi di durata), potendo costituire anche un elemento tipologico autonomo rispetto a quello della durata e dell'esecuzione differita in tipologie contrattuali che sono variamente identificabili al di là dell'elemento temporale. In questo senso, A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 36.

completo²⁰⁹.

In questo contesto è opportuno introdurre la nozione di «contratto relazionale», come tale da intendersi quel rapporto contrattuale che non si esaurisce in un unico scambio, ma involve una vera e propria relazione fra i contraenti (*relational contract*)²¹⁰.

Ai contratti relazionali, invece, si contrappongono gli scambi isolati, denominati *discrete contracts*, in cui le parti mirano principalmente a specificare l'oggetto delle rispettive prestazioni, tendendo, con il solo limite di ciò che non sono materialmente in grado di prevedere, ad anticipare ogni possibile evenienza ed i suoi effetti²¹¹.

Al contrario, nei contratti relazionali, in cui l'esito dell'affare è subordinato all'effettiva cooperazione delle parti, si cerca di predeterminare le procedure funzionali alla risoluzione di eventuali conflitti futuri. Ciò è fondamentale in considerazione del fatto che il contratto concluso è incompleto ed è necessario stabilire attraverso quali tecniche saranno nel futuro determinate le condizioni dello

²⁰⁹ Sul naturale collegamento fra incompletezza e durata del contratto si veda, fra i tanti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1042, che evidenzia come più un contratto è complesso, di lunga durata, relazionale, tanto più è inevitabilmente destinato a non essere completo. Inoltre, più un contratto è incompleto maggiori sono i problemi di gestione nell'evolvere delle circostanze rilevanti.

²¹⁰ La teoria dei contratti relazionali deriva da una corrente di pensiero nord-americana, focalizzata su un profilo dello scambio contrattuale più aderente alle modalità di svolgimento dei rapporti sociali fra gli individui rispetto allo schema dei contratti discreti, che si esauriscono in un unico scambio. Sul punto, cfr. ²¹⁰ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 56 e s.

²¹¹ Tuttavia, non è sempre semplice distinguere i contratti relazionali dai contratti discreti, per il fatto che elementi di razionalità sono presenti anche nei rapporti che si esauriscono in scambi isolati. Così, A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 111 e s.

scambio²¹².

In altre parole, l'incompletezza si rivela uno strumento utile per le parti per conferire la flessibilità necessaria affinché il contratto possa continuamente adeguarsi al mutare delle circostanze, soprattutto in contesti socio-economici caratterizzati da rapidi cambiamenti.

2.2 – La disciplina delle sopravvenienze.

La ragione principale che può indurre la parti a concludere un contratto deliberatamente incompleto va, però, ricondotta principalmente al tema della gestione delle sopravvenienze.

Infatti, le caratteristiche di alcuni contratti e la loro durata nel tempo comportano, come si è avuto modo di vedere nel precedente paragrafo, inevitabili rischi connessi a circostanze sopravvenute che

²¹² Cfr. E. GUERINONI, *Il contratto incompleto*, cit., p. 16, secondo il quale «un'alternativa al contratto relazionale – con riguardo al risultato economico ottenibile – è l'integrazione verticale di attività potenzialmente separabili, come la produzione e la distribuzione. Un'impresa integrata assume su di sé tutti i costi e i vantaggi delle due attività e può ricorrere a livelli di input ottimali sia nell'ambito produttivo sia in quello distributivo, così da massimizzare nel complesso i profitti. In molti settori commerciali, tuttavia, l'integrazione verticale può non essere una valida soluzione. Si pensi, ad esempio, ad un'industria in cui la produzione e la distribuzione siano entrambe occupazioni altamente specializzate che, dunque, sono svolte in modo più efficiente da imprese separate. In questo caso le due società dovranno cercare di pervenire ad un accordo che consenta la collaborazione tra le due attività, per massimizzare i profitti».

possono turbare, anche profondamente, l'equilibrio contrattuale²¹³.

La maggior parte degli ordinamenti, sia di *civil law* che di *common law*, a fronte di modificazioni sopravvenute, attribuiscono alle parti la rigida scelta fra risoluzione del contratto o un suo adempimento, indipendentemente dal turbamento del sinallagma²¹⁴. Proprio la rigidità di tale disciplina legislativa, che spesso può non rispecchiare la volontà dei contraenti in quanto contraddistinta da un inevitabile effetto distruttivo del contratto, può spingere a ricercare forme convenzionali di gestione dei rischi sopravvenuti²¹⁵.

In questo senso, il contratto incompleto non distribuisce *ex ante* tali rischi, ma permette individuare una procedura di attribuzione *ex*

²¹³ Per un'analisi, anche di carattere storico, dell'influenza delle sopravvenienze contrattuali, cfr. E. GUERINONI, *Il contratto incompleto*, cit., p. 10, che evidenzia come le circostanze che possono sopravvenire alla conclusione del contratto, in grado di incidere sull'equilibrio delle parti, sono molto numerose e possono dipendere sia da avvenimenti incerti, sia da avvenimenti astrattamente prevedibili ma per i quali rimane incerto il momento in cui possano verificarsi. I rischi connessi, in particolare, possono avere natura economica, nel caso in cui siano relativi alle fluttuazioni monetarie, politica o tecnica.

²¹⁴ In questo senso, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1042, che sottolinea come tali rimedi siano generalmente ablativi, puntando a liberare le parti dai loro impegni contrattuali e cancellando il contratto. Tuttavia, questa soluzione spesso non si dimostra essere del tutto appagante nel caso concreto, poiché l'efficace protezione degli interessi meritevoli coinvolti nel contratto richiederebbe non la cancellazione *in toto* dello stesso, ma il suo mantenimento con diversi contenuti, necessari ad ovviare al difetto che li affligge. Da ciò deriva la spasmodica ricerca di rimedi manutentivi in grado di soddisfare gli interessi concreti delle parti.

²¹⁵ Il mancato gradimento della disciplina legislativa prevista in materia di sopravvenienze contrattuali può riguardare sia i presupposti di rilevanza delle sopravvenienze, sia i rimedi previsti per contrastarle. Il fatto, però, che una disciplina si riveli sgradita non comporta necessariamente una sua inefficienza economica, potendo la stessa non essere corrispondente all'interesse di una minoranza dei contraenti e invece risultando gradita alla maggioranza; oppure riuscendo a incentivare, proprio in quanto sgradita, una trattativa per la sua deroga e dunque un'efficace produzione di informazioni all'interno della relazione contrattuale. Così, A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 123 e s.

post attraverso criteri predeterminati nel contratto²¹⁶.

La disciplina prevista dall'art. 1467 c.c., può rivelarsi poco efficace nel tutelare gli interessi concreti delle parti, sia perché limita l'area delle sopravvenienze contrattuali, sia per i rimedi che predispone qualora ricorrano sopravvenienze ritenute rilevanti²¹⁷.

Con riferimento al primo profilo, individuando la norma i presupposti di rilevanza delle sopravvenienze, con la conseguente esclusione delle sopravvenienze irrilevanti, viene stabilito un limite massimo di completezza dell'accordo, con forti ripercussioni sulle modalità redazionali e determinative del contratto²¹⁸.

Il secondo motivo per cui la disciplina può risultare poco gradita alle parti, va ricercato nei tipi di rimedi che sono previsti a fronte delle sopravvenienze rilevanti. Il primo comma dell'art. 1467, infatti,

²¹⁶ L'incompletezza del contratto nella gestione delle sopravvenienze, in realtà, reagisce in modo diverso rispetto ad altri strumenti convenzionali, quali le clausole di adeguamento automatico, che rendono il contratto flessibile senza comportarne l'incompletezza e distribuiscono i rischi *ex ante* al pari del contratto completo. Sui criteri legali e convenzionali di distribuzione del rischio contrattuale, v. A. GIAMPIERI, voce «Rischio contrattuale», in *Dig. disc. priv.*, XVIII, Torino, 1998, p. 17 e ss. Per un'analisi delle *adaptation clauses*, cfr. il paragrafo 2 del successivo capitolo 4.

²¹⁷ Art. 1467 c.c., rubricato "Determinazione del prezzo affidata ad un terzo", «nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

²¹⁸ In chiave critica, cfr. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 128, secondo cui l'irrelevanza delle circostanze prevedibili ma non ancora previste al momento della conclusione del contratto, ha il pregio di incentivare le parti a disciplinare *ex ante* gli effetti delle circostanze prevedibili sul rapporto oppure ad introdurre nel contratto una previsione per cui gli effetti delle sopravvenienze debbano essere allocati *ex post*.

attribuisce al debitore la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa il diritto di agire per la risoluzione del contratto. Il terzo comma, poi, conferisce alla controparte il potere di contrastare la suddetta domanda di risoluzione attraverso l'offerta di riduzione a equità, che ridistribuisce la sopravvenienza equamente.

A fronte di tale rigidità, parte della dottrina ha evidenziato l'inopportunità di tale disciplina, ritenuta inefficace e poco soddisfacente gli interessi delle parti, mirando ad un effetto meramente distruttivo del contratto senza consentire la conservazione del rapporto contrattuale. La dottrina ha così perseguito l'obiettivo di mantenere il contratto in vita, nonostante ricorrano situazioni giuridicamente rilevante di eccessiva onerosità, attraverso l'attribuzione diretta al giudice del potere di revisionare il contratto o la configurazione di un dovere legale per i contraenti di rinegoziarlo²¹⁹.

Infine, è opportuno sottolineare come la disciplina di cui all'art. 1467 non può certamente trovare applicazione nel caso in cui le parti decidano di lasciare volontariamente il contratto incompleto.

I rimedi legalmente predisposti per le sopravvenienze, infatti, si

²¹⁹ L'attribuzione al giudice di un potere di revisione del contratto, proposto da parte della dottrina, non ha ricevuto tuttavia il favore della giurisprudenza, che ha visto in tale strumento un rimedio eccessivamente invasivo dell'autonomia contrattuale. Fra le tante, cfr. Cass., 5 gennaio 2000, n. 46, in *Giur. it.*, 2000, p. 2279. Anche l'imposizione alle parti di un obbligo di rinegoziazione, seppur sia stato ricondotto ai principi di buona fede esecutiva e di equità, ha generato numerose perplessità, in considerazione di una mancata previsione in tal senso nel nostro ordinamento. In questo senso, v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 136 e ss., secondo il quale più che tali strumenti di creazione dottrinale, andrebbe promossa una disciplina che incentivi le parti a trovare una soluzione concordata alla crisi originata dalle sopravvenienze e, per l'autore, tale disciplina è paradossalmente proprio quella prevista dall'art. 1467 c.c.

rivelano essere logicamente incompatibili con l'incompletezza convenzionale. In tale ipotesi, infatti, essendo rinviata la distribuzione dei rischi ad un momento successivo alla conclusione, viene a mancare una determinazione che possa essere turbata da eventi sopravvenuti e non sussiste, dunque, uno sconvolgimento dell'equilibrio contrattuale a cui deve essere posto rimedio.

3. – Le tecniche di completamento del contratto (rinvio).

Rinviando al seguente capitolo per un'analisi approfondita delle modalità di determinazione successiva dell'oggetto diverse dall'arbitraggio del terzo, è opportuno, se non altro per completezza, accennare alle diverse opzioni cui possono ricorrere le parti per il completamento postumo del contratto.

La scelta fra le varie tecniche è rimessa alla piena autonomia privata dei contraenti, che possono avvalersi dell'attività del terzo arbitratore, disciplinata espressamente dall'art. 1349 c.c., oppure ricorrere a più controverse forme di determinazione convenzionali²²⁰.

In particolare, come si avrà modo di approfondire in seguito, la determinabilità bilaterale, o consensuale, ricorre nel caso in cui le parti

²²⁰ L'istituto dell'arbitraggio del terzo è stato analizzato, anche dal punto di vista storico e comparatistico, nel precedente capitolo 2.

rinviano il completamento del contratto ad un loro successivo accordo, che, talvolta, consiste in una vera e propria rinegoziazione della parte del contenuto lasciata in bianco.

Tale forma di completamento postumo ha suscitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto in merito alla compatibilità con il requisito della determinabilità richiesto, ai sensi dell'art. 1346 c.c., perché un contratto possa dirsi valido in relazione al suo contenuto²²¹.

La possibilità per le parti di rinviare ad una determinazione unilaterale dell'oggetto è, ancora oggi, in mancanza di un'espressa disciplina legislativa, fonte di accesi dibattiti in dottrina e oggetto di pronunce contrastanti da parte della giurisprudenza.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, infatti, la determinabilità unilaterale si interseca con questioni di per sé altrettanto spinose, come la tutela del consumatore e il rischio di una determinazione abusiva da parte del professionista o la tutela dell'imprenditore in posizione di debolezza rispetto ad un imprenditore «forte». Occorre quindi interrogarsi sulla possibilità di coniugare la possibilità per le parti di rimettere ad un solo contraente l'individuazione dell'oggetto, quale massima espressione del principio

²²¹ Per un'analisi della determinabilità consensuale, nonché delle clausole di *hardship*, di rinegoziazione e di adeguamento, si vedano i paragrafi i primi paragrafi del successivo capitolo 4.

di autonomia privata, con i rischi connaturati a tale facoltà²²².

3.1. – La determinazione giudiziale dell’oggetto. Una recentissima apertura da parte della Cassazione.

Da sempre fonte di contrasti è la possibilità che alla determinazione del contenuto del contratto, normalmente rimessa alla volontà delle parti, provveda il giudice anche in assenza di un’espressa previsione normativa in tal senso.

Le riserve che tradizionalmente si riscontrano sull’ammissibilità in via generale di un intervento giudiziale, tuttavia, vanno riconsiderate proprio alla luce delle ipotesi specifiche in cui il legislatore abbia previsto tale possibilità.

Secondo parte della dottrina, infatti, la nozione di determinabilità viene intesa in termini sempre più ampi e liberali e il rinvio di elementi oggettivi del contenuto del contratto è ritenuto genericamente ammissibile purché la determinazione sia vincolata ad equità o a parametri oggettivi e verificabili, così da scongiurare comportamenti abusivi delle parti. In questo senso, dovrebbero altresì ammettersi forme di sostituzione giudiziale per attuare o sostituire clausole inserite dalle

²²² Per un’analisi dell’ammissibilità di una determinazione unilaterale nel nostro ordinamento ed una sua effettiva utilità, nonché per i profili comparatistici della questione, si vedano i paragrafi 4 e seguenti del capitolo 4.

parti o, addirittura, determinare direttamente la prestazione²²³.

Il riconoscimento di più ampi poteri per il giudice rappresenterebbe, inoltre, uno strumento più efficace per rendere effettivo il funzionamento di forme di determinazione particolarmente rischiose, quali quelle unilaterali o bilaterali, che sono rimesse ai volubili comportamenti delle parti²²⁴.

In questo contesto, è di grande interesse una recentissima sentenza della Corte di Cassazione del 2019²²⁵, che riconosce al giudice adito per la condanna all'adempimento della prestazione il potere di individuare l'oggetto del contratto attraverso una sentenza determinativa, sostituendosi al terzo all'uopo incaricato dalle parti²²⁶. Tale decisione si

²²³ In questo senso, A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 45 e ss, che richiama, a favore dell'ammissibilità di forme di determinazione giudiziale dell'oggetto, diversi esempi nel codice civile, fra cui l'art. 1349 c.c., secondo il quale se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è operata in via sostitutiva dal giudice, nonché l'art. 1657 c.c., secondo cui se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice. Nello stesso senso, cfr., V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 455 ss.

²²⁴ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 47, che evidenzia come tale soluzione sarebbe congeniale alla tendenza del diritto attuale dei contratti, in cui l'autonomia dei contraenti guadagna sempre maggiori spazi di esercizio.

²²⁵ Cass., 8 maggio 2019, n. 3835, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, V, p. 915., con nota di M. PELLINI, *La determinazione giudiziale dell'oggetto del contratto*.

²²⁶ La Suprema Corte afferma che «qualora il terzo – cui sia stato demandato dalle parti il relativo compito – non addivenga alla determinazione della prestazione dedotta in contratto, né ad essa provvedano le parti direttamente, e una di esse adisca il giudice chiedendo la condanna della controparte all'adempimento della prestazione, la relativa controversia – che ha per oggetto il predetto adempimento e il necessario presupposto della determinazione della prestazione da eseguire – può essere risolta direttamente, anche per il principio generale dell'economia processuale, dal giudice, con una decisione il cui risultato ha la funzione di integrare, quanto alla determinazione e secondo la “ratio” dell'art. 1349 c.c., il contratto nel suo manchevole elemento».

inserisce nel filone giurisprudenziale inaugurato dalla Cassazione nel 1983 con la sentenza n. 5272, in cui, per la prima volta, viene riconosciuto al giudice il ruolo di arbitratore nella determinazione dell'oggetto del contratto, ove il terzo incaricato non abbia seguito l'incarico a lui deferito²²⁷.

La recente pronuncia della Cassazione, pur inserendosi in un filone giurisprudenziale caratterizzato da sentenze frammentarie e piuttosto risalenti, fonda la propria decisione su un principio oggi attuale più che mai: il principio di economia processuale. La *ratio* della sentenza è quella di snellire l'attività delle parti e del giudice, conferendo allo stesso la possibilità di stabilire quale sia l'oggetto del contratto all'esito del giudizio instaurato per la condanna per l'inadempimento, evitando così alla parte interessata di dover instaurare due distinti giudizi, uno per la determinazione giudiziale della prestazione e l'altro per la condanna per l'inadempimento²²⁸.

Ciò anche in considerazione che l'individuazione dell'oggetto del contratto, non compiuta da parte dell'arbitratore incaricato dalle parti, costituisce il presupposto logico e giuridico della condanna per

²²⁷ Pur ravvisandosi un precedente ad oltre trent'anni di distanza, sono state sporadiche le pronunce in cui è stato riconosciuto al giudice il potere di sostituirsi al terzo incaricato dalle parti nel determinare la prestazione dedotta nel contratto.

²²⁸ A favore della possibilità per il giudice di agire in sostituzione dell'arbitratore si è schierata anche parte della dottrina, che sostiene che la legge attribuirebbe un rilievo prevalente alla considerazione che le parti hanno concluso il contratto predisponendo uno strumento al fine di individuare situazioni ancora non concordate e che, quindi, si può ammettere che il giudice, nel caso in cui il terzo arbitratore risulti inadempiente, agisca in sua sostituzione determinando l'oggetto sulla base dello stesso equo apprezzamento. Sul punto, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 392 ss.

l'inadempimento, tale da consentire al giudice di pronunciarsi con una sentenza determinativa in sostituzione dell'arbitratore²²⁹.

La giurisprudenza sembra quindi aver definitivamente superato l'orientamento contrapposto e minoritario, sostenuto da alcune più risalenti pronunce, che ammetteva la possibilità per il giudice di determinare l'oggetto del contratto anche qualora le parti non abbiano nemmeno proceduto alla nomina dell'arbitratore²³⁰.

²²⁹ In dottrina si sono contrapposti diversi orientamenti relativamente alla natura della sentenza del giudice adito per l'annullamento della determinazione iniqua o erronea dell'arbitratore. Secondo una prima opinione si tratterebbe di una sentenza determinativa, in quanto a seguito dell'accoglimento della domanda di parte caratterizzata da un duplice contenuto e da una duplice natura, poiché il giudice esplicherebbe una diversa funzione quando, in prima battuta, pronuncia una sentenza di annullamento in seguito alla rilevazione del vizio che colpisce l'individuazione operata dal terzo e quando, in un secondo momento, agisce in sostituzione dell'arbitratore; sul punto v. M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., p. 837. Altra parte della dottrina, invece, sostiene che la pronuncia avrebbe comunque natura dichiarativa, poiché l'attività del terzo incaricato non subirebbe alcun mutamento con il passaggio alla cognizione del giudice a seguito dell'impugnazione; G. SCADUTO, *Gli arbitrali nel diritto privato*, cit., p. 141. Secondo un ultimo orientamento, infine, la sentenza dovrebbe essere inquadrata fra quelle costitutive, poiché l'attività del giudice presuppone necessariamente l'annullamento della determinazione del terzo attraverso una pronuncia costitutiva di annullamento e poi, in un secondo momento e solo su istanza della parte interessata, si può procedere ad un intervento giudiziale volto a individuare l'oggetto del contratto; in questo senso G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 259 ss e R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 392 ss.

²³⁰ In questo senso, v. Cass., 16 giugno 1969, n. 1989, in *Foro it.* 1969, I, e Cass., 19 giugno 1962, n. 1569, in *Mass. Giust. civ.*, p. 1962, ove si afferma che qualora le parti non addivengano, nonostante l'impegno contrattuale, alla nomina del terzo per l'individuazione della prestazione dedotta nel contratto, né provvedano direttamente a tale attività, e tuttavia una di esse adisca il giudice chiedendo la condanna della controparte all'adempimento della prestazione, in tal caso sono le parti stesse a dar vita, con il loro comportamento, ad una controversia che ha per oggetto il predetto adempimento e il necessario presupposto della concreta determinazione della prestazione da eseguire. Tale controversia, anche per il principio generale dell'economia processuale, bene può essere risolta direttamente dal giudice nel suo duplice oggetto, con una decisione il cui risultato ha la funzione di integrare, in quanto all'individuazione della prestazione e secondo la *ratio* dell'art. 1349 cod. civ., il contratto nel suo manchevole elemento. In senso favorevole alla determinazione giudiziale solo nel caso in cui le parti abbiano incaricato un terzo, invece, Cass. S.U., 23 agosto 1972 n. 2707, in *Rep. Giust. civ.*, 1972, voce *Compromesso e arbitrato*, 1, in cui la giurisprudenza

Tale impostazione, sebbene ormai del tutto obsoleta, è oggetto ancora oggi di penetranti critiche di parte della dottrina, secondo cui in tali casi il contraente che subisce l'altrui inadempimento potrebbe al più agire per il risarcimento del danno subito, ovvero, in considerazione del fatto che il contratto è valido e parzialmente efficace, per l'esecuzione della prestazione qualora sia già stata identificata²³¹.

4. – Il problema del perfezionamento del contratto incompleto.

Ai sensi dell'art. 1326 c.c., «il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione

ha affermato che il giudice può sostituirsi al terzo inadempiente, purché la mancata determinazione sia ascrivibile al terzo e non ove le parti abbiano omesso di nominare l'arbitratore; Trib. Roma, 10 aprile 1995, in *Rass. dir. civ.*, 1996, con nota di F. CRISCUOLO, *Determinazione per relationem del prezzo di una somministrazione e intervento sostitutivo del giudice in sede cautelare*, secondo cui nei casi di rinvio a *relatio* formale per l'individuazione dell'oggetto di un contratto, ogni qualvolta si accerti l'inesistenza della fonte esterna cui si rinvia, è possibile che il giudice – ricorrendone i presupposti anche in via d'urgenza (art. 700 c.p.c.) – sostituisca una propria determinazione equitativa alla *relatio* mancante con intervento integrativo nella sfera alternativa del rapporto così come previsto, per l'ipotesi di rinvio all'equo apprezzamento di un terzo arbitratore, dall'art. 1349 c.c.

²³¹ Si è sostenuto, infatti, che l'inammissibilità di una individuazione giudiziale dell'oggetto nel caso in cui le parti non abbiano raggiunto un accordo sulla designazione del terzo trova giustificazione nel fatto che il contratto non può considerarsi concluso, poiché non è stato raggiunto l'accordo su tutti i punti dedotti nella trattativa, sul punto cfr. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 835. In merito alla possibilità per il giudice di determinare l'oggetto del contratto nel solo caso in cui la mancata individuazione dello stesso dipenda dall'inadempimento dell'arbitratore, e non ove le parti non abbiano proceduto alla nomina dello stesso, v. G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 132 ss., che critica il minoritario orientamento giurisprudenziale favorevole all'intervento del giudice anche qualora le parti non abbiano espressamente incaricato il terzo.

dell'altra parte». Le regole sulla conclusione del contratto permettono di verificare sia se un contratto possa essere ritenuto esistente o meno, sia quando sia stato concluso, individuando così il momento effettivo in cui vincola le parti²³².

Per quanto riguarda il tema della presente indagine, occorre porsi un fondamentale interrogativo: l'incompletezza deliberata è una caratteristica che impedisce la conclusione, e quindi il perfezionamento, del contratto²³³? In altre parole, il contratto incompleto va considerato un «vero» contratto – anche se a contenuto in parte indeterminato – o costituisce una fattispecie in via di formazione rilevante solo quale accordo precontrattuale?

Secondo parte della dottrina, il contratto incompleto integrerebbe una fattispecie perfetta, in quanto la previsione di un successivo

²³² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 455 ss., secondo cui gli artt. 1326 – 1342, disciplinando l'accordo delle parti, introducono una serie di regole volte a risolvere questioni di grande importanza pratica nella conclusione del contratto.

²³³ Sul punto è utile richiamare il tradizionale dibattito che ha investito l'unica fattispecie legalmente prevista di completamento del contratto in generale, ossia l'art. 1349 sull'arbitraggio del terzo. Rinviamo al paragrafo 2.1 del capitolo 2 per un'analisi più approfondita, si può ricordare come sulla questione, nel corso del tempo, si sono contrapposte due diverse impostazioni. Mentre la tesi minoritaria, sostenuta in particolare ai tempi del codice civile del 1865, sosteneva che la conclusione andava necessariamente identificata con la completezza del contratto, ritenendo a tal fine imprescindibile la determinazione del terzo, la tesi ad oggi prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza afferma, invece, la completezza *ab origine* del contratto cui accede la clausola di arbitraggio. Viene pertanto respinta l'idea secondo cui il contratto principale possa essere considerato alla stregua di un contratto incompleto in quanto non ancora perfezionatosi, mentre una incompletezza in senso lato è comunque ravvisabile. In conclusione, è stato quindi affermato che il rinvio alla successiva determinazione del terzo non inciderebbe tanto sul perfezionamento del contratto principale quanto, piuttosto, sulla sua efficacia. Il contratto sarebbe dunque perfetto e soddisferebbe, sia dal punto di vista giuridico sia dal punto di vista economico, gli interessi comuni dei contraenti, tra i quali rientra anche quello di una certa flessibilità dei loro rapporti contrattuali.

completamento non farebbe regredire l'accordo alla fase di formazione alla stregua di un'intesa precontrattuale, ma equiparerebbe la fattispecie ad un contratto già completo²³⁴.

Questa ricostruzione parte dal presupposto che la nozione di perfezionamento del contratto e quella di completezza rappresentano due profili distinti della fattispecie²³⁵. L'incompletezza del contenuto, in particolare, non dovrebbe influenzare il giudizio sulla conclusione, potendo le parti aver raggiunto l'accordo su tutti gli elementi senza che gli stessi siano stati sufficientemente determinati per la validità e l'efficacia del contratto²³⁶. Ciò che verrebbe in rilievo, dunque, per

²³⁴ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 74 e s., secondo cui lo schema tradizionale di conclusione del contratto, attraverso un immediato scambio di proposta ed accettazione senza precedenti trattative, non soltanto non costituisce l'unica modalità legalmente disciplinata, ma è anche quello che nella prassi si realizza meno frequentemente. Ciò in particolare con riferimento ad operazioni economiche di una certa importanza e a rapporti contrattuali caratterizzati da una forte incertezza, in cui le parti tendono a compiere ampie trattative, spesso accompagnate da minute e puntuali per quegli elementi su cui sono già pervenute ad un accordo. In tali casi, naturalmente, determinare quando il contratto debba effettivamente considerarsi concluso risulta particolarmente complesso. In questo senso, cfr. anche A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 151.

²³⁵ Sul punto, si ricorda quanto affermato, in tema di arbitraggio del terzo, da G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 53, che evidenzia le criticità derivanti dall'utilizzo ambiguo della nozione di «perfezione» e «completezza» del contratto. In particolare, l'autore afferma che, un contratto può al tempo stesso essere completo ma imperfetto, ovvero incompleto ma perfetto, e che spesso tali termini, privi di un valore giuridico specifico, sono utilizzati come sinonimi, oppure come contrari l'uno dell'altro, o ancora a volte come nozioni riguardanti sfere diverse di uno stesso fenomeno.

²³⁶ In senso contrario, si registra l'opinione di G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1916, p. 27, che afferma come «nel nostro diritto deve ritenersi che le parti non intendano obbligarsi se non a tutto l'insieme del contratto e non alla osservanza di un solo gruppo di clausole, anche essenziali; il consenso stabilito su una parte quale essa sia, del contratto in formazione deve quindi considerarsi come subordinato al raggiungimento del consenso sul resto; e fino a quando il consenso non è completo deve ritenersi che le parti non siano ancora passate alla fase preparatoria a quella definitiva»; nello stesso senso, F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, cit., p. 127, secondo il quale «il

valutare l'effettiva conclusione del contratto sarebbe la consapevolezza delle parti di aver raggiunto volontariamente un accordo, indipendentemente dal concreto contenuto elaborato, valorizzando così il ruolo dell'interpretazione sulla volontà dei contrati e sulla loro condotta tenuta complessivamente, ai sensi dell'art. 1362, secondo comma, c.c.

4.1. – Il contratto incompleto come fattispecie a formazione progressiva.

Secondo una risalente opinione, ad oggi invero minoritaria, il contratto incompleto dovrebbe considerarsi una fattispecie a formazione progressiva, in quanto non ancora del tutto perfezionatosi.

La nozione di «formazione progressiva» è stata elaborata dalla dottrina che, nel tentativo di porre un limite minimo di determinazione contenutistica del contratto in assenza del quale lo stesso non può dirsi concluso, ha parlato per la prima volta di «contenuto minimo essenziale»²³⁷ e, successivamente, tale ricostruzione ha trovato

contratto si ha, quando l'accordo è totale e plenario su tutti i punti del contratto, ma manca, se anche alcuni punti secondari sono rimasti in sospeso».

²³⁷ Cfr., sul punto, F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, che ha elaborato, per la prima volta, il concetto della formazione progressiva o successiva del contratto, affermando che quando le parti si sono accordate su quei punti essenziali, che costituiscono il contenuto minimo del contratto, il contratto è nato, può

l'avvallo della giurisprudenza²³⁸.

Tale teoria, in realtà, è stata profondamente criticata in quanto porta alla sovrapposizione di due profili nettamente distinti fra loro: la conclusione del contratto e la completezza contenutistica dello stesso.

Nonostante in passato la questione sia stata oggetto di profondi dibattiti²³⁹, ad oggi sembra prevalere nettamente l'opinione di chi

essere che i contraenti si accontentino di ciò, si rimettano, dunque, per il regolamento del rapporto a legge, uso o equità, oppure, che vi ritornino in un secondo momento. Con l'espressione «contenuto minimo» l'autore fa riferimento al contenuto espressamente determinato dalle norme di legge, e, in particolare, dalle disposizioni che si occupano della definizione della singola fattispecie negoziale, ciò significa che un accordo parziale sugli elementi principali è sufficiente a perfezionare il contratto. In definitiva, l'accordo sugli elementi essenziali del contratto viene considerato sufficiente alla formazione del contratto, ma si ritiene, al contempo, che il disaccordo sugli elementi accidentali non permetta la venuta ad esistenza del contratto. Quanto all'incidenza che la nozione di contenuto minimo ha avuto sul tema della formazione del contratto, fra i tanti, v. V. ROPPO, Voce «Contratto. III) Formazione del contratto – Dir. civ.», in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 4, che afferma «il contratto può dirsi formato solo se l'accordo riguarda almeno la cosiddetta determinazione minima del contratto da cui risultano causa e tipo di quest'ultimo».

²³⁸ Cfr. Cass., 25 marzo 1959, n. 929, in *Foro it.*, 1959, p. 169, in cui la Suprema Corte ha parlato, per la prima volta, del contratto a formazione progressiva affermando che «in un contratto formato progressivamente, un momento nel quale l'accordo raggiunto, anche se incompiuto rispetto a tutti gli intenti economici e pratici (ai quali corrispondono le accessorie determinazioni giuridiche) è voluto dalle parti come fonte di obbligazioni, come qualcosa di definitivamente distaccato dalle volontà individuali e concorrente a formare l'unitaria volontà negoziale; è da questo momento, quindi, che il contratto, anche se privo di precetti accessori e secondari, è perfetto e valido».

²³⁹ Secondo un autore non sarebbe rilevante, ai fini dell'individuazione del momento di perfezionamento del contratto, rilevanza, la distinzione tra elementi essenziali ed accidentali, in quanto «gli elementi essenziali del negozio sono soltanto quelli senza dei quali un negozio non può esistere in generale e non appartiene a quella determinata categoria giuridica; mentre per la formazione di un singolo contratto in concreto può avere per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l'ammissione o l'esclusione di uno degli elementi naturali», sul punto, v. V. SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p. 479; nello stesso senso, G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva e di negozio formale per relationem*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, Maggioli, 1994, p. 283, secondo cui la distinzione tra elementi essenziali e accessori è distinzione che ha senso fare, soltanto quando sia sorto il contratto, «infatti, durante le trattative distinzioni del genere non sono possibili a causa del loro valore meramente descrittivo; ad esempio, nel caso in cui le parti si siano accordate sul pagamento

ritiene necessario mantenere separati i due profili, in quanto mentre la conclusione implica un accertamento dell'avvenuto accordo delle parti, ossia della loro comune intenzione di vincolarsi alla regola predisposta (anche se incompleta), la completezza può porre un problema di validità ed efficacia del contratto, che però ha ragione di essere solo assumendo che il contratto in questione sia giuridicamente esistente²⁴⁰.

In altre parole, nel caso in cui si accerti se e quando il contratto possa ritenersi concluso, utilizzando criteri oggettivi in assenza di un'espressa dichiarazione in tal senso delle parti, si rientra nell'area della conclusione del contratto in cui agisce come protagonista la volontà dei contraenti di vincolarsi. Diversamente, qualora ci si interroghi sulla lacunosità del contenuto chiedendosi quali siano i criteri di completamento e come operino, ci si trova nel campo della costruzione del regolamento di un contratto da considerarsi già concluso.

del prezzo in rate, ma, si siano riservate di discutere il numero e l'entità delle stesse. Tali elementi possono essere considerati accessori o riguardanti solo l'esecuzione del contratto esclusivamente in via teorica, mentre, in realtà, nella pratica, essi hanno un peso decisivo, se non determinante, per la conclusione del contratto». Secondo un altro autore, invece, «si deve pur sempre riconoscere che la distinzione fra elementi essenziali ed accidentali abbia rapporto non solo col tema della classificazione dei contratti, ma anche con quello della loro formazione; vi sarebbero infatti nella prassi commerciale molti casi in cui il contratto sorge con un fenomeno di formazione progressiva, accordandosi le parti sul contenuto minimo». Sul punto v. F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit. p. 309 e ss.

²⁴⁰ In questo senso, v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 158 e ss.

5 – Validità ed efficacia del contratto incompleto.

Dopo aver analizzato, nel paragrafo precedente, la questione se il contratto incompleto sia effettivamente un contratto concluso ed aver sposato l'opinione maggioritaria favorevole, occorre ora valutare se lo stesso possa anche essere considerato valido²⁴¹.

In particolare, il problema della validità si pone principalmente in relazione ai requisiti previsti dall'art. 1346 c.c. e può essere diversamente risolto a seconda dell'interpretazione che si intende accogliere della nozione di «determinabilità» dell'oggetto.

Secondo un'interpretazione letterale, maggiormente convincente ed accolta dalla dottrina maggioritaria, il requisito della determinabilità sarebbe soddisfatto nel caso in cui le parti abbiano precisamente individuato i criteri di completamento successivo dell'oggetto²⁴². In

²⁴¹ In realtà è opportuno precisare che la questione non si pone per tutte le forme di incompletezza del contratto, ma solo quella originaria. Infatti, nel caso di un contratto che si rivela incompleto solo in un momento successivo non si pongono problemi di validità, poiché si tratta di un contratto immediatamente completo

²⁴² In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 276, secondo il quale, pur non essendo l'oggetto determinato, sono comunque indicati i criteri base attraverso cui individuare le modalità e le quantità delle prestazioni, oppure sono previsti gli atti o i procedimenti con cui si può pervenire a tale risultato; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, cit., p. 250, secondo cui è necessario e sufficiente, per la validità del contratto, che i contraenti abbiano stabilito i criteri per determinarne l'oggetto; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 121, per cui non può parlarsi di determinabilità solo qualora non sia chiarito quale sia il criterio per la successiva integrazione; S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, Padova, Cedam, 1999, p. 276, che afferma come, secondo questa interpretazione letterale, la determinabilità prevista dall'art. 1346 si manifesta principalmente come un requisito di struttura ed espressione dell'esigenza di completezza della fattispecie negoziale, senza che siano rilevanti ulteriori esigenze di tutela della serietà e della consapevolezza dell'impegno assunto dalle parti.

altre parole, perché un contratto sia determinabile è sufficiente che i contraenti precisino come l'oggetto sarà determinato *ex post*, senza che sia necessaria una certezza *ex ante* sulla successiva determinazione²⁴³.

Un'altra interpretazione invece, definita «funzionale», al fine di contrastare l'assunzione di impegni imprevedibili e di tutelare la serietà del vincolo contrattuale, introduce nel giudizio di determinabilità la necessaria verifica *ex ante* sulla certezza del completamento successivo e del contenuto dello stesso²⁴⁴.

Quest'ultima ricostruzione, in realtà, non appare del tutto convincente in quanto, prevedendo gravosi oneri per le parti al momento della conclusione del contratto, cerca di contrastare l'incertezza che, relativamente all'*an*, contraddistingue tutte le operazioni contrattuali e, riguardo al *quantum*, è addirittura elemento strutturale dei contratti aleatori, che possono essere previsti anche in via convenzionale²⁴⁵.

²⁴³ Così A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 180.

²⁴⁴ S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, cit., p. 27, che, relativamente a questa minoritaria interpretazione, evidenzia come la stessa ritiene che il principio di determinatezza dell'oggetto non postuli un mero requisito di completezza del contratto, ma esprima piuttosto la necessità che il contenuto contrattuale sia caratterizzato da un minimo di concretezza, tale da consentire ai contraenti di sapere quale sia l'impegno che effettivamente si assumono.

²⁴⁵ In questo senso, cfr. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 181, secondo cui la determinabilità intesa in senso letterale non si porrebbe in contrasto con l'obiettivo, rivendicato dall'interpretazione funzionale, di garantire la serietà dell'impegno contrattuale poiché la previsione stessa della modalità di completamento successivo è indice di per sé di serietà delle parti, soprattutto considerate le finalità concretamente perseguite attraverso l'incompletezza deliberata del contratto. Relativamente alla nozione di alea convenzionale, v. R. NICOLÒ, voce «Alea», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 1028, che afferma che, nelle ipotesi convenzionali, l'alea non investe esclusivamente la modalità di esecuzione della prestazione, ma incide direttamente sull'una o sull'altra prestazione che

Una volta risolto positivamente anche la questione della validità del contratto deliberatamente incompleto, resta ora da interrogarsi sulla sua reale efficacia: è idoneo a produrre i propri effetti già al momento della conclusione o, perché sia efficace, è richiesto imprescindibilmente il suo successivo completamento?

Sul punto si sono contrapposte due diverse correnti di pensiero.

Secondo una prima parte della dottrina, l'incompletezza di un elemento del contenuto contrattuale avrebbe la conseguenza dirompente di impedire la produzione di effetti da parte dell'intero contratto, che sarebbe differita al momento successivo della determinazione. Veniva, dunque, ritenuta implicitamente presente una condizione sospensiva dell'efficacia del contratto, che sarebbe stata subordinata all'individuazione dell'elemento mancante²⁴⁶.

formano l'oggetto del contratto, con la conseguenza che, al verificarsi di determinati eventi, vi è una modifica della cosa dovuta da una delle parti o addirittura viene totalmente meno il dovere di adempiere alla prestazione.

²⁴⁶ In questo senso, F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit. p. 318 e ss, secondo cui il contratto, per la coincidenza della volontà sugli elementi essenziali, si forma bensì, ma è condizionato sospensivamente: l'evento dedotto in condizione sospensiva consiste precisamente nel fatto futuro ed incerto che le parti riescano ad accordarsi su questa o su quella clausola accessoria. Soltanto, perché ciò sia, deve essere chiaramente manifestata la volontà di subordinare la efficacia del contratto, ormai formato, all'avverarsi di tale condizione; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 236, il rinvio alla determinazione esterna non incide sulla perfezione della vicenda ma sulla sua efficacia (...) l'arbitraggio accede con funzione integrativa ad un regolamento di interessi la cui attuazione è differita sino al completamento del contenuto del contratto. Nello stesso senso, anche se riferito alla determinazione del terzo, E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 212 e s., che afferma che tale forma di completezza e perfezione della fattispecie negoziale è la più coerente con l'intento, anche sistematico, del legislatore, in quanto il rinvio alla determinazione del terzo è soltanto una modalità di completamento successivo dell'oggetto che, seppur assicurati dall'origine la completezza della fattispecie, subordina l'efficacia del contratto al momento in cui sopraggiunga la determinazione.

La teoria della completa inefficacia del contratto incompleto tuttavia è stata oggetto di aspre critiche, in quanto l'incompletezza, riferendosi soltanto ad una porzione del contenuto, non sarebbe idonea ad impedire la produzione immediata degli effetti derivanti da quella parte che è completa *ab origine*.

Proprio in forza di tali argomentazioni un'altra ricostruzione, ben più convincente, considera il contratto parzialmente incompleto di per sé efficace relativamente alla porzione di contenuto precisamente individuata al momento della conclusione, mentre gli effetti delle parti incomplete saranno rinviate al momento di determinazione successiva²⁴⁷. Viene così introdotta una nozione di parziale inefficacia (o parziale efficacia) del contratto incompleto.

Anche qui il ruolo principe è svolto dall'autonomia privata delle parti, che possono concludere un contratto del tutto inefficace qualora decidano di subordinare tutti gli effetti al sopravvenire della

²⁴⁷ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 328 e ss, secondo il quale il contratto può, in forza di alcune sue clausole, per disposizione di legge e ancora per il suo deferimento ad una situazione effettuale ancora incompleta essere destinato a produrre i suoi effetti (finali) in un momento successivo. Si assiste, a siffatta stregua, per vari aspetti e sotto spinte diverse, al superamento dell'antico e formalistico principio, secondo cui l'intera fattispecie del contratto deve venire ad esistenza nella fase della sua conclusione e nello stesso momento devono prodursi immediatamente i suoi effetti; nello stesso senso, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 55, che afferma che, considerandosi il negozio *per relationem* perfetto ma incompleto rispetto al solo elemento che deve essere ancora determinato, allora sarà anche produttivo di effetti giuridici, ad esclusione di quelli derivanti dall'elemento ancora mancante; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 125; e A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 198, secondo il quale se l'incompletezza attenesse alle prestazioni principali allora non sarebbero immediatamente esigibili, ma ciò non escluderebbe l'esigibilità delle prestazioni accessorie o secondarie, come la stessa determinazione successiva, che saranno dovute anche prima del completamento.

determinazione successiva, tuttavia, in mancanza di un'espressa previsione in tal senso, si deve ritenere che il negozio produca tutti gli effetti possibili, salvo quelli derivanti dagli elementi ancora incompleti.

Per i casi di incompletezza successiva, invece, il contratto è completo ed efficace sin dal momento della sua venuta ad esistenza ma, tale efficacia può venire meno. E' quanto accade qualora siano stati previsti meccanismi volti a reagire all'avverarsi di sopravvenienze che sconvolgono l'equilibrio contrattuale, ad esempio, nei casi in cui si inseriscano clausole di *hardship*, che al verificarsi di eventi imprevedibili che alterano in modo sostanziale la distribuzione dei rischi tra le parti prevedono la sospensione temporanea dell'efficacia dei contratti durante la quale le parti procedono alla rinegoziazione del contenuto contrattuale²⁴⁸.

²⁴⁸ Così E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 122, che aggiunge che, se le parti dispongono un prezzo per il primo anno del loro rapporto e prevedono una rideterminazione del prezzo per successivo accordo al secondo anno, allora il contratto sarà inefficace sino a quando il prezzo per il secondo anno non sarà precisamente individuato. Allo stesso modo, qualora si verifichino le condizioni che danno luogo alla rinegoziazione, prima della successiva determinazione il contratto non sarà in grado di produrre i propri effetti. A dimostrazione di ciò, l'autore porta l'esempio delle clausole di *hardship*, in cui la parte onerata ha la possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione.

CAPITOLO 4

DETERMINABILITA' DELL'OGGETTO E AUTONOMIA PRIVATA.

SOMMARIO: 1. La determinabilità bilaterale dell'oggetto e gli accordi di determinazione successiva nella gestione delle sopravvenienze. – 1.1 Le clausole di *hardship* e le clausole di rinegoziazione. – 2. Le clausole di adeguamento del contratto o *adaptation clauses*. – 3. Un limite alla determinazione successiva: le clausole di completezza o *merger clauses* (cenni). – 4. La determinabilità unilaterale e le clausole attributive dello *ius variandi*. – 4.1. L'utilità e la *ratio* della determinabilità unilaterale. – 4.2. Il problema dell'ammissibilità dell'arbitraggio di parte. – 4.3. La determinazione unilaterale: una prospettiva comparatistica – 4.4. Esercizio abusivo della determinazione unilaterale e profili rimediali. – 4.5. *Ius variandi* e diritto di recesso.

1. – La determinabilità bilaterale dell'oggetto e gli accordi di determinazione successiva nella gestione delle sopravvenienze.

Le ragioni che possono indurre la parti a concludere un contratto incompleto, lasciandone parte del contenuto indeterminato ma determinabile, come si è visto nel precedente capitolo possono essere molteplici e una di esse si identifica con la gestione delle sopravvenienze contrattuali²⁴⁹. Ora è quindi opportuno soffermarsi sulle diverse forme di determinazione successiva.

²⁴⁹ Per una compiuta analisi del contratto incompleto e delle ragioni che spingono le parti a concludere un contratto dall'oggetto non determinato ma solamente determinabile, si veda il precedente capitolo 3.

La determinabilità bilaterale, o consensuale, ricorre nel caso in cui le parti rinviino il completamento del contratto ad un loro successivo accordo, che, talvolta, consiste in una vera e propria rinegoziazione della parte del contenuto lasciata in bianco²⁵⁰.

Tale modalità di completamento postumo ha suscitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto in merito alla compatibilità con il requisito della determinabilità richiesto, dall'art. 1346 c.c., perché un contratto possa dirsi valido in relazione al suo contenuto.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, la determinabilità consensuale sarebbe ammissibile qualora le parti abbiano quantomeno fissato, in sede di conclusione del contratto, i criteri in base ai quali operare l'attività successiva; allo stesso modo sarebbe ugualmente valido qualora abbiano espresso la volontà di voler perfezionare comunque il contratto, intendendosi in tal caso implicito il riferimento al criterio dell'equo apprezzamento nel caso in cui poi non riescano successivamente a trovare un accordo²⁵¹.

²⁵⁰ Per alcune ipotesi di determinazione rimessa ad un accordo successivo delle parti, cfr. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 104 ss., che sul punto fa riferimento alle cd. vendite in blocco, come quelle previste dagli articoli 58 e 90 T.U. legge bancaria e dalla legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti, che a sua volta richiama il citato articolo 58.

²⁵¹ Sul punto si vedano, per tutti, le opinioni di N. LIPARI, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2009, p. 367, che afferma come la determinazione consensuale degli elementi contrattuali sarebbe ammissibile ogniqualvolta le parti abbiano specificamente individuato un criterio a cui riferirsi per l'operazione di completamento successivo o lo stesso risulti comunque implicitamente ricavabile dal contratto; A. FICI, voce «Contratto incompleto», cit., p. 420, che, mutuando le argomentazioni da quanto sostenuto in tema di arbitraggio, afferma che, per la validità di forme di determinabilità bilaterale, certi elementi del contenuto contrattuale debbano necessariamente essere determinati *ex ante*, non potendo essere

Le caratteristiche stesse dell'attività determinativa comportano inevitabilmente un'incertezza tanto sull'*an* quanto sul *quantum* dell'esito della stessa²⁵². Sul punto la giurisprudenza, in alcune pronunce, ne ha riconosciuto la compatibilità con il requisito della determinabilità nel caso in cui venga in qualche modo scongiurato il profilo di incertezza relativo all'*an* dell'esito dell'attività successiva, ad esempio consentendo la determinazione in via surrogatoria da parte del giudice nel caso in cui le parti non riescano a pervenire ad un accordo²⁵³.

La determinazione ad opera di un successivo accordo tra le parti è

individuati successivamente; il riferimento è al requisito della causa contrattuale, che se non determinata *ab origine* comporta certamente l'invalidità del negozio, in questo senso viene affermato che «la causa è un requisito del contratto la cui assenza produce invalidità, per cui il contratto deve subito contenere un contenuto minimo sufficiente a far emergere tale elemento»; nello stesso senso, seppur con argomentazioni differenti, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 22 ss; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., p. 121, secondo il quale il nucleo normativo essenziale del negozio, ossia la minima unità effettuale, devono esistere ed essere desumibili indipendentemente dalla *relatio*.

²⁵² Se l'incertezza relativa al *quantum* della determinazione risulta essere comprensibile, in quanto indirettamente coincidente con la libertà e la discrezionalità dell'attività determinativa, l'imprevedibilità dell'*an*, e cioè se si pervenga completamente ad un esito certo, va valutata alla luce delle soluzioni preposte dall'ordinamento al mancato compimento dell'attività. Nel caso in cui l'attività consista in una mera operazione di calcolo, di accertamento o ricognitiva, anche qualora non venga svolta non pare corretto parlarsi di incertezza dell'*an*, poiché il giudice potrà pervenire al risultato surrogandosi al soggetto inadempiente; al contrario, nei casi di attività determinativa in senso stretto, è controversa la legittimità dell'intervento giudiziale e pertanto ricorre una vera e propria imprevedibilità sull'esito della determinazione; sul punto, v. A. FICI, voce «Contratto incompleto», cit., p. 420.

²⁵³ Fra le tante, la nota Cass., 14 febbraio 1986, n. 873, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1672, che riconosce l'ammissibilità della determinabilità bilaterale del prezzo di una compravendita, rimesso ad un accordo successivo delle parti, in quanto consentito l'intervento in via surrogatoria del giudice nel caso di dissenso sopravvenuto, «laddove tale contratto sarebbe invalido se la determinazione fosse rimessa al mero successivo accordo delle parti (come sarebbe inevitabile se si trattasse di un vero e proprio intervento integrativo), poiché non si avrebbe certezza che l'accordo possa essere raggiunto, né, in mancanza di esso, sarebbe ipotizzabile, secondo la miglior dottrina, l'intervento del giudice, che in questo caso non sarebbe suppletivo di una procedura di arbitraggio, ma inciderebbe direttamente, surrogandola, sull'autonomia contrattuale».

prevista anche dai Principi di Unidroit, che disciplinano all'art. 2.14 il «contratto con clausole intenzionalmente lasciate in bianco²⁵⁴». In particolare, qualora l'intenzione delle parti di concludere il contratto non risulti in modo espresso, la stessa può essere dedotta dalle circostanze, fra cui il carattere non essenziale della clausola lasciata in bianco, il grado di precisazione dell'accordo raggiunto e il fatto che vi sia già stato un principio di esecuzione. Qualora la clausola risulti essere essenziale per il contratto, invece, l'intenzione delle parti di conservarlo nonostante la stessa risulti indeterminata dev'essere espressa con chiarezza²⁵⁵.

1.1. – Le clausole di *hardship* e le clausole di rinegoziazione.

La determinazione consensuale successiva può essere prevista dalle parti mediante l'inserimento di clausole che variano a seconda

²⁵⁴ L'art. 2.1.14, rubricato *Contract with terms deliberately left open*, «(1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence. (2) The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently (a) the parties reach no agreement on the term; or (b) the third person does not determine the term, provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties».

²⁵⁵ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 29, secondo il quale, anche in questo caso, per valutare l'intenzione delle parti di conservare il contratto occorre considerare se la clausola riguardi questioni che per la loro stessa natura possono essere determinate solo successivamente, se l'accordo sia stato già parzialmente eseguito, e così via.

delle esigenze e dalle caratteristiche del contratto concluso.

Tali strumenti si rivelano particolarmente utili nel caso in cui il contratto sia incompleto *ab origine*, cioè qualora sia stato intenzionalmente lasciato in bianco parte del suo contenuto, oppure nel caso di incompletezza sopravvenuta, ad esempio quando sopraggiungano eventi al verificarsi dei quali le parti si sono espressamente impegnate a rinegoziare²⁵⁶. Al ricorrere dei presupposti previsti per l'applicazione della clausola, allora, si apre un procedimento volto rinegoziare il contenuto del contratto, così determinandone il completamento successivo al mutamento delle circostanze²⁵⁷.

Tali clausole determinative sono distinguibili in due categorie: le clausole di *hardship* e le clausole di rinegoziazione, e, rappresentando utili strumenti per la gestione delle sopravvenienze, sono ormai

²⁵⁶ C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del golfo e i contratti d'impresa*, cit., p. 1, secondo il quale tali clausole hanno il precipuo fine di gestione delle sopravvenienze, in cui emergono particolari circostanze, connesse con fatti ignoti al momento della stipulazione del contratto, che rendono una prestazione più onerosa rispetto all'altra, così determinando uno squilibrio del sinallagma contrattuale. Nello stesso senso, G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 116, che afferma come le clausole di *hardship* siano finalizzate a gestire una serie di accadimenti sopravvenuti in grado di alterare l'equilibrio iniziale del contratto, rendendone talvolta particolarmente difficile l'esecuzione.

²⁵⁷ A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 51 e s., che evidenzia come tale tecnica sia soprattutto ricorrente nella prassi della contrattazione internazionale, caratterizzata da rapporti contrattuali dotati di un'incertezza intrinseca tale da indurre le parti ad inserire clausole che consentono una modifica del contratto al sopravvenire di determinate circostanze; in merito alle precisazioni terminologiche, C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del golfo e i contratti d'impresa*, cit., p. 8, secondo il quale il termine *renegotiation* si riferisce più alla procedura da seguire per modificare il contratto che al risultato che si ottiene, per il quale è preferibile l'utilizzo del termine *adaptation*.

pacificamente ammesse in dottrina²⁵⁸.

Con le clausole di *hardship* viene conferita a ciascun contraente, al sopravvenire di eventi straordinari o imprevedibili che turbano il sinallagma, la facoltà di richiedere una modifica consensuale delle condizioni contrattuali o di sospendere l'esecuzione della propria prestazione²⁵⁹. La stessa formulazione della clausola è modulata sul tipo di evento che la stessa è volta a gestire: nel caso di circostanze determinate il contenuto della clausola sarà indicato specificamente, al contrario la formulazione sarà generica²⁶⁰.

Con le clausole di rinegoziazione i contraenti esprimono la loro volontà a non contenere la collaborazione alla sola fase redazionale del contratto, ma si impegnano ad estenderla anche alla fase dell'esecuzione, che a volte si rivela essere piuttosto critica²⁶¹. Pur

²⁵⁸ Tali clausole sono ormai pacificamente ammesse in dottrina, a tal proposito cfr. V.M. CESARÒ, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, Esi, 2000 p. 60 ss.; e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996, p. 331 ss.

²⁵⁹ Per una rassegna delle clausole di *hardship*, v. V.M. CESARÒ, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 10 ss.; sul punto si veda anche quanto affermato da E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 17, che evidenzia come nella prassi si siano sviluppate diverse versioni delle *hardship clauses*, differenziandosi non soltanto in merito alla lunghezza e all'articolazione, ma anche per gli aspetti procedurali relativi alla loro gestione. In particolare, la clausola a grandi linee può essere suddivisa in due parti: una prima parte in cui vengono indicati i fattori che possono alterare l'equilibrio delle prestazioni, così portando all'applicazione della clausola e una seconda parte, in cui sono previste le conseguenze del loro verificarsi.

²⁶⁰ Qualora vi sia un persistente disaccordo delle parti sulla modifica del contratto, normalmente viene incaricato un terzo del compito di adeguare il contratto alle circostanze sopravvenute, v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 52, che, in tema di clausole *hardship*, rinvia alla dottrina internazionale e italiana, fra cui A. FRIGNANI, voce «*Hardship Clause*», in *Noviss Dig. it.*, App. III, p. 1180 ss, con le relative indicazioni bibliografiche.

²⁶¹ Si è soliti distinguere, in particolare, fra clausole di rinegoziazione specifiche e clausole di rinegoziazione generiche. Mentre con riferimento alle prime, una volta individuati i

rispondendo alla medesima *ratio*, le clausole di rinegoziazione si distinguono dalle clausole di *hardship* in merito ai presupposti applicativi, in quanto non richiedono necessariamente un sopravvenuto squilibrio del rapporto contrattuale, con la conseguenza che possono trovare applicazione in un numero considerevole di casi²⁶².

La determinazione bilaterale, pur avendo il pregio di consentire la conservazione del regolamento contrattuale, impedendo l'applicazione della disciplina delle sopravvenienze con la conseguente caducazione del contratto e aumentando il rapporto di fiducia fra le parti, può generare una riduzione del livello di completezza economica, in quanto

presupposti applicativi, le parti possono stabilire parametri dettagliati per disciplinare la rinegoziazione del contratto originario, con le seconde i contraenti incontrano maggiori difficoltà nel prevedere regole specifiche di adeguamento del rapporto, conservando così un'inevitabile maggiore autonomia nella fase delle trattative. Così, E. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione di inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *I Contratti*, 2014, p. 994, che, tuttavia, pur riconoscendo gli indiscutibili vantaggi delle clausole a contenuto generico, evidenzia come le stesse sollevino alcune perplessità. In particolare: in primo luogo ciascun contraente potrebbe approfittare della genericità della clausola a proprio favore; in secondo luogo tali clausole vincolano a trattare senza necessariamente obbligare le parti a modificare il rapporto originario; infine attribuirebbero una mera facoltà a rinegoziare, rivelandosi, sostanzialmente, uno strumento in realtà superfluo, rappresentando soltanto delle clausole di stile non aggiungendo nulla di più di quanto sia già desumibile dai principi generali del nostro sistema.

²⁶² Sulle differenze intercorrenti tra le clausole di rinegoziazione e quelle di *hardship*, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 218, che afferma come il raggio di applicazione delle prima sia sensibilmente più esteso; infatti lo scopo perseguito dalle parti con l'inserimento delle clausole di rinegoziazione non è (sempre e soltanto) quello di gestire una sopravvenuta sperequazione fra le prestazioni, ma quello di pianificare nel tempo l'esecuzione del rapporto, confidando nella reciproca collaborazione quale presupposto essenziale per il conseguimento dell'interesse dedotto nel contratto. L'adeguamento, infatti, può essere previsto anche per ipotesi ulteriori rispetto all'impossibilità, inesigibilità e tutte quelle sopravvenienze in grado di paralizzare l'esecuzione del contratto; sulle analogie di funzionamento con le clausole di *hardship*, v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 52 e s., secondo cui anche le clausole di rinegoziazione possono essere specifiche o generiche a seconda dell'evento che sono intese a gestire e, qualora i contraenti non riescano a trovare un accordo, il potere determinativo è attribuito ad un terzo.

può indurre le parti a non anticipare circostanze che sarebbero da subito facilmente contrattabili, ed espone il contratto al rischio di comportamenti opportunistici dei contraenti²⁶³. D'altra parte, gli accordi determinativi rappresentano l'unico strumento realmente efficace nel caso in cui vi siano informazioni conoscibili solo dalle parti, poiché in tal caso il ricorso a forme di arbitraggio si rivelerebbe di fatto inutile.

Alla luce di quanto sopra, è possibile affermare come la determinabilità consensuale, seppur comporti alcuni rischi ed abbia certamente degli inconvenienti, spesso si rivela essere uno strumento di grande utilità che, se utilizzato correttamente dai contraenti, consente di gestire le sopravvenienze nel pieno rispetto di quanto previsto dall'art. 1346 c.c. in tema di determinabilità dell'oggetto, evitando però di comportare la caducazione del contratto a seguito dell'utilizzo dei normali rimedi predisposti dal nostro ordinamento²⁶⁴.

²⁶³ Il ricorso a tale procedimento di determinazione è giustificato, in primo luogo, dal fatto che fra le parti intercorre un alto grado di fiducia, che può così essere anche implementato; in secondo luogo perché, nel caso in cui non si pervenga ad un accordo, si può sempre ricorrere alla determinazione sostitutiva da parte del terzo, così A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 54; nello stesso senso, C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del golfo e i contratti d'impresa*, cit, p. 69, che aggiunge come, tradizionalmente, il terzo tenuto a procedere all'attività determinativa qualora le parti non si accordino, sia stato considerato un arbitro; in senso critico l'autore osserva, però, come non sia possibile qualificare con certezza tale soggetto come arbitro, poiché si prospetta, nei casi di rinegoziazione, una fattispecie di incompletezza successiva e sopravvenuta alla conclusione del contratto, con la conseguenza che sarebbe più opportuno un paragone con l'istituto dell'arbitraggio, piuttosto che con l'arbitrato.

²⁶⁴ Il riferimento si intende ai rimedi risolutori per impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, di cui agli artt. 1463 e ss. c.c.

2. – Le clausole di adeguamento del contratto o *adaptation clauses*.

L'autonomia privata consente alle parti di prevedere, oltre alle clausole attributive di un potere di determinazione consensuale, anche un altro strumento di gestione delle sopravvenienze, la cui qualificazione spesso è tutt'altro che scontata. Si tratta delle clausole di adeguamento, o *adaptation clauses*, che consentono di modificare automaticamente l'oggetto del contratto attraverso il ricorso a modelli automatici o a parametri predeterminati di adattamento dei patti originari²⁶⁵.

La peculiarità di tali clausole consiste nel consentire, in condizioni di incertezza relativa ad eventi che potrebbero sopravvenire, di concludere ugualmente un contratto che è dotato di un alto grado di flessibilità senza che sia necessario che i contraenti manifestino

²⁶⁵ Un esempio di clausola di adeguamento è la clausola di indicizzazione, utilizzata esclusivamente per l'adattamento delle prestazioni monetarie, che pur potendo variare in base ai parametri prefissati, devono essere comunque determinabili *ex ante*, cfr. E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 14; nel caso in cui gli indici subiscano una variazione così rilevante da modificare le prestazioni al punto che ne risulti pregiudicato l'equilibrio contrattuale, si pone il problema se essa possa dar luogo a rinegoziazione o si debba ritenere che la determinazione della prestazione, tramite la predisposizione di un indice, comporti per le parti anche l'assunzione del rischio connesso alla variazione imprevedibile e straordinaria di uno dei parametri utilizzati; qualora le parti non pervengano ad un accordo, il problema deve essere risolto alla luce delle legislazioni nazionali. Sul punto, in particolare, si veda Cass., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2132 ss.; con nota di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*.

nuovamente il proprio consenso, né che la controparte approvi successivamente la modifica²⁶⁶.

Analogamente alle clausole di rinegoziazione e di *hardship*, quelle di adeguamento sono caratterizzate da una condizione al verificarsi della quale subentra la modifica del contratto e rappresentano una gestione delle sopravvenienze mediante un'equa ripartizione del rischio contrattuale fra le parti²⁶⁷. Nulla esclude, peraltro, che nel medesimo contratto siano presenti contemporaneamente clausole di adeguamento con quelle dei primi due tipi, determinando in tal caso un concorso di strumenti nel medesimo accordo. Tuttavia, vi sono alcune clausole che non sono di facile qualificazione, tanto che spesso generano incertezza e richiedono una non facile attività d'interpretazione²⁶⁸.

²⁶⁶ L'operatività di queste clausole, in quanto basate su parametri prefissati, ha ovviamente carattere oggettivo ed è automatica, poiché trovano applicazione senza che siano necessarie delle valutazioni discrezionali da parte di terzi, o qualora queste abbiano luogo, costituiscono degli interventi meramente ricognitivi. E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 14.

²⁶⁷ E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 803, secondo il quale una possibile ipotesi di sopravvenienza forte è, ad esempio, la legge sopravvenuta, che, ai sensi dell'art. 1339 c.c., rimodella gli effetti del contratto. In tal caso l'alternativa è tra lo scioglimento del contratto, anche mediante il recesso, o la censura di incostituzionalità del nuovo regime normativo a causa di un'irragionevolezza della norma di legge nel caos in cui lo squilibrio sopravvenuto non sia bilanciato da correttivi; sulle differenze fra le due categorie di clausole, v. E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 29, secondo il quale hanno due ambiti di applicazione diversi e, inoltre, mentre le clausole di *hardship* hanno ad oggetto le prestazioni del contratto intese nel loro complesso, le clausole di adeguamento si concentrano esclusivamente su una prestazione, che si modificherà automaticamente al variare dei parametri che sono stati specificamente indicati.

²⁶⁸ Si veda quanto affermato da A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 58, che riporta l'esempio delle clausole che calcolano il corrispettivo di una somministrazione sulla base dei costi di produzione del somministrante; oppure delle clausole che calcolano il canone di affitto sulla base di vendita di un bene prodotto dall'affittuario, rimanendo libero quest'ultimo di fissarne il prezzo. Nonostante tali clausole non conferiscano espressamente il potere di determinare unilateralmente il corrispettivo della somministrazione o il canone

La riconosciuta legittimità di tali clausole, che costituisce l'esito positivo di un dibattito che ha coinvolto la dottrina e la giurisprudenza degli scorsi anni²⁶⁹, può essere considerato un portato del principio generale dell'autonomia privata, in quanto espressione di una libera scelta delle parti che ben possono decidere di concludere un contratto, completo in tutti i suoi elementi, ma caratterizzato dalla flessibilità necessaria a fronteggiare possibili eventi successivi, senza dover necessariamente ricorrere ai rimedi risolutivi previsti dal legislatore.

3. – Un limite alla determinazione successiva: le clausole di completezza o *merger clauses* (cenni).

Per ragioni di completezza è opportuno evidenziare come, sempre nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, le parti possono

dell'affitto, uno dei contraenti possiede, di fatto, la facoltà di individuare direttamente il contenuto del contratto. Pertanto, l'esito cui conducono tali strumenti coincide con le clausole di rinvio alla determinazione unilaterale, pur possedendo strutturalmente le caratteristiche delle clausole di adeguamento automatico.

²⁶⁹ La legittimità delle clausole di adeguamento, in particolare di quelle di indicizzazione monetaria, costituisce un elemento decisivo in favore della configurabilità di strumenti convenzionali alternativi nella gestione delle sopravvenienze, quali la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta; cfr., sul punto, A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, Cedam, 2010, p. 218 e s., che sottolinea come, in realtà, la riconosciuta ammissibilità di tale strumento si sia basata come punto di riferimento teorico primario soprattutto sul principio del valore nominale della moneta e, solo secondariamente, sul principio dell'autonomia privata. In particolare, sono stati due gli aspetti critici della disciplina di cui agli artt. 1467 e ss. c.c.: la compatibilità con i meccanismi che governano la modificazione dell'originario equilibrio contrattuale e l'equità dell'adeguamento automatico.

anche decidere di “blindare” l’accordo raggiunto, inserendo nel contratto clausole che pongano un limite ad eventuali modifiche successive.

In un contesto del genere non si può non fare cenno alla clausola di completezza, o *merger clause*, con cui i contraenti escludono ogni intervento, integrazione o apporto esterno, per attribuire significato o per completare il contratto concluso²⁷⁰. In particolare, tale strumento richiama l’osservanza delle parti all’*entire agreement*, escludendo che si possano utilizzare elementi extra-testuali o comportamenti tenuti nella fase delle trattative, quali scambi di lettere, di proposte contrattuali, di minute e memoranda che precedono la conclusione del contratto, oppure comportamenti tenuti dalle parti nella fase posteriore alla conclusione del contratto²⁷¹.

In altre parole, a fronte di un contratto caratterizzato da un contenuto estremamente completo, le parti possono sentire la necessità

²⁷⁰ La dottrina, in particolare, ha individuato due diverse funzioni delle *merger clauses*. Infatti, se da un lato possono essere considerati degli indici da cui desumere l’esistenza di un accordo, operando così un *discrimen* fra accordi obbligatori e intese prive di vincolatività sul piano negoziale, dall’altro hanno una fondamentale funzione di accertamento della dichiarazione negoziale stessa, poiché in tali clausole risiederebbe la volontà delle parti di identificare specificamente il contenuto del contratto nell’ottica di stabilire un preciso confine dell’obbligazione. Così M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 148 e ss,

²⁷¹ Sul punto, testualmente, G. ALPA, *Le clausole nei contratti del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 4, che sottolinea come la risposta dei diversi ordinamenti nazionali sia quanto più varia: alla tendenza che asseconda la volontà delle parti si contrappone quella, tipica ad esempio del nostro ordinamento, che riconosce rilevanza al comportamento anteriore alla conclusione, alle modalità con cui le parti hanno negoziato, alla minuta (se considerata come contratto contenente tutti gli elementi essenziali e quindi già completo e formato), senza dare rilevanza alla denominazione impressa dalle parti ai singoli documenti esaminati.

di chiarire il fatto che soltanto l'accordo finale è veramente vincolante in quanto frutto del loro effettivo, definitivo accordo, risultato di pregresse puntuazioni o accordi preliminari che, però, perdono in linea di principio la loro forza vincolante dal momento che questi non sono confluiti nel contratto finale e da esso debbono considerarsi superati²⁷². Ed è proprio al fine di proteggere il testo contrattuale da successive modificazioni che viene inserita nel contratto finale una clausola che sancisce come tale documento contiene l'*entire understanding* delle parti²⁷³.

L'inserimento delle *merger clauses* rappresenta, in questo senso, una vera e propria opera di ingegneria contrattuale in quanto, se da un lato impedisce che un contraente effettui delle deviazioni verso un diverso assetto di interessi per far valere eventuali accordi collaterali, dall'altro neutralizza le norme dispositive e le altre fonti integrative che potrebbero modificare il contratto. Si persegue, dunque, l'obiettivo di

²⁷² P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato. Volume II. Istituti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 130, che afferma inoltre come la maggior attenzione ai dettagli e ai particolari – caratteristica tipica dei contratti angloamericani in cui tali clausole hanno avuto origine – è dovuta al fatto che la natura stessa del *common law* è indissolubilmente legata alla valutazione del singolo caso concreto, che si riflette a sua volta sull'insegnamento giuridico, sullo stile redazionale delle leggi e, di conseguenza, dei contratti, oltre alla mancanza di sistema di norme di *default*, come quelle contenute nei codici del sistema di *civil law*.

²⁷³ In questo senso, cfr. M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, cit., p. 3 e ss, secondo cui la tendenza, nell'ambito della circolazione di modelli contrattuali di diritto angloamericano, per cui le parti decidono di cristallizzare il contenuto del contratto deriva dal particolare approccio adottato nei sistemi di *common law* con riferimento ai criteri di interpretazione del contratto, ancora – almeno formalmente – ancorati alla teoria “oggettivistica” dell'interpretazione del contratto. Molte sono le aperture che si registrano nel *case law* inglese verso il sistema continentale, in particolare con riferimento al riconoscimento della rilevanza del comportamento complessivo delle parti in sede di interpretazione.

proteggere la certezza e la prevedibilità degli obblighi che sono stati assunti con la conclusione del contratto, evitando al contempo alle parti di dover smentire o correggere tutte le dichiarazioni precontrattuali eventualmente inesatte o erranee, poiché la clausola di completezza è in grado di eliminare ogni preteso affidamento su di esse²⁷⁴.

Le clausole di completezza trovano, ovviamente, origine nei modelli contrattuali derivanti dai sistemi di *common law*, in particolare nel sistema americano, inglese ed australiano, e sono oggi comunemente presenti nella prassi della contrattazione commerciale internazionale, con particolare riferimento ai contratti di vendita e quelli di fornitura²⁷⁵.

²⁷⁴ Così F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione: la merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 151 e ss., che sottolinea come la certezza data dall'inserimento della *merger clause*, ha delle conseguenze rilevanti anche nella fase dell'esecuzione del contratto, poiché le parti, sapendo che le proprie pretese eventualmente fondate su elementi non inclusi nel contratto non saranno considerate ricevibili proprio in forza della clausola inserita, saranno evidentemente meno propense ad instaurare un contenzioso. Vengono pertanto eliminati dubbi e ambiguità che potrebbero, non soltanto essere causa di conflitti, ma addirittura essere utilizzati per cercare di sottrarsi ai propri obblighi. Allo stesso tempo, aggiunge l'autore, la clausola di completezza permette un esercizio più semplice di rimedi quali l'annullamento per dolo o per errore, o l'azione contro l'inadempimento, poiché tali fatti possono essere evidenziati molto più facilmente se sono stati contrattualizzati tutti gli aspetti sui quali vi è stata la trattativa.

²⁷⁵ Secondo parte della dottrina, in particolare, la «nostra clausola di completezza» assume risvolti parzialmente diversi a seconda che sia applicata nel sistema di *common law* o nel diritto italiano. Nel primo essa presenta delle caratteristiche di sostanzialità che derivano dall'esistenza di un istituto dell'interpretazione dei contratti che è la *parol evidence rule*, prevedendo una presunzione di intangibilità del documento avverso ogni patto aggiuntivo extratestuale, tanto orale quanto per iscritto; tale presunzione è proprio rafforzata dalla *merger clause*, che costituisce, in particolare, una «valvola di chiusura del sistema pattizio intercorso fra le parti». Nel diritto italiano, d'altra parte, tale clausola, più che una funzione di rafforzamento della presunzione di intangibilità dello scritto, sembra avere un impatto per lo più innovatore su alcuni preesistenti istituti in tema di ammissibilità delle prove nel processo. Così F. MAZZA, *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, IV, II, Milano, Giuffrè, 2001, p. 753 e ss.

4. – La determinabilità unilaterale e le clausole attributive dello *ius variandi*.

La determinabilità unilaterale rappresenta, tra le forme di determinazione successiva dell'oggetto, quella che ha suscitato maggiori perplessità e la cui ammissibilità ha incontrato più resistenza. In effetti, l'attribuzione del potere di modificare il contratto in via esclusiva ad uno solo dei contraenti sembra *prima facie* costituire uno strumento arbitrario e di potenziale prevaricazione a discapito della controparte in posizione di debolezza²⁷⁶.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, lo *ius variandi* può essere sia uno strumento potenzialmente pericoloso, in quanto inevitabilmente contraddistinto da un mero arbitrio e da un conseguente rischio prevaricazione di un contraente nei confronti dell'altro, ma può essere al contempo un utile meccanismo per «sistemare in modo efficiente, ragionevole, equilibrato gli interessi delle parti, e segnatamente l'interesse della parte che in apparenza lo subisce»²⁷⁷.

²⁷⁶ Inoltre, la modificazione unilaterale del contraente sembra essere una minaccia verso alcuni principi del fenomeno contrattuale, quali la base consensuale dell'accordo stipulato e l'intangibilità del vincolo giuridico con esso realizzato; sul punto, cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., p. 1 s., che sottolinea come il carattere consensuale dell'accordo sembra imporre l'inconcepibilità di un vincolo che non tragga origine dalla bilateralità, cosicché si rende opportuno interrogarsi se possa ritenersi vincolante un accordo qualora sia previsto che una delle parti possa determinare liberamente il contenuto del contratto.

²⁷⁷ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 525 e ss., secondo il quale, inevitabilmente, il fenomeno è caratterizzato da due facce. Occorrono, dunque, soluzioni articolate che variano al variare dell'interesse delle parti e delle modalità in cui è previsto il potere di modifica unilaterale del contratto. Se, ad esempio, lo *ius variandi* è attribuito ad un

Occorre da subito sottolineare come, proprio per lo squilibrio derivante dall'attribuzione dello *ius variandi* in capo ad una parte il legislatore abbia previsto, in alcuni casi, la facoltà di recedere dal contratto in favore della controparte; tuttavia per le caratteristiche peculiari che contraddistinguono tali specifiche ipotesi si ritiene più opportuna una trattazione separata²⁷⁸.

La determinabilità unilaterale²⁷⁹, nonostante ad oggi non conosca

contraente nel prevalente interesse dell'altro allora il suo esercizio sarà certamente lecito, configurandosi un potere-dovere e l'esercizio andrà valutato alla luce delle regole sull'esecuzione del contratto. Diversamente, qualora tale potere sia attribuito, come spesso accade, nel prevalente interesse della parte abilitata ad esercitarlo, tuttavia, non per questo andrà considerato illecito *tout court*, dovendosi verificare la formulazione concreta dello stesso. Se sono specificamente individuati i criteri ed i limiti che siano idonei a imbrigliare l'arbitrio del titolare, così da garantire la controparte da pericolose sorprese, allora la clausola sarà di per sé lecita, dovendosi verificare se si sono superati i limiti predisposti, nel qual caso le modifiche non saranno efficaci. In caso di *ius variandi* illimitato, invece, si prospettano, a parere dell'autore, due diverse opzioni. Una prima ipotesi sarebbe quella di considerare la clausola nulla in quanto contraria all'ordine pubblico. Una seconda possibilità, più flessibile, potrebbe essere quella di non integrare il contenuto della clausola secondo il principio di buona fede, che limita l'arbitrio della parte abilitata modificare il contratto: sarà quindi necessario, in questo caso, valutare *ex post* le modifiche unilaterali, che saranno efficaci qualora siano conformi alla buona fede, mentre in caso contrario si riveleranno inefficaci. Nello stesso senso si è espresso A.M. BENEDETTI, *Il ius variandi, nei contratti bancari, esiste davvero? Appunti per una ricostruzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2018, p. 613, che afferma come molto spesso non ci sia neutralità, in questo potere, ma, semmai, dichiarata parzialità; la parte che ne è titolare, infatti, è portatrice di interessi che, spesso, confliggono con quelli della parte che ne subirà gli effetti (quella, cioè, che guarda con rassegnazione all'altrui decisione modificativa del regolamento originariamente concordato). Questo potere, tuttavia, che sembra inizialmente contrastare con i principi che governano il contratto, come il principio dell'accordo (art. 1321 c.c.) e quello della forza del vincolo contrattuale (art. 1372 c.c.), si rivela, ad una lettura più accurata, di grande utilità a risolvere, nei contratti di durata, il problema della resistenza del regolamento contrattuale al trascorrere del tempo e ai conseguenti mutamenti di contesto e di equilibrio che questo può determinare.

²⁷⁸ Per un'analisi approfondita del binomio *jus variandi* e diritto di recesso, si veda il successivo par. 4.5.

²⁷⁹ La determinazione unilaterale, intesa come modalità di completamento, ricorre esclusivamente nel caso in cui il contratto conferisca ad una parte il potere determinativo inteso in senso stretto. Non sono riconducibili a tale ipotesi i casi in cui ad uno o ad entrambi i contraenti sia consentito di chiedere unilateralmente la revisione giudiziale delle

ancora una disciplina generale, si interseca con alcuni tra i più importanti istituti del diritto dei contratti e delle obbligazioni e può rinvenirsi in numerose fattispecie.

Infatti, nella prassi, soprattutto nei contratti di durata o ad esecuzione differita, non è rara la previsione di clausole attributive di *ius variandi* in favore di una delle parti, tanto di natura convenzionale quanto previste direttamente dalla legge²⁸⁰. Tuttavia, le norme che attribuiscono tal diritto potestativo ad un contraente sono solite prevedere anche forti limiti all'esercizio di tale diritto, proprio per evitare da un lato di imporre un sacrificio eccessivo alla controparte che subisce la modifica, dall'altro per garantire che l'equilibrio del sinallagma rimanga inalterato. Questi limiti hanno indotto parte della dottrina a sostenere il principio secondo cui, con lo *ius variandi*, è concesso il potere di incidere unilateralmente sul regolamento negoziale purché ciò non comporti un'alterazione negativa eccessiva della posizione dell'altro contraente²⁸¹.

condizioni contrattuali, come nel caso di cui all'art. 1664, primo comma, c.c., poiché in tal caso si tratta di una mera revisione ad opera di un terzo (il giudice) e non di un diritto di porre in essere unilateralmente una modifica al contratto concluso; A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 54, nota 83.

²⁸⁰ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 171 e ss., che relativamente alle clausole di *ius variandi* di natura legale, fa riferimento al diritto di recesso, ex art. 1373 c.c.; al diritto di modificare il progetto da parte del committente nel contratto di appalto, ex art. 1661 c.c.; al diritto del mittente di impartire ordini al vettore, fra cui quello di sospendere il trasporto, di cui all'art. 1685 c.c.; alla possibilità di redimere la rendita perpetua per volontà del debitore, nonostante qualunque previsione contraria, ex art. 1925 c.c.; al potere del dato di lavoro di modificare unilateralmente la prestazione lavorativa richiesta al lavoratore, ai sensi dell'art. 2013 c.c.

²⁸¹ G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, p. 98 ss; A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 189 e s.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del*

Prima però di passare in rassegna le diverse ipotesi previste dal legislatore, si ritiene opportuna una premessa sul percorso dottrinale e giurisprudenziale che ha portato alle attuali posizioni relative all'ammissibilità di tale istituto.

In particolare, una nota sentenza del Tribunale di Milano degli anni '80 viene costantemente richiamata dalla dottrina, in quanto è considerata il primo tentativo di conciliare lo *ius variandi* con i principi cardine del diritto dei contratti²⁸². Con tale pronuncia è stata riconosciuta l'efficacia di una clausola attributiva del potere di modificare unilateralmente il contenuto del contratto, in considerazione del fatto che tali modifiche sarebbero state tempestivamente comunicate alla controparte.

Sul punto però parte della dottrina ha opportunamente affermato come il Tribunale, in realtà, non si sia posto il problema della validità della clausola, risolvendo invece la questione attraverso una finzione giuridica, ossia considerando la modifica di fatto bilaterale in quanto

contratto, cit., p. 173, che richiama, fra i limiti imposti dal legislatore per l'esercizio del diritto potestativo di modifica unilaterale, quello di cui all'art. 2103 c.c., il quale prevede che, in caso di trasferimento del lavoratore ad un'altra unità produttiva, egli sia adibito a mansioni equivalenti o corrispondenti alla categoria superiore e ferma la presenza di ragioni che giustificano il trasferimento; e la previsione dell'art. 1661 c.c., primo comma, che sancisce il diritto dell'appaltatore al compenso in caso di modifiche del progetto da parte del committente.

²⁸² Trib. Milano, 18 aprile 1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, p. 94, con nota di G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, cit., con cui viene affrontata la questione dell'efficacia *inter partes* di una modifica unilaterale del contratto, effettuata in forza di una clausola contrattuale attributiva ad una azienda di credito la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni regolanti i rapporti di conto corrente, dandone comunicazione mediante avviso esposto nei locali dell'azienda stessa.

tacitamente accettata dalla controparte²⁸³.

Durante gli anni '90, in cui il dibattito è stato alimentato dal riconoscimento e dalla disciplina di clausole di determinazione unilaterale, si è inoltre sviluppato in dottrina un nuovo approccio sistematico alla questione²⁸⁴. E' stata infatti sancita la conformità della determinazione unilaterale con la nozione di autonomia contrattuale, con l'assunzione di posizioni più favorevoli alle modifiche del rapporto contrattuale²⁸⁵.

²⁸³ In chiave critica, v. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, III, 2002, p. 390, secondo il quale, per questo motivo, tale pronuncia non potrebbe essere utilizzata per affrontare il tema della validità dello *ius variandi*, a meno di non voler ritenere che la ricerca dell'accordo da parte dei giudici abbia presupposto un implicito giudizio di validità della stessa; nello stesso senso, A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 346 ss., secondo cui con questa decisione, in realtà, piuttosto che offrire una reale soluzione alla questione, si è inteso aggirare il problema.

²⁸⁴ Tra le previsioni più significative, possono essere richiamate: ai sensi dell'art. 118, d.lgs. 385/1993, il diritto della banca di modificare unilateralmente, in senso sfavorevole al cliente, tassi, prezzi e altre condizioni; ai sensi dell'art. 1469 *bis*, terzo comma, nn. 11 e 13, c.c., la presunzione di vessatorietà, sino a prova contraria, delle clausole che consentono al professionista di modificare unilateralmente alcune parti del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso, nonché aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo è eccessivamente elevato; ai sensi dell'art. 12, d.lgs. 111/1995, per cui, prima della partenza, l'organizzatore o il venditore che abbia necessità di modificare in modo significativo uno o più elementi del contratto ne dà immediato avviso in forma scritta al consumatore, indicando il tipo di modifica e la variazione del prezzo che ne consegue; ai sensi dell'art. 3, quinto comma, della l. n. 192/1998, per cui il fornitore ha diritto ad un adeguamento del prezzo, anche se non esplicitamente previsto nel contratto, nel caso in cui abbia apportato, in corso di esecuzione della prestazione e su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino per lui un incremento dei costi.

²⁸⁵ Si afferma, in particolare, che se le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto, possono allora altrettanto liberamente conferire ad una di esse il potere di modificarlo unilateralmente, anche *ad libitum* e senza che tale potere sia subordinato ad eventi sopravvenuti; sul punto, cfr. P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss.

Sul finire degli anni '90, poi, una nota pronuncia della Cassazione²⁸⁶ ha sancito la nullità, per indeterminabilità dell'oggetto, di una clausola inserita in un contratto di agenzia con cui veniva prevista la facoltà illimitata del preponente di modificare le tariffe delle provvigioni, con il solo onere di preavviso e salva la facoltà di recesso dell'agente in caso di mancata accettazione della modifica. In particolare, i giudici hanno sostenuto che mentre la modifica unilaterale rimessa all'equo apprezzamento di una delle parti si può ritenere compatibile con quanto previsto dall'art. 1346 c.c., altrettanto non può dirsi nel caso in cui la determinazione dipende dal mero arbitrio unilaterale, da cui consegue un'inevitabile incertezza del risultato²⁸⁷.

Dopo questa breve premessa, utile per comprendere le attuali posizioni dogmatiche e giurisprudenziali, è opportuno ora soffermarsi sui profili maggiormente spinosi della questione: l'utilità effettiva della determinazione unilaterale e la sua concreta compatibilità con il dettato normativo.

²⁸⁶ Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 338 ss., con nota di A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi*, cit., p. 207 ss.

²⁸⁷ Così afferma la Cassazione: «una clausola che riservi al preponente la scelta, alla stipulazione del contratto o nel corso del rapporto, tra più sistemi di provvigioni determinati quanto meno (ciascuno di essi) nei complessivi effetti economici, tali quindi da consentire all'agente la rappresentazione delle possibilità alternative accettate con conclusione del contratto, non rende indeterminabile il corrispettivo; non così una clausola che contenga alcuna delimitazione, sì da rendere incerto lo stesso tipo contrattuale».

4.1. – L'utilità e la *ratio* della determinabilità unilaterale.

Nonostante spesso non sia vista di buon occhio per gli inevitabili rischi che la contraddistinguono, tale forma di determinazione successiva risponde, al pari delle altre, alla *ratio* di conferire la necessaria flessibilità al contratto e risulta, soprattutto nelle operazioni contrattuali complesse, uno strumento di fondamentale importanza per la gestione delle sopravvenienze²⁸⁸. Il ricorso alla determinazione unilaterale, anzi, rappresenta molto spesso una soluzione particolarmente vantaggiosa per le parti, se non in alcuni casi, come si avrà modo di vedere, l'unica soluzione realmente possibile per vedere concretamente realizzati i propri interessi²⁸⁹.

Le fattispecie in cui è previsto lo *ius variandi* a favore di uno dei contraenti sono numerose e sono state introdotte alcune volte dalle

²⁸⁸ L'attribuzione dello *ius variandi*, in particolare, costituisce la tecnica maggiormente efficace in alcuni contesti negoziali, in cui sarebbe difficile fare ricorso ad forme alternative di completamento del contratto, quali i rapporti caratterizzati da investimenti specifici unilaterali, o bilaterali ma asimmetrici, in cui lo *ius variandi* si spiega per tutelare la parte che ha effettuato tali investimenti; un secondo caso è costituito dai contratti in cui le informazioni necessarie per modificare il regolamento non siano note ad entrambe le parti, o dipendano da fattori esterni che rendono superfluo un accordo bilaterale, o ancora la modificazione rappresenti una scelta obbligata per una parte o comunque sia dettata da fattori da essa non direttamente controllabili, v. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («ius variandi»)*, cit. 404 e s.

²⁸⁹ Secondo parte della dottrina, infatti, non può riscontrarsi un unico interesse che fondi tutte le ipotesi di determinazione unilaterale, potendo lo stesso rispondere ad una pluralità di interessi concreti, quali, ad esempio, le ragioni organizzative e produttive per il datore di lavoro nell'art. 2103 c.c.; la tutela degli investimenti del committente nel caso dell'appalto e del trasporto ai sensi degli artt. 1661 e 1685 c.c.; l'esigenza di consentire alla banca l'adeguamento delle condizioni generali all'evoluzione degli stessi servizi bancari, ad esempio, nello *ius variandi* dei contratti bancari; v. v. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («ius variandi»)*, cit. 406 e s.

discipline dei singoli contratti tipici, altre volte dalle più recenti normative settoriali. Per questo motivo, proprio in considerazione dell'eterogeneità normativa dell'istituto, non è semplice tracciarne una specifica funzione unitaria, essendo alcune ipotesi ad esempio volte a conservare l'equilibrio contrattuale, altre invece funzionali alla gestione dell'attività di produzione di beni e servizi o delle sopravvenienze²⁹⁰.

In altre parole, tale forma di determinazione successiva può prestarsi a soluzioni diverse, non necessariamente finalizzate alla continuazione del rapporto, ma spesso dirette ad evitare una prosecuzione alle originarie condizioni, ormai diventate obsolete e compromettenti per l'efficienza del contratto e della stabilità economica delle parti²⁹¹.

²⁹⁰ Il riferimento è, per la prima funzione, all'art. 90 cod. cons., con cui viene consentito all'organizzatore di revisionare il prezzo di vendita del servizio offerto (pacchetto turistico) in caso di aumento dei costi. In tal caso la modifica del prezzo può avvenire solo prima della partenza e, pertanto, non può essere considerata una modifica *in itinere* del rapporto contrattuale: la fattispecie, infatti, essendo l'aumento contenuto nei limiti del 10% del prezzo iniziale, è assimilabile piuttosto ad una clausola di adeguamento automatico, in cui l'entità della variazione è legata a eventi obiettivi, prevedibili e privi di alcuna discrezionalità da parte del titolare del potere. Per quanto riguarda la seconda funzione, invece, si è soliti far riferimento allo *ius variandi* del banchiere, del prestatore di servizi finanziari nei contratti consumatori, nonché a quello dell'organizzatore di viaggi in relazione all'art. 91 cod. cons., in considerazione della presenza del diritto di recesso in capo al cliente e al consumatore. In questi casi, la flessibilità conferita al contratto mediante la clausola di determinazione unilaterale è volta a perseguire l'obiettivo della stabilità dell'impresa fornitrice di beni e servizi, anche a costo di provocare il recesso del consumatore. Cfr., sul punto, A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., p. 303 e s.

²⁹¹ A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., p. 304, che sottolinea come ciò comporti inevitabilmente una sostanziale atipicità dello *ius variandi* puro, ossia quello tradizionalmente inteso come diritto potestativo di modificare unilateralmente il contenuto del contratto a fini conservativi; ciò, agli occhi dell'autore, è confermato dalla previsione della nullità del patto nei contratti di subfornitura, che rappresenta l'espressione di una tendenza legislativa volta a preservare la stabilità degli assetti contrattuali individuali nei

Alla luce di queste considerazioni può essere utile procedere, senza pretese di esaustività attesa l'eterogeneità dell'istituto, analizzare a grandi linee alcuni dei tipi contrattuali in cui è inserita la clausola di *ius variandi*, per meglio comprendere alcune delle funzioni che solitamente le sono attribuite.

In alcuni casi la scelta delle parti per la determinabilità unilaterale è inevitabile, in quanto il contratto concluso, avendo ad oggetto un rapporto di durata e particolarmente complesso, non può prevedere compiutamente tutti gli aspetti successivi del rapporto, per i quali si rimette allo *ius variandi* di una delle parti²⁹². Questa realtà, in particolare, è codificata dall'art. 1711 c.c. che relativamente al mandato riconosce al mandante il potere di fornire istruzioni vincolanti per il mandatario, che dovrà discostarsene solo in determinate circostanze. In altri casi il potere di modificare arbitrariamente l'oggetto costituisce addirittura la stessa prestazione, assumendo così rilevanza causale²⁹³.

Lo *ius variandi* si rivela, certe volte, uno strumento utile per contrastare i comportamenti opportunistici della controparte in sede di

rapporti imprenditoriali, in coerenza con il principio della forza di legge, inteso in senso ampio, ai sensi dell'art. 1372 c.c.

²⁹² Nella gestione, salvo la disciplina generale concordata, spesso le determinazioni che completeranno il regolamento saranno unilaterali, da parte del gestito o da parte del gestore. Per un approfondimento sulla funzione della determinazione unilaterale in tali tipi contrattuali, e per quelli che seguiranno, v. v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 55 e ss.

²⁹³ Come nel caos delle gestioni patrimoniali, ad esempio, in cui la delega non sempre ha ad oggetto l'attività di investimento o disinvestimento, ma proprio la decisione stessa di investire.

rinegoziazione, consentendo di tutelare alcuni investimenti specifici²⁹⁴.

In alcuni casi, poi, è particolarmente efficace nella gestione di situazioni in cui la modifica *in itinere* del regolamento contrattuale è inevitabile, in ragione di fattori esterni che rendono superflua una rinegoziazione per la modifica, soprattutto nel caso in cui il contratto debba essere concluso con un numero elevato di soggetti²⁹⁵.

Ancora, in alcuni contratti, rappresenta un incentivo per le parti a concludere un contratto spesso ritenuto dalle stesse eccessivamente rischioso²⁹⁶.

Alla luce della breve disamina di fattispecie in cui ad una delle parti è attribuito lo *ius variandi*, si può giungere alla conclusione che tali clausole non sempre costituiscono una forma esercizio abusivo del

²⁹⁴ Si pensi ai contratti di distribuzione, come il *franchising*, in cui va tutelata la reputazione commerciale del produttore rispetto a comportamenti pregiudizievoli del distributore; sul punto cfr. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 56 e s, secondo il quale l'attribuzione al produttore di poteri unilaterali di determinazione del contenuto contrattuale e di controllo è giustificabile in considerazione della struttura stessa dell'operazione economica, della distribuzione degli investimenti tra le parti e della necessità di tutelare tali investimenti.

²⁹⁵ Il tipico esempio è rappresentato dai contratti bancari rispetto alle variazioni del tasso di interesse, nel caso in cui quest'ultime dipendano dall'attività regolatoria delle autorità competenti; infatti la rinegoziazione bilaterale, in tali casi, non sarebbe in grado di incidere sulla misura della rideterminazione e si rivelerebbe di fatto inefficace, se non addirittura dannosa, poiché produrrebbe costi inutili per le parti; v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 57.

²⁹⁶ Così per la somministrazione, nel caso in cui non si conosca preventivamente l'esatta quantità di beni che soddisfi il bisogno nel corso del tempo. O ancora per i mutui a lungo termine, rispetto al rischio di crescita del costo del denaro; in particolare, in quest'ultimi, nei mercati concorrenziali le banche e i finanziatori potrebbero attrarre parti fortemente avverse al rischio, come gli acquirenti di una prima casa, attraverso un contratto che attribuisca loro, decorso un certo periodo di tempo, la possibilità di scegliere fra un tasso fisso e un tasso variabile, piuttosto che un contratto sempre a tasso fisso o uno sempre a tasso variabile; sul punto si veda quanto affermato da A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 55 e ss.

potere contrattuale, ma anzi rappresentano un utile strumento, liberamente configurabile dalle parti in quanto espressione della propria autonomia privata, per fronteggiare le più disparate problematiche e tutelare i propri interessi.

4.2 – Il problema dell’ammissibilità dell’arbitraggio di parte.

In considerazione della complessità del panorama giurisprudenziale e dottrinale relativo all’ammissibilità di una determinazione unilaterale, non è semplice riassumere in una sintesi unitaria le posizioni degli autori e dei casi in cui è stato preso in considerazione il tema. Pertanto, è opportuno raggruppare le diverse impostazioni, cercando al contempo di mantenere l’indagine quanto più completa possibile.

Prima di procedere, si rende necessaria una premessa.

Come si avrà modo di vedere, per molti anni è stata negata la validità delle clausole che riservano una determinazione successiva degli elementi del regolamento contrattuale ad una ovvero ad entrambe le parti, in quanto considerate contrarie al buon costume ovvero in contrasto con la serietà che deve connotare il vincolo contrattuale²⁹⁷. In

²⁹⁷ Per un *excursus* approfondito sulla validità delle clausole attributive dello *ius variandi*, v. A. BARENGHI, *L’oggetto del contratto*, in *Diritto privato europeo*, cit., p. 363 ss., Infatti ricorre, fra i sostenitori della tesi negativa, la motivazione secondo cui opinare

realtà, la poca persuasività della tesi negativa risulta evidente anche dal punto di vista comparatistico, in quanto numerosi ordinamenti giuridici, europei ed extra-europei, hanno espressamente previsto e positivamente disciplinato l'arbitraggio di parte²⁹⁸.

Volendo riassumere le diverse impostazioni, possiamo individuare tre diverse correnti di pensiero che si sono susseguite nel tempo.

Un'opinione tradizionale, nonché piuttosto risalente, ha per lungo tempo assunto un atteggiamento di assoluta chiusura nei confronti della modificazione unilaterale, al di fuori delle ipotesi in cui è espressamente prevista dal legislatore²⁹⁹. Le clausole attributive dello *ius variandi*, qualora avessero avuto natura convenzionale, venivano infatti considerate contrastanti con gli artt. 1321, 1325 e 1372 c.c., che pongono la bilateralità del consenso a fondamento dell'accordo³⁰⁰.

In particolare, veniva considerato esclusivo il riferimento al terzo contenuto nell'art. 1349, o quelli contenuti nell'art. 1473, comma 1, per la vendita e nell'art. 2264 per la società³⁰¹. Non era quindi ammissibile

diversamente significherebbe ammettere che l'accordo fra i contraenti non sarebbe stato raggiunto completamente, in quanto ancora soggetto alla incontrollata volontà di una parte.

²⁹⁸ Per un'analisi dell'arbitraggio di parte dal punto di vista comparatistico si veda il successivo paragrafo.

²⁹⁹ Fra i tanti autori che hanno aderito a quest'impostazione, per la verità ad oggi minoritaria, v. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 253; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, Utet, 1955, che, in riferimento all'art. 1473 c.c., afferma come non sia da ritenere ammissibile la determinazione del prezzo ad opera di una delle parti per *arbitrium boni viri*; e C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, che sottolinea come l'art. 1349 c.c., atteso il silenzio del legislatore sul punto, rappresenti una norma non suscettibile di interpretazione analogica.

³⁰⁰ In questo senso, M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, p. 465 ss.

³⁰¹ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 154, che afferma come in tale prospettiva la clausola di determinazione unilaterale sarebbe nulla,

l'applicazione analogica in quanto, da un lato, si sosteneva che veniva fatto espresso ed esclusivo riferimento alla figura del terzo e non già alla parte, dall'altro lato la *ratio* delle norme poserebbe proprio sull'imparzialità e neutralità del terzo, che per definizione mancherebbero ad uno dei contraenti³⁰². La posizione contraria all'arbitraggio di parte si fondava anche su un altro fondamentale argomento: consentire l'interpretazione analogica dell'art. 1349 avrebbe comportato la possibilità per uno dei contraenti di determinare unilateralmente l'oggetto del contratto con entrambi i criteri predisposti dal legislatore per il terzo, ivi compreso quello dell'*arbitrium merum*, così configurando, in realtà, una condizione meramente potestativa, vietata dal nostro ordinamento ai sensi dell'art. 1355 c.c.³⁰³.

salvo che l'altra parte accetti la determinazione operata dal contraente favorito, poiché in tal caso la determinazione potrebbe essere considerata bilaterale e quindi rientrante nell'ipotesi di riserva di accordo dei contraenti, che viene considerata solo eventualmente valida.

³⁰² A tali argomentazioni si aggiungerebbe anche l'analisi storico-comparatistica, alla luce della quale il legislatore italiano avrebbe rifiutato la scelta del legislatore tedesco di ammettere l'arbitraggio di parte (disciplinato dal § 319 BGB); A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, cit. 394; un'altra posizione contraria all'ammissibilità dell'arbitraggio di parte afferma che il contratto con il quale la determinazione dell'oggetto sia rimessa all'arbitrio mero di un contraente sarebbe priva dell'elemento causale. Prendendo ad esempio la compravendita, se la fissazione del prezzo fosse rimessa alla decisione del compratore, questo potrebbe fissarlo in una misura talmente irrisoria che l'operazione economico-giuridica verrebbe ad assumere le sembianze di un atto di liberalità piuttosto che di una compravendita; sul punto, v. G. GABRIELLI, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 700.

³⁰³ L'attribuzione ad una delle parti del potere di determinare unilateralmente l'oggetto del contratto – determinazione in assenza della quale il contratto sarebbe nullo – sottoporrebbe l'intero negozio ad una vera e propria condizione meramente potestativa in quanto il suo avveramento dipenderebbe esclusivamente da una scelta arbitraria di uno dei due contraenti. Infatti, nell'ampia discrezionalità dell'arbitratore rientrerebbe non soltanto una specificazione qualitativa dell'oggetto del contratto, quanto anche l'*an* della

Nonostante ciò la dottrina tradizionale si premurava altresì di precisare che l'esercizio della discrezionalità unilaterale avrebbe dovuto limitarsi, nel caso di determinazione successiva delle prestazioni, comunque all'equo apprezzamento della parte. Da tale precisazione sembra infatti che vi fosse già un dubbio sulla solidità della posizione assunta e al contempo, forse, una preoccupazione di contraddittorietà con l'affermazione generale contraria allo *ius variandi* convenzionale³⁰⁴.

Tale opinione si ritiene ormai minoritaria, se non del tutto superata, nonostante permanga ancora oggi un eco anche nella giurisprudenza recente³⁰⁵.

Nel corso del tempo, pur nella generale condivisione in merito ad un potenziale contrasto dello *ius variandi* con la natura consensuale dell'accordo, si sono registrate delle prudenti aperture, soprattutto in relazione alla portata di alcune norme del codice che potrebbero essere «espressioni di un principio di ridotta ammissibilità»³⁰⁶.

determinazione; sul punto v. M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 346

³⁰⁴ Da un lato si afferma che i contratti sono nulli, per indeterminatezza dell'oggetto o del prezzo, qualora la futura determinazione sia rimessa ad una scelta unilaterale di un contraente; dall'altro si sostiene che il consenso prestato dalla parte soggetta all'altrui determinazione possa recuperare la validità dell'atto originariamente compiuto e, al contempo, ci si preoccupa di limitare l'area della discrezionalità entro i limiti dell'equo apprezzamento; in chiave critica A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 154, che richiama le affermazioni di D. RUBINO, *Delle obbligazioni alternative*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 20.

³⁰⁵ Il riferimento è a due sentenze, entrambe rese nel caso *Confagricoltura c. Fedecosorzi*, da App. Roma, 30 maggio 2000, n. 1882, e da Cass., 25 maggio 2004, n. 10008, che risultano inedite.

³⁰⁶ G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, cit., p. 102 e s., che, allo stesso tempo, afferma come non sia del

In particolare, la determinabilità unilaterale è stata ritenuta configurabile al ricorrere di specifiche condizioni: che sia volta a salvaguardare l'equilibrio delle prestazioni, oppure qualora la parte che subisce la modifica abbia conoscenza *ex ante* del sacrificio a cui potrebbe andare incontro, o ancora nel caso in cui siano predisposti stringenti limiti all'esercizio della determinazione³⁰⁷. Soltanto in tali casi, infatti, il consenso preventivo alla decisione unilaterale altrui si tramuterebbe in un consenso al risultato della decisione stessa, nel pieno rispetto dei principi di bilateralità dell'accordo³⁰⁸.

In giurisprudenza, particolarmente emblematica di questa posizione di «apertura condizionata» allo *ius variandi*, è una nota sentenza della Cassazione degli ultimi anni '90³⁰⁹, che sostiene la

tutto opportuno considerare tali norme delle eccezioni al principio, non espressamente enunciato, che nega l'attribuzione dello *ius variandi* a una delle parti, poiché si «oblitterebbero senza motivo le ragioni che legittimano, in quei casi, l'attribuzione di quel potere».

³⁰⁷ Il riferimento è all'art. 1286 c.c., che disciplina le obbligazioni alternative conferendo al debitore il potere di scegliere fra le diverse prestazioni quella da eseguire; l'art. 1556 c.c. che, nel contratto estimatorio, conferisce all'*accipiens* il potere di stabilire quante cose restituire e di quante pagare il prezzo; l'art. 1560, secondo comma, che, nel contratto di somministrazione, attribuisce all'avente diritto la possibilità di scegliere il quantitativo dovuto nei limiti fissati dalle parti.

³⁰⁸ G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, cit., p. 104, che aggiunge, in riferimento ai contratti bancari, come sarebbe del tutto inammissibile una clausola così lata da consentire da una delle parti (in questo caso la banca) la possibilità di modificare liberamente le condizioni del regolamento contrattuale. Infatti, anche introducendo il limite dell'equo apprezzamento, per la controparte (ossia il cliente) non sarebbe possibile accertare *ex ante* i termini dell'accordo. In nessun caso, pertanto, tale risultato può dirsi consensualmente voluto da entrambi i contraenti.

³⁰⁹ Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, cit., che afferma che la clausola attributiva del potere di modificare unilateralmente le tariffe provvigionali dev'essere considerata nulla. Viene infatti ribadito che: il contratto è nullo se l'oggetto non è determinabile; se le parti rinviavano ad una determinazione successiva dell'oggetto allora il contratto si perfezionerà con l'accordo determinativo; l'oggetto è determinabile nel caso di arbitraggio del terzo secondo

legittimità della clausola qualora siano previsti dei rigidi limiti all'esercizio del diritto, tali da consentire una previsione di quella che sarà la modifica del regolamento contrattuale.

Tale pronuncia, in realtà, è stata poi oggetto di profonde critiche da parte della dottrina successiva, in quanto si fonderebbe su presupposti teorici non condivisibili. Il requisito della determinabilità, infatti, dovrebbe ritenersi soddisfatto già nel momento in cui le parti indichino i criteri attraverso i quali dev'essere svolta l'attività determinativa, a nulla rilevando l'esito della stessa, né dal punto di vista dell'*an* né da quello del *quantum*. La certezza della prestazione, infatti, non inciderebbe sulla determinabilità dell'oggetto ma è un elemento condizionante il livello di aleatorietà del contratto concluso³¹⁰.

In chiave critica è stato poi affermato che la soluzione offerta dalla Cassazione, seppur spinta – al pari di quell'opinione che nega *tout court*

il criterio dell'equo apprezzamento; più discutibile è la determinabilità e quindi l'efficacia del contratto qualora le parti si rimettano al mero arbitrio del terzo; non può essere *tout court* esclusa la possibilità per i contraenti di rinviare la determinazione ad uno di essi in caso utilizzino il criterio dell'equo apprezzamento; va invece esclusa la possibilità di determinazione unilaterale secondo mero arbitrio, poiché l'oggetto non sarebbe determinabile e non si potrebbe mutuare la presunzione di imparzialità del terzo alla posizione della parte; l'esclusione, inoltre, andrebbe riservata alle ipotesi di effettiva indeterminabilità, che non ricorre, ad esempio, nei casi di obbligazioni alternative, o nei casi di cui all'art. 2013 (che fa riferimento alle mansioni equivalenti) e 1560 (posti i limiti minimi e massimi del quantitativo).

³¹⁰ Infatti, volendo fare un paragone fra il contratto aleatorio e quello stipulato con clausola di modificazione unilaterale, come il primo è perfettamente valido sotto il profilo della determinatezza e determinabilità pur non essendo certo il contenuto delle prestazioni, così il secondo non può dirsi invalido sotto il medesimo profilo nel caso in cui il contenuto della modifica non sia individuabile *ex ante* dalla parte che la subisce; sul punto v. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, cit. 399, che aggiunge come occorre tenere ben distinti i due profili: quello della determinatezza e determinabilità dell'oggetto del contratto e quello della certezza delle prestazioni e dei connessi profili aleatori.

lo *ius variandi* convenzionale – dall'intento di contrastare l'esercizio abusivo del potere attribuito, non risulta condivisibile in quanto lo stesso obiettivo potrebbe essere perseguito attraverso i principi regolatori del comportamento delle parti nella fase di esecuzione del contratto³¹¹.

Sono proprio queste le premesse da cui muove l'opinione, ad oggi nettamente prevalente in dottrina, che ammette la possibilità per le parti di stabilire liberamente il contenuto del contratto, anche attraverso la previsione di forme di determinazione unilaterale³¹².

³¹¹ Il giudizio sulla clausola dev'essere svolto *ex post*, valutando il comportamento della parte nei confronti della quale è attribuita attraverso il giudizio di buona fede e correttezza, di cui all'art. 1375 c.c., nell'esercizio del diritto; cfr., A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («ius variandi»)*, cit. 400.

³¹² Nonostante lo scarso apporto giurisprudenziale sul punto, si registrano numerosi autori che hanno accolto la tesi favorevole all'ammissibilità della modificazione unilaterale. Fra i tanti: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 128; G. ALPA-R. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, cit., p. 376; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 356 s.; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 236 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 338; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 420 s.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 233 ss.; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1995, p. 53; P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 109 (in riferimento al prezzo); P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni cd. omnibus*, in *BBTC*, 1972, II, p. 27; M. GIORGIANNI, voce «Obbligazione», in *Noviss Dig. it.*, p. 204; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 79 e p. 83; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., p. 339 e ss.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 71 ss.; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, cit.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 183 ss.; P. GALLO, voce «Disposizione rimessa all'arbitrio del terzo», in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1993, p. 418 ss.; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., p. 36 ss.; R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1947, p. 147 ss.; M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, cit.; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Giuffrè, 1901, p. 382 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 362, nei limiti e secondo i criteri stabiliti o in base all'equo apprezzamento; G. GABRIELLI, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, cit., p. 701, che ammette la determinazione unilaterale purché sia controllabile secondo criteri oggettivi, con applicazione alla scelta dei probiviri per la definizione delle controversie tra i soci e fra questi e la società.

Sembra proprio essere l'autonomia privata, infatti, nella sua particolare accezione di autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c., a fondare la possibilità di prevedere la tecnica di completamento del contratto più confacente al perseguimento degli interessi delle parti, ivi compresa l'attribuzione dello *ius variandi*. Ciò anche in forza del fatto che non sussiste un esplicito divieto a riguardo tale da compromettere l'autonomia dei contraenti, essendo la stessa liberamente esplicabile purché non in contrasto con l'ordinamento³¹³.

Secondo l'opinione ad oggi prevalente l'art. 1349 c.c., disciplinando l'arbitraggio del terzo, non può essere considerato un ostacolo alla determinabilità unilaterale di fonte convenzionale, in quanto non costituirebbe l'unica eccezione al principio di determinazione consensuale dell'oggetto del contratto. Infatti, il fatto che il legislatore abbia espressamente codificato la disciplina che deferisce ad un terzo imparziale la determinazione successiva non impedirebbe, di per sé, la possibilità di configurare ipotesi di *ius variandi* convenzionale³¹⁴.

³¹³ E l'unico divieto espressamente previsto è al ricorso della mera volontà dell'obbligato, costituendo una condizione meramente potestativa, vietata ai sensi dell'art. 1355 c.c., che sancisce la nullità dell'alienazione di un diritto o dell'assunzione di un obbligo che sia subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere da una mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore.

³¹⁴ Non sarebbe d'ostacolo neanche il fatto che alcune regole previste dal legislatore per l'arbitraggio del terzo non sono logicamente estensibili alla determinazione unilaterale di una delle parti; sul punto cfr. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, cit. 398, che richiama le opinioni di DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, cit., 321 ss., che per ammettere l'arbitraggio di parte rinvia all'esperienza tedesca e di A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel diritto dei contratti: appunti sul sistema nordamericano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 99 ss.

Allo stesso modo, l'ammissibilità di tali clausole non sarebbe messa in crisi da un'asserita distinzione concettuale tra la modificazione del contenuto di un contratto già completo e la determinazione successiva di un elemento mancante, poiché anche le ipotesi di rinegoziazione (anche unilaterali) sono da considerarsi una forma di incompletezza che si manifesta in un momento successivo alla conclusione³¹⁵.

L'attuale netta prevalenza, se non addirittura l'unanimità, delle opinioni che ammettono l'arbitraggio di parte incontra però un'importante limitazione: pur rinviando alla disciplina dall'art. 1349 c.c., è ammessa esclusivamente qualora sia rimessa all'equo apprezzamento del contraente, escludendo invece l'ipotesi di un suo *arbitrium merum*³¹⁶.

³¹⁵ A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, cit., p. 398, che aggiunge come la disciplina dell'arbitraggio sarebbe applicabile anche nel caso in cui la determinazione del terzo sopraggiunga ed abbia ad oggetto la modifica un elemento del contenuto diventato obsoleto. L'esempio cui fa riferimento l'autore è il caso in cui le parti stabiliscano un canone di locazione per un certo periodo di tempo, stabilendo altresì che verrà successivamente determinato (e quindi modificato) da parte di un terzo arbitratore. Sul punto si veda anche l'opinione di G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, cit, che afferma che sia il potere di determinare l'oggetto del contratto, sia quello di modificare i termini dell'accordo sono l'espressione dello stesso potere di determinare il contenuto del negozio.

³¹⁶ Sulle differenze fra equo apprezzamento e mero arbitrio, v. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 151 ss., secondo cui con l'equo apprezzamento la determinazione successiva avviene mediante una valutazione oggettiva che prende in considerazione l'assetto complessivo degli interessi contrapposti, non limitandosi ai meri interessi particolari dei contraenti, tenendo altresì conto di tutte le circostanze conosciute o conoscibili dalla persona dell'arbitratore. Il mero arbitrio, invece, è costituito da una libera scelta del terzo, che segue quindi un criterio individuale sottraendosi al sindacato esterno per quanto riguarda il merito della decisione e i criteri seguiti; anche nel mero arbitrio il terzo dovrà decidere con imparzialità, senza piegare la propria decisione ad interessi di una delle parti non siano penetrati nel regolamento

Le ragioni che spingono la maggior parte degli autori a negare la determinazione rimessa al mero arbitrio della parte sono due.

In primo luogo, diversamente, verrebbe a configurarsi un contratto subordinato a condizione meramente potestativa, vietata dall'art. 1355 c.c., con la conseguenza che il contraente avrebbe anche la possibilità di rendere indeterminato l'intero contenuto dell'accordo³¹⁷. In secondo luogo, l'asserita ammissibilità sarebbe funzionale a giustificare la distinzione, nell'arbitraggio del terzo, fra le conseguenze della mancata determinazione in caso di *arbitrium boni viri* e nel caso di *arbitrium merum*³¹⁸.

Alcuni autori, poi, si spingono sino ad ammettere il mero arbitrio della parte nel caso in cui la scelta sia stata positivamente limitata da criteri selettivi, idonei a rappresentare una sorta di controllo sull'esecuzione³¹⁹. In chiave critica può osservarsi come, allora, non sia

contrattuale, pertanto si può affermare che anche in caso di *arbitrium merum* la determinazione dovrà essere improntata a criteri oggettivi.

³¹⁷ Ci si troverebbe in un'ipotesi di mancata formazione del contratto, come nel caso in cui manchi un impegno vincolante, con la conseguenza che non può ritenersi seria l'obbligazione: come ad esempio quando il contenuto del debito dev'essere determinato dal debitore oppure la determinazione del credito sia rimessa ad una scelta del creditore; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 150; per una distinzione fra la determinazione rimessa al mero arbitrio della parte e la condizione meramente potestativa, v. invece G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 82, secondo il quale l'arbitraggio di parte non potrebbe essere assimilato alla condizione meramente potestativa in quanto la disciplina della determinazione del terzo – che potrebbe venire analogicamente applicata a quella di parte – non consente che la stessa sia assunta secondo il suo capriccio nemmeno nel caso in cui egli proceda secondo mero arbitrio: anche se emessa con dolo potrà infatti sempre venire impugnata.

³¹⁸ Così B. NATOLI, *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, cit., p. 178.

³¹⁹ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 152, che afferma come anche nel caso di mero arbitrio, la determinazione deve svolgersi. «secondo criteri oggettivi, riscontrabili nelle circostanze considerate dalle parti, nella

ben chiaro cosa intendano tali autori per «arbitrio puro», in quanto il nucleo stesso del criterio dell'*arbitrium merum* sembra proprio essere la totale libertà della scelta del soggetto, che non può essere vincolata a parametri predeterminati, diversamente mutando nell'equo apprezzamento.

Passando ad analizzare l'apporto giurisprudenziale sul punto, peraltro non particolarmente vasto, occorre affermare che le stesse corti sono state influenzate dalle forti incertezze che hanno contraddistinto l'ammissibilità della determinazione unilaterale, pervenendo così a soluzioni spesso fra loro contrastanti.

Numerose pronunce, sia di merito sia di legittimità, hanno per lungo tempo tendenzialmente negato l'ammissibilità della determinazione unilaterale di una delle parti³²⁰.

logica dell'operazione economica da esse poste in essere, negli interessi del destinatario della prestazione che siano penetrati nel regolamento contrattuale, ovvero, in via residuale nell'equità intesa in senso specifico come criterio di contemperamento degli interessi».

³²⁰ Fra le più recenti, cfr. si legga Cass., 19 marzo 2007, n. 6519, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1699, secondo cui «Il convincimento così espresso nella sentenza impugnata costituisce puntuale applicazione del principio, fermo nella giurisprudenza di questa Suprema Corte, secondo il quale la determinabilità dell'oggetto del contratto in tanto sussiste in quanto detto oggetto possa essere in concreto definito con riferimento ad elementi provvisti di una preordinata rilevanza oggettiva e prestabiliti dalle parti, che si siano accordate circa la futura determinazione di esso e circa i criteri o le modalità da osservarsi a questo fine, così che dallo stesso contratto siano desumibili, sia pure per implicito, gli elementi idonei alla identificazione dell'oggetto stesso, onde non è sufficiente il riferimento ad elementi concernenti la fase di esecuzione del rapporto, come il comportamento successivo delle parti»; o Trib. Roma 28 maggio 2002, *Fedeconsorzi c- Confagricoltura*, inedita, secondo cui il negozio dovrebbe ritenersi affetto da vizio di nullità originaria essendo sottoposta l'assunzione dell'obbligazione ad oggetto indeterminato a condizione meramente potestativa; in senso negativo si erano pronunciate numerose sentenze, fra cui Pret. Genova, 27 settembre 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, p. 146; Cass., 24 novembre 1977, n. 5113, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 471; Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Giur. it.*, 1976, I, p. 1489,

Più recentemente, invece, parte della giurisprudenza si è dimostrata più aperta a favore di tale figura anche se, spesso, relativamente ad alcuni tipi contrattuali e ad alcuni settori nei quali il l'arbitraggio di parte trova applicazione per particolari ragioni³²¹.

La progressiva apertura verso la determinabilità unilaterale, in quanto espressione dell'autonomia privata delle parti, si percepisce chiaramente anche per l'aumento di previsioni legislative e contrattuali in cui ad una delle due parti viene rimessa la facoltà di determinare unilateralmente un elemento negoziale. Il sempre maggiore riconoscimento, da parte del legislatore, di ipotesi di *ius variandi* è in grado di smorzare gli aprioristici giudizi negativi che per molti anni hanno contraddistinto il ricorso a tale strumento³²².

con nota di G. ALPA, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*.

³²¹ Ad esempio, Cass., 10 maggio 1997, n. 4088, in *Foro it.*, 1998, I, p. 2255 ss., che occupandosi di un caso in cui una clausola prevedeva l'arbitraggio di parte di un consiglio di amministrazione, la riteneva valida in quanto la determinazione, rimessa all'organo collegiale della società, era assoggettata al controllo dell'assemblea dei soci.

³²² Negli ultimi anni vi è stata infatti una decisa apertura nei confronti dello *ius variandi*, in particolare facendo leva su alcune disposizioni del codice che consentono la rimessione ad una delle parti della determinazione di un elemento del regolamento negoziale, cfr. F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 340; a titolo esemplificativo si può richiamare la copiosa disciplina dei contratti con clienti-consumatori (contratti bancari, contratti di viaggio, contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari), che ammettono lo *ius variandi* a determinate condizioni alternative o, alcune volte, cumulative: che il contratto sia di durata, che sussista un giustificato motivo per l'esercizio del diritto di modifica, che vi sia una tempestiva comunicazione alla controparte o, a volte, che sia attribuito il diritto di recedere dal contratto.

4.3 – La determinazione unilaterale: una prospettiva comparatistica.

Quella della determinazione unilaterale del contenuto del contratto è una questione di carattere trasversale che ha interessato la maggior parte, se non tutti, i sistemi giuridici moderni.

Analizzando l'istituto dal punto di vista comparatistico possiamo distinguere due diverse categorie.

Da un lato, gli ordinamenti che hanno codificato o riconosciuto la possibilità per le parti di rinviare ad una di essere il completamento o la modifica successiva del contratto, dall'altro i legislatori che, come il nostro, non hanno disciplinato espressamente l'istituto rendendo quindi necessaria un'interpretazione – tutt'altro che semplice – che portasse ad un suo implicito riconoscimento.

L'esperienza tedesca costituisce certamente la più nota espressione del riconoscimento pacifico dello *ius variandi* nei sistemi di *civil law*. Il § 315, rubricato *Bestimmung der Leistung durch eine Partei*, disciplina espressamente la possibilità per le parti di rimettere ad una di esse l'individuazione della prestazione dedotta nel contratto³²³. In

³²³ Necessario presupposto applicativo della norma è l'iniziale o sopravvenuta indeterminatezza della prestazione. Tuttavia, l'§ 315 non esaurisce il campo dell'incompletezza contrattuale o della determinabilità *per relationem*, quindi non troverà applicazione nel caso in cui da un'interpretazione secondo buona fede risulterà che non vi siano lacune; v. sul punto A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 60 ss., che aggiunge come tale norma, seppur originariamente introdotta al fine di consentire la formazione di un accordo nonostante l'indeterminatezza della

questo caso, afferma il codice tedesco, qualora non venga stabilito diversamente si presume che avvenga con equo apprezzamento (*billiges Ermessen*); di conseguenza sarà vincolante solo se conforme a equità, in caso contrario spetterà al giudice intervenire con una sentenza determinativa.

La determinazione può avvenire con tre diverse modalità: equo apprezzamento (*billiges Ermessen*), libero apprezzamento (*freies Ermessens*) e mero arbitrio (*freies Belieben*) e la dottrina tedesca si è chiesta se nel caso dell'arbitraggio della parte possa concepirsi una determinazione resa secondo mero arbitrio da uno dei contraenti, così come è espressamente previsto per l'arbitraggio del terzo di cui all'§ 317³²⁴.

Pur essendo il § 315 specificamente volto all'individuazione della prestazione, secondo parte della dottrina l'applicazione della norma sarebbe in grado di trascendere questo specifico campo, potendo addirittura riferirsi ad un qualunque elemento del contratto, salvo che non sia disposto diversamente³²⁵.

prestazione, venga in realtà utilizzata anche nell'applicazione di clausole di adeguamento del prezzo, contratti di scambio di lunga durata e rapporti di somministrazione.

³²⁴ In particolare, mentre parte della dottrina è contraria al mero arbitrio della parte in quanto non sarebbe compatibile con l'imparzialità richiesta per l'attività dell'arbitratore, il quale procedendo secondo mero arbitrio si gioverebbe di un margine di valutazione eccessivamente ampio e, di fatto, del tutto incondizionato. Altri autori hanno sostenuto che, invece, non ci sarebbe ragione di negare l'ammissibilità di tale criterio valutativo anche nel caso in cui arbitratore sia uno dei contraenti, purché ovviamente, l'attività demandata sia svolta nel rispetto dei principi di equità, buona fede, buon costume e ordine pubblico. Per un'analisi della determinazione unilaterale nel sistema tedesco, cfr. M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, cit., p. 321 ss.

³²⁵ In questo senso il rinvio ad uno dei contraenti potrebbe avere ad oggetto oltre alla prestazione principale e la controprestazione, anche le modalità di adempimento, le

Il codice tedesco, com'è risaputo, ha fortemente influenzato altri codici continentali, come il codice greco, entrato in vigore nel 1946 e quello portoghese del 1967. L'art. 372 del codice greco dispone la nullità del contratto che rimetta la determinazione al «libero giudizio» della parte, per tale dovendosi intendere un giudizio arbitrario. L'art. 400 del codice portoghese stabilisce che la determinazione della prestazione che formi oggetto dell'obbligazione può essere deferita ad una delle parti e dev'essere effettuata secondo equità se non siano stati precisati altri criteri di valutazione.

Per quanto riguarda gli ordinamenti di *common law*, il sistema nordamericano ha, dal canto suo, espressamente riconosciuto la possibilità che la determinazione successiva del contenuto di alcune clausole sia rimessa ad una delle parti.

Lo *Uniform Commercial Code* (UCC), alla § 2-204 (3), disciplinando la validità del contratto, prevede che lo stesso non possa considerarsi invalido per il solo fatto che una o più clausole risultino non determinate, purché risulti la sussistenza dell'intento di vincolarsi e un fondamento ragionevolmente certo perché possa essere approntata un'efficace tutela³²⁶. La *ratio* di tale norma è, ovviamente, quella di

prestazioni di interessi e qualunque prestazione secondaria o accessoria, così come la determinazione del beneficiario della prestazione; v. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 62.

³²⁶ Per un'approfondita analisi della determinabilità unilaterale nel sistema nordamericano e dei suoi presupposti, v. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 77 e ss., che sottolinea come la regola di cui alla § 2-204, valga anche per elementi essenziali come il prezzo: la § 2-305, ad esempio, prevedendo un meccanismo di integrazione *ad hoc*, contenente di ritenere valido un contratto in cui le parti non abbiano stabilito il corrispettivo. Nel momento in cui sia soddisfatta la disciplina prevista dalla § 2-

conservare il contratto anche nel caso in cui lo stesso sia viziato da incompletezza – sia per l’indeterminatezza delle clausole sia per l’insufficiente espressione del vincolo obbligatorio – purché vengano puntualmente accertati i requisiti richiesti.

Oltre ai singoli ordinamenti nazionali, un’altra disciplina espressa è contenuta nei Principi di diritto europeo dei contratti, all’art. 6:105³²⁷, e nei Principi di Unidroit, all’art. 5.1.7, par. 2³²⁸, a conferma della sempre più diffusa apertura a tale forma di determinazione successiva.

Affianco agli ordinamenti che hanno espressamente riconosciuto la determinabilità unilaterale, ve ne sono altri che hanno lasciato l’arduo compito alla dottrina e alla giurisprudenza.

Tra questi il più noto è il *code civil* francese, che si limita a prevedere, all’art. 1129, la regola della necessaria determinabilità, affermando che l’oggetto dell’obbligazione deve essere *une chose*

204, nel caso in cui le parti abbiano taciuto la *relatio* a criteri oggettivi di determinazione del prezzo o la determinazione del terzo o una successiva rinegoziazione bilaterale, il corrispettivo sarà quello ritenuto ragionevole al momento di adempimento della prestazione. La determinazione della quantità nei contratti *out put* e *requirements* è espressamente prevista dalla § 2-306, nei limiti della buona fede. La § 2-311 prevede, poi, al di là degli elementi essenziali quali la prestazione e il corrispettivo, che ove ricorrano i requisiti previsti dalla § 2-204, può essere rimessa alla decisione di uno dei contraenti anche la scelta della modalità di adempimento della prestazione, che la parte deve conformare alla buona fede e alla *commercial reasonableness*.

³²⁷ Art. 6:105: «Quando il prezzo o altra clausola del contratto deve essere determinata da una parte e la determinazione della parte è manifestamente iniqua, nonostante qualsiasi previsione in contrario, sarà adottato in sostituzione un prezzo equo o una clausola alternativa».

³²⁸ Art. 5.1.7, par. 2: «Se il prezzo deve essere stabilito da una delle parti e la determinazione da questa effettuata sia manifestamente irragionevole, tale prezzo deve essere sostituito con un prezzo ragionevole, senza tener conto di alcuna eventuale clausola contraria».

determinée, pena la nullità del contratto. Il secondo comma aggiunge, poi, che la quantità della cosa determinata solo nel genere, seppur debba di per sé essere certa, può tuttavia risultare *incertaine* purché, però, determinabile, ad esempio sulla base degli usi o delle circostanze del caso concreto. La stessa regola è altresì prevista, per quanto riguarda i singoli contratti, dall'art. 1591 sulla disciplina della compravendita.

L'opera di interpretazione estensiva dell'art. 1129 ha portato, in un primo momento, a ritenere che la determinabilità possa dipendere dalla facoltà di intervento sia di un terzo – aprendo così la strada all'implicito riconoscimento dell'arbitraggio del terzo – che di entrambi i contraenti. Successivamente, si è altresì ammessa la possibilità che, successivamente alla conclusione del contratto ed in via unilaterale, si realizzi un completamento del contenuto del contratto stesso, riconoscendo così implicitamente anche la determinabilità unilaterale³²⁹.

Sotto l'influenza dell'esperienza francese anche il nostro ordinamento, prima con il codice del 1865 e poi con quello attuale, non si è preoccupato di disciplinare espressamente la determinabilità unilaterale, con la conseguenza che la relativa ammissibilità è stata oggetto, com'è stato affrontato nei precedenti paragrafi, di contrapposti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, risolvendosi purtroppo in

³²⁹ Tuttavia, l'applicabilità dell'art. 1129 al corrispettivo è, ancora oggi, esclusa dal costante orientamento della Suprema Corte francese, sul punto v. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 124 e nota n. 293,

una questione sostanzialmente interpretativa e di mera opportunità³³⁰.

4.4 – Esercizio abusivo della determinazione unilaterale e profili rimediali.

Sebbene tutte le forme di completamento successivo del contratto siano caratterizzate dal rischio intrinseco che si verifichino dei comportamenti abusivi, l'ipotesi nella quale si riscontrano maggiormente tali situazioni è la determinazione unilaterale.

L'attribuzione dello *ius variandi* ad una sola delle parti, infatti, pur costituendo un efficace strumento di gestione delle sopravvenienze, espone la controparte al rischio di comportamenti opportunistici e ad un esercizio abusivo di tale potere³³¹.

Prima di analizzare i rimedi a disposizione dei contraenti per contrastare tali pratiche, occorre tentare di identificare i criteri per valutare l'abusività di eventuali comportamenti nei casi in cui non sia evidente l'intento opportunistico o fraudolento.

³³⁰ Per un'analisi delle numerose opinioni in merito all'ammissibilità nel nostro ordinamento della determinabilità unilaterale, cfr. il precedente paragrafo 4.2.

³³¹ Questo rischio è evidentemente maggiore nella determinabilità unilaterale, poiché nei casi in cui le parti rimettano il completamento o la modifica ad un loro successivo accordo, la possibilità di rifiutare è un efficace mezzo di tutela contro comportamenti indesiderati; così come, allo stesso modo, nell'arbitraggio del terzo la presunta neutralità dell'arbitratore dovrebbe garantire una determinazione corretta; sul punto v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 219.

Un primo criterio consiste nell'analizzare la *ratio* della clausola attributiva dello *ius variandi*, poiché nel caso in cui l'esercizio della stessa si discosti dalla sua funzione originaria, non reagendo al modificarsi delle circostanze, allora si tratterà di una determinazione abusiva. Un'altra ipotesi ricorre nel caso in cui, pur sopravvenendo una modifica delle circostanze originarie, l'esercizio del diritto è volto a recuperare utilità perdute con la conclusione del contratto³³². Un ultimo criterio di accertamento, infine, consiste nell'appurare la presenza di un collegamento funzionale tra lo scopo per cui sia stata prevista la determinabilità unilaterale a discapito delle altre modalità di completamento e lo scopo per cui è esercitato il diritto.

Al fine di scongiurare che si verifichino dei comportamenti abusivi, occorre regolare l'attività determinativa attraverso strumenti legali, contrattuali o giudiziali, che possono rivelarsi utili in alcuni casi *ex ante*, disciplinandola prima della conclusione del contratto, altre volte *ex post*.

La forma di regolazione legale può agire *ex ante* vietando il ricorso alle clausole di determinazione unilaterale o sottoponendole a limiti quantitativi, contribuendo a ridurre la discrezionalità della scelta del contraente³³³, o *ex post* valutando se la determinazione sia conforme

³³² «Il criterio della riappropriazione dell'utilità perduta si sostanzia nel fatto che il contraente eserciti il diritto con l'unico scopo di provocare lo scioglimento del rapporto contrattuale, imponendo modificazioni talmente inique da disincentivare l'altro contraente alla prosecuzione del rapporto. Il diritto di determinazione unilaterale si giustifica infatti in funzione della gestione di un'operazione economica nella prospettiva dell'incompletezza deliberata e non della garanzia ad un contraente di uscita dal contratto». A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 223 e s.

³³³ L'individuazione di limiti quantitativi, in particolare, può rivelarsi particolarmente utile qualora il divieto assoluto non risulti efficace. Un esempio può essere nel caso in cui vi

all'art. 1375 c.c., ossia venga eseguita secondo buona fede³³⁴.

In alcuni casi, poi, è lo stesso legislatore a prevedere che la determinazione unilaterale sia subordinata al ricorrere di giustificati motivi, così introducendo implicitamente un controllo di buona fede sulla clausola.

Per quanto riguarda la regolazione giudiziale, è proprio il canone di buona fede lo strumento con il quale la giurisprudenza, attraverso un controllo *ex post* sulle clausole, sanziona le condotte abusive esercitate in sede di determinazione unilaterale³³⁵.

A livello contrattuale, infine, le parti possono prevedere forme di

siano particolari asimmetrie informative, come nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1661 c.c., che relativamente alle variazioni ordinate dal committente, prevede che «il committente può apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto».

³³⁴ In particolare, l'orientamento prevalente in dottrina ha ammesso il ricorso allo *ius variandi* convenzionale nel caso in cui l'esercizio del diritto sia subordinato al limite della buona fede. In particolare, il principio di autonomia privata consente alle parti di conferire rilevanza giuridica alle clausole che attribuiscono il potere di determinare unilateralmente l'oggetto nel caso in cui trovino giustificazione in esigenze precise, manifeste e, quindi, controllabili. Da ciò deriva che dette clausole devono essere sorrette da un interesse apprezzabile, che sia manifestato dalla part che dovrà subire l'esercizio dello *ius variandi*, pertanto dovrà essere, in analogia con la disciplina della condizione potestativa, essere espresso nel contratto a pena di nullità; sul punto cfr. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., p. 134.

³³⁵ In realtà questa forma di controllo sulle clausole è tutt'altro che privo di criticità, stante la complessità dell'accertamento giudiziale della violazione della buona fede. Sul punto v. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («ius variandi»)*, cit., p. 408 e s., che evidenzia come nel caso in cui debbano applicarsi regole di comportamento, come in questo caso, si pone un problema di verifica, di individuazione dei criteri per valutare se il comportamento sia stato o no adeguato allo standard di condotta richiesto dall'ordinamento. Il ricorso ad una regola di comportamento, come quella di buona fede e correttezza, si rivela essere una soluzione efficace perché non impedisce l'esplicazione dell'autonomia privata delle parti di utilizzare un'utile modalità di adeguamento del contratto e perché, al contempo, permette di impedire che il riconoscimento convenzionale del diritto si traduca successivamente in comportamenti abusivi di un contraente nei confronti dell'altro.

regolamento dell'esercizio dello *ius variandi* soprattutto nel caso in cui vi siano informazioni non verificabili, che non possano quindi essere comunicate e provate a terzi e ai giudici, oppure ove ricorrano alti costi giudiziali per l'accertamento degli abusi. Le forme di regolazione privata consistono, generalmente, nell'attribuzione di un diritto di recesso a favore del contraente che subisce la modifica, o nella previsione di un corrispettivo per l'esercizio del potere determinativo.

Ferma un'opportuna trattazione dedicata in considerazione della particolarità che lo contraddistingue, si può anticipare come nel caso in cui l'esercizio dello *ius variandi* sia accompagnato dal diritto di recesso della controparte la bilateralità del rapporto si sposta nella fase di controllo, perdendo la determinazione la propria connotazione tipicamente unilaterale³³⁶.

La previsione di un corrispettivo per la determinazione unilaterale, soprattutto qualora vi siano informazioni non verificabili o non osservabili neanche dagli stessi contraenti, si rivela particolarmente efficace nel prevenire condotte abusive, consentendo alla parte che subisce la modifica di effettuare una puntuale programmazione in termini di investimenti specifici³³⁷.

³³⁶ Per un'analisi dedicata del binomio determinazione unilaterale e diritto di recesso, cfr. il successivo par. 4.5.

³³⁷ A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 222, che richiama la fattispecie degli *option contracts*, in cui sono predeterminati due prezzi a seconda che si decida se e quanto scambiare in sede di conclusione del contratto, cosicché viene riservato ad un contraente la possibilità di decidere se scambiare e quanto scambiare e, dunque, il prezzo da corrispondere per lo scambio. Si ritiene che tale struttura contrattuale consenta di pervenire a soluzioni di *first best* nei casi di incompletezza contrattuale *ex ante* e non verificabilità dei comportamenti *ex post*.

Per ciò che riguarda il profilo rimediale di fronte a forme abusive di determinazione unilaterale, in assenza di un'espressa disciplina dell'istituto da parte dell'ordinamento, vi sono alcuni strumenti.

In primo luogo, sembra poter trovare applicazione il rimedio dell'invalidità per violazione di una norma comportamentale, nella specie dell'art. 1375 c.c.³³⁸. Tralasciando il complesso rapporto fra norme di condotta e norme comportamentali, aderendo a quell'orientamento che ammette l'invalidità anche nel caso in cui vengano violate norme sul comportamento, può ipotizzarsi l'inefficacia della modifica in caso di determinazione abusiva.

Un altro strumento efficace, si rivela, in questo senso l'art. 1349 c.c. che, disciplinando l'arbitraggio del terzo, può essere applicato analogicamente alla determinazione unilaterale, concedendo l'intervento sostitutivo del giudice nel caso in cui il contratto incompleto si sia rimesso all'equo apprezzamento di un contraente. In tal modo si raggiungerebbe il medesimo risultato della disciplina dei Principi di Unidroit e dei Principi di diritto europeo dei contratti che, agli art. 5.7 e 6:105³³⁹, stabiliscono espressamente che una determinazione manifestamente irragionevole debba essere sostituita da una corrispondente ragionevole, essendo peraltro irrilevante che le parti abbiano stabilito in senso contrario nel contratto³⁴⁰.

³³⁸ A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, p. 412.

³³⁹ Per un'analisi delle due norme si rinvia al precedente paragrafo 4.3.

³⁴⁰ Sul punto, v. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 225, a parere del quale, contrariamente a quanto stabilito dai Principi di Unidroit e dai Principi di diritto europeo

Ancora una volta, quindi, le lacune lasciate dal legislatore sono colmate, non senza sforzi e opinioni in senso contrario, dall'attività della dottrina.

4.4 – *Ius variandi* e diritto di recesso.

Fra i diversi strumenti utilizzabili per prevenire e contrastare potenziali comportamenti abusivi, senza tuttavia negare le clausole attributive dello *ius variandi* nella loro struttura, vi è la possibilità che le parti – o a volte lo stesso legislatore – attribuiscano al contraente che subisce la modifica successiva il diritto di recedere dal contratto³⁴¹.

Per le caratteristiche peculiari che contraddistingue la determinabilità unilaterale accompagnata dal diritto di recesso, parte della dottrina si è spinta a ritenere tale pratica contrattuale una soluzione intermedia fra la determinazione consensuale e quella unilaterale in senso stretto e, nello specifico, un procedimento particolare di

dei contratti, le parti potrebbero ben escludere la possibilità di un intervento sostitutivo del giudice anche in caso di determinazione abusiva.

³⁴¹ Anche la dottrina che assume una posizione severa e restrittiva nei confronti della determinabilità unilaterale, muta il proprio giudizio nel caso in cui lo *ius variandi* sia accompagnato dalla facoltà di recedere nei confronti della controparte. Sul punto, v. M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, Giuffrè, 1992.

formazione di un accordo determinativo³⁴².

Lo *ius variandi*, infatti, per sua stessa definizione, consiste in un diritto potestativo di determinare, cui corrisponde una posizione di mera soggezione, che certamente non ricorre nel caso in cui la controparte possa recedere dal contratto: in tale circostanza, dunque, sembra più corretto parlarsi di proposta di accordo determinativo, con il recesso che equivale a rifiuto di tale proposta e il suo mancato rifiuto corrisponde ad una tacita accettazione dello stesso. In questo senso, è stato opportunamente osservato come il diritto di recesso non sarebbe condizionato dalla presenza di un abuso effettivo da parte del contraente a cui è attribuito lo *ius variandi*, ma corrisponderebbe al mero esercizio di tale potere³⁴³.

Questa forma di determinabilità successiva del contratto si rivela particolarmente efficace nella gestione di operazioni economiche caratterizzate da investimenti specifici di entrambe le parti, anche asimmetrici, in cui è opportuno conferire da un lato un forte potere ad

³⁴² Cfr., A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 225, secondo il quale, in tali casi, una parte ha diritto di proporre una certa modificazione o determinazione del contratto e l'altra parte non ha diritto di trattare, ma solo di accettare o rifiutare tale modifica: l'accettazione, in particolare, non consiste in una manifestazione espressa di volontà, ma si ricava dal mancato esercizio del diritto di recedere dal contratto. Il potere di disporre del rapporto provocandone lo scioglimento, tuttavia, non sembra essere nelle mani di chi può esercitare il recesso a fronte di una determinazione unilaterale altrui, ma anche di chi esercita lo *ius variandi*, essendo a tal fine sufficiente che la determinazione sia eccessivamente gravosa per la controparte.

³⁴³ Per questo motivo si potrebbe sostenere che, nel caso in cui a fronte del diritto di modificare unilateralmente il contratto sia disposto il diritto di recedere, non si sarebbe di fronte ad un vero diritto potestativo di modifica, bensì ad un «diritto di proporre la modifica». Sul punto, v. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, p. 413.

un contraente, bilanciando con l'attribuzione del diritto di recesso in capo alla controparte, al fine di contrastare abusivi esercizi di tale potere³⁴⁴.

Una menzione particolare deve essere riservata, in questo senso, alla pratica di modifica unilaterale nei contratti bancari da parte degli istituti di credito, con conseguente attribuzione del diritto di recesso ai clienti, sul quale, per la rapida evoluzione della disciplina, si è concentrata l'attenzione della dottrina nonché numerose decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF). In particolare, nei contratti bancari lo *ius variandi* è riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 T.u.b.³⁴⁵.

³⁴⁴ Così, ad esempio, nella disciplina dei contratti bancari (art. 118, d.lgs. 385/1993), dei contratti tra professionista e consumatore (art. 1469 *bis*, quarto comma, n.2, quinto comma) e dei contratti di viaggio (art. 12, d.lgs. 111/1995), che in particolare prevede la possibilità per l'organizzatore o il venditore di modificare unilateralmente uno o più elementi del contratto dandone immediata comunicazione scritta al consumatore, indicando il tipo di modifica e la variazione del prezzo. Ove quest'ultimo non accetti la proposta di cui al primo comma, può recedere senza pagamento della penale ed ha diritto al risarcimento del danno ai sensi del successivo art. 13.

³⁴⁵ L'art. 118 TUB, rubricato "Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali", «nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei

Tale potere è stato definito da parte della dottrina come il diritto potestativo, riservato alle banche, di modificare unilateralmente le condizioni economiche e normative, relative ad alcuni contratti posti in essere con la clientela, anche in senso sfavorevole al cliente, evitando così, da un lato, che si renda necessaria una rinegoziazione tra le parti e, dall'altro, che le banche ricorrano alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, permettendo così la prosecuzione del rapporto che altrimenti sarebbe destinato alla risoluzione³⁴⁶.

Altra parte della dottrina, invece, dubita della possibilità che, nel

contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente».

³⁴⁶ Cfr., sul punto, P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007, I, p. 262 e s; A. MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, I, p. 268; G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2007, I, p. 261; L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 463 e ss, che, in particolare, afferma che lo *ius variandi* non va considerato solo come un privilegio riservato alle banche, ma esso rappresenta un utile strumento di governo del rapporto che ne permette la continuazione. Si veda, sul punto, anche l'opinione di V. ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, Cedam, 2001, p. 155, secondo il quale l'art. 118 T.u.b., può essere letta come uno strappo al principio di indisponibilità del diritto a non subire l'illimitato *ius variandi* della controparte. Secondo l'autore, tuttavia, dovrebbe essere considerato un «piccolo» strappo, in quanto circoscritto ad una specifica categoria di contratti. La norma in questione, infatti, è una norma che riconosce la validità della clausola attributiva del potere di modifica unilaterale purché vengano rispettate determinate condizioni di forma e di procedura. In particolare, secondo l'autore, da ciò deriverebbe che il senso della disposizione sarebbe quello di rendere eccezionalmente valida una clausola che, altrimenti, non lo sarebbe.

caso previsto dall'art. 118 T.u.b., si possa effettivamente trattare di uno *ius variandi* in senso stretto; ciò in quanto la possibilità, per il cliente, di recedere dal contratto unilateralmente modificato dalla banca, sembrerebbe configurare piuttosto uno schema alternativo di formazione, nello specifico di contratto concluso per mancato rifiuto dell'oblato (qui sotto le spoglie di mancato recesso)³⁴⁷.

Come anticipato, il vivace dibattito dottrinale si è riflettuto nelle decisioni dell'ABF, che ha ripetutamente affermato che la comunicazione della modifica unilaterale – che deve riportare la dicitura «proposta di modifica unilaterale del contratto» ai sensi dell'art. 118 T.u.b.) – deve avere un contenuto tale da poter consentire al cliente una valutazione sulla congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa³⁴⁸.

Assume, dunque, una posizione di centrale importanza il

³⁴⁷ Così, A.M. BENEDETTI in *Il ius variandi, nei contratti bancari, esiste davvero? Appunti per una ricostruzione*, cit., p. 618 e ss., che sottolinea come l'art. 118 T.u.b. configuri, in realtà, un procedimento alternativo di formazione del contratto (art. 1333 c.c.) al di fuori del suo contesto naturale. Afferma l'autore che «la Banca non può modificare unilateralmente il regolamento contrattuale; può solo formulare una proposta di modifica che, mediante il meccanismo del silenzio-mancato recesso, può perfezionarsi in contratto solo con una partecipazione volitiva dell'altro contraente. Se di volontà si tratta come tale va trattata, dal punto di vista, ad esempio, della sua formazione (che dev'essere immune da vizi). Sicché si potrebbe concludere, forse eccedendo in provocazione, che, nel settore bancario, il *ius variandi* propriamente detto, a rigore, non esiste».

³⁴⁸ Sul punto, Collegio di Roma, decisione n. 253 e 2202 del 2013, decisione n. 675 del 2015 e decisione n. 3981 del 2012, in cui, in particolare, è stato affermato che «il giustificato motivo non può essere generico, ma deve riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario poi riferibili alla categoria di contratti oggetto delle modifiche. La comunicazione della modifica unilaterale deve avere contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa». Cfr., inoltre, Collegio di Napoli, decisione n. 396 del 2011; Collegio di Milano: decisioni n. 98, 443, 1491, 1554 del 2010 e decisione n. 2316 del 2011.

«giustificato motivo», previsto dal legislatore, su cui la banca deve fondare l'esercizio dello *ius variandi*. L'ABF, sul punto, ha evidenziato come tale presupposto normativo, che va inteso come causa che alteri significativamente l'equilibrio contrattuale, non è sufficiente sia indicato in modo generico, dovendo riguardare «eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario con riferimento ai contratti oggetto delle modifiche, affinché si possa modificare unilateralmente un negozio giuridico in regolare svolgimento»³⁴⁹.

In conclusione, alla luce dei tratti caratterizzanti questa particolare forma di determinabilità, che sembra collocarsi per lo più nell'area degli accordi determinativi piuttosto che in quella dello *ius variandi* in senso stretto, si ritiene che non possano essere sollevate le medesime questioni giuridiche sostanziali e le concrete esigenze di protezione avverso i comportamenti abusivi che invece hanno travagliato e tutto contraddistinguono la determinazione unilaterale propriamente detta.

³⁴⁹ Così Collegio di Roma, decisione n. 4141 del 2013; Collegio di Roma, decisione n. 1722 del 2015, che afferma che «nelle suddette comunicazioni della banca resistente l'esercizio dello *ius variandi* è stato motivato in base a scelte di politica commerciale o comunque gestionale (ampliamento della rete di postazioni ATM, introduzioni del microchip nelle carte di credito, informatizzazione delle comunicazioni alla clientela), le quali non pongono l'esigenza di mantenere l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni contrattuali delle parti contraenti, quanto di salvaguardare il margine di profitto della stessa banca: non sussiste pertanto il giustificato motivo che è richiesto dall'art. 118, 1° comma, t.u.b.». In senso parzialmente diverso si è espresso il Collegio di Coordinamento, nella decisione n. 1889 del 2016, che ha stabilito che la comunicazione ex art. 118 TUB, pur non potendo essere eccessivamente generica, non deve raggiungere un livello di analiticità tale da abbracciare anche il profilo quantitativo, ma può limitarsi ad una indicazione delle ragioni che hanno determinato le modifiche prospettate, che, seppur sintetica, sia in ogni caso idonea a consentire al cliente una verifica in termini di congruità.

CONCLUSIONI

Come anticipato nelle pagine introduttive, nell'approcciarmi al tema della mia ricerca mi sono posto alcuni fondamentali interrogativi sulla base dei quali impostare il lavoro della tesi.

Esiste un'autonomia privata procedimentale nella determinazione dell'oggetto del contratto? E, nel caso, entro che limiti tale l'autonomia privata (o, per meglio dire, contrattuale) è in grado di incidere sul procedimento di determinazione dell'oggetto?

L'autonomia privata, com'è ormai noto, rappresenta uno dei principi cardine del nostro ordinamento e trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 41 Cost., che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata. Tale principio assume rilievo sotto una duplice veste in quanto si configura come una forma di autodeterminazione del soggetto e al tempo stesso, secondo alcuni, come un diritto fondamentale della persona che esplica la sua personalità nei rapporti con gli altri proprio attraverso il compimento di atti e l'instaurazione di rapporti giuridici.

L'autonomia contrattuale, in particolare, ne costituisce una delle principali espressioni, che trova nel contratto lo strumento principe per la sua realizzazione. Invero, mentre l'autonomia privata racchiude la facoltà di produrre effetti giuridici come diretta conseguenza dell'esercizio del potere privato, l'autonomia contrattuale conferisce il potere di determinare il contenuto dell'atto nei limiti della liceità. La conclusione di contratti può essere considerata, infatti, come un modo

attraverso il quale il soggetto realizza la sua personalità e può estrinsecarsi sia dando vita a strutture contrattuali aventi fini economici, che ponendo in essere contratti con finalità ideali e non lucrative.

Nel corso del lavoro la questione dell'estensione dell'autonomia privata e dei relativi limiti nella determinazione dell'oggetto contrattuale ha costituito non solo il punto di partenza della mia ricerca ma anche un interrogativo ricorrente nei diversi istituti a cui mi sono progressivamente approcciato.

Un istituto nel quale l'estensione dell'autonomia contrattuale è stata oggetto di accesi dibattiti dottrinali e contrasti giurisprudenziali, nonostante la chiarezza del testo normativo, è quello dell'arbitraggio del terzo, in cui l'art. 1349 c.c. fa espressamente riferimento alla determinazione della prestazione. Mi sono dunque chiesto se le parti possano prevedere l'intervento del terzo per la determinazione di qualsiasi aspetto del contratto, oppure se la disciplina prevista dal legislatore costituisca una gabbia dalla quale l'autonomia privata non ha possibilità di evadere, in altri termini se l'istituto in questione abbia un carattere così generale da poter sopperire ad ogni forma di incompletezza del contratto, sia essa relativa a elementi essenziali o accidentali dello stesso.

La dottrina ha assunto posizioni ambivalenti sposando in alcuni casi impostazioni estensive, altre volte preferendone di restrittive, non mancando ricostruzioni intermedie; anche la giurisprudenza, dal canto suo, è stata caratterizzata nel corso del tempo da pronunce contrastanti. Le conclusioni a cui sono giunto, dopo aver analizzato le diverse tesi,

sono che l'arbitraggio potrebbe in realtà trovare applicazione soltanto in due categorie di ipotesi, una a carattere speciale e l'altra generale: nel caso in cui lo stesso sia stato espressamente previsto dalla legge oppure, in assenza di tale specifica previsione, quando ci si trovi nella situazione espressamente contemplata dall'art. 1349 c.c., che limita però l'intervento dell'arbitratore all'individuazione della sola prestazione dedotta nel contratto.

La determinabilità bilaterale è forse la forma di individuazione successiva dell'oggetto del contratto in cui l'autonomia privata sembra avere maggiore libertà di esplicazione, in cui le parti rinviando il completamento del contratto ad un loro successivo accordo, che, talvolta, consiste in una vera e propria rinegoziazione della parte del contenuto lasciata in bianco. L'autonomia dei contraenti nell'ambito della determinazione consensuale successiva dell'oggetto contrattuale sembra essere, infatti, particolarmente estesa, potendo gli stessi ricorrere ad una serie di strumenti all'uopo previsti dallo stesso legislatore. Si pensi, ad esempio, alle clausole di *hardship*, con cui viene conferita a ciascun contraente, al sopravvenire di eventi straordinari o imprevedibili che turbano il sinallagma, la facoltà di richiedere una modifica consensuale delle condizioni contrattuali o di sospendere l'esecuzione della propria prestazione, o alle clausole di rinegoziazione, che pur rispondendo alla medesima *ratio* non richiedono neanche il presupposto del sopravvenuto squilibrio contrattuale, potendo consentire una nuova determinazione successiva in un numero considerevole di situazioni.

La notevole estensione dell'autonomia privata dei contraenti nella determinabilità consensuale, in effetti, può rinvenire la sua *ratio* proprio nelle caratteristiche di questa forma di determinazione successiva, che seppur comporti alcuni rischi ed abbia certamente degli inconvenienti, spesso si rivela uno strumento di grande utilità che, se utilizzato correttamente, consente alle parti di gestire le sopravvenienze nel pieno rispetto di quanto previsto dall'art. 1346 c.c. in tema di determinabilità dell'oggetto, evitando però di comportare la caducazione del contratto a seguito dell'utilizzo dei normali rimedi predisposti dal nostro ordinamento.

La determinabilità unilaterale, infine, come si è avuto modo di vedere, rappresenta, tra le forme di determinazione successiva dell'oggetto, quella che certamente ha suscitato maggiori perplessità e la cui ammissibilità ha incontrato più resistenza. In effetti, l'attribuzione del potere di modificare il contratto in via esclusiva ad uno solo dei contraenti sembra *prima facie* costituire uno strumento arbitrario e di potenziale prevaricazione a discapito della controparte in posizione di debolezza.

E' proprio in questa forma di determinazione successiva, in cui coesistono forti interessi contrapposti, che si è avuto modo di cogliere maggiormente il bilanciamento fra l'esplicazione dell'autonomia privata con la tutela di interessi diversi. Nonostante ciò la progressiva apertura verso la determinabilità unilaterale, in quanto espressione dell'autonomia delle parti, si percepisce chiaramente anche per l'aumento di previsioni legislative e contrattuali in cui ad una delle due

parti viene rimessa la facoltà di determinare unilateralmente un elemento negoziale. Il sempre maggiore riconoscimento, da parte del legislatore, di ipotesi di *ius variandi* è in grado di smorzare gli aprioristici giudizi negativi che per molti anni hanno contraddistinto il ricorso a tale strumento. Come si è avuto modo di approfondire, infatti, il ricorso alla determinazione unilaterale rappresenta molto spesso una soluzione particolarmente vantaggiosa per le parti, se non in alcuni casi, l'unica soluzione realmente possibile per vedere concretamente realizzati i propri interessi.

In generale è però opportuno evidenziare come alcuni recenti provvedimenti legislativi in materia contrattuale hanno spesso ristretto la libertà negoziale privata e hanno, in alcuni casi, esteso il potere del giudice di sindacare il contenuto dell'accordo. In questo senso i maggiori interventi limitativi dell'autonomia contrattuale trovano la propria fonte nell'ordinamento comunitario, ma non si può negare che profondi limiti alla libertà contrattuale, e quindi all'autonomia privata, sono stati imposti anche dal legislatore nazionale.

Si tratta spesso di settori nei quali l'intervento del legislatore è volto a garantire una maggiore tutela dei soggetti in posizione di debolezza avverso condotte potenzialmente abusive della controparte, come ad esempio quello bancario, creditizio, borsistico ed assicurativo che necessitano di continui monitoraggi e di un'opportuna vigilanza. In questi casi il legislatore pretende che le banche, gli intermediari finanziari e le imprese assicuratrici si attengano a procedure dettagliate nella determinazione e nella descrizione del contenuto contrattuale, a

pena di nullità. In tali settori, dunque, la tutela della clientela contro possibili abusi degli operatori, esige specifiche norme di legge che prescrivano determinati comportamenti a carico di questi ultimi nell'esercizio del potere di predisposizione del contenuto contrattuale, di fatto comprimendo notevolmente l'estensione della loro autonomia privata.

In conclusione, quello della determinabilità convenzionale dell'oggetto del contratto costituisce un tema estremamente complesso, in quanto complessa è la stessa esplicazione dell'autonomia contrattuale che vede un continuo bilanciamento da un lato dell'espressione della libertà negoziale dei contraenti, dall'altro del rischio di comportamenti abusivi che sono connaturati nella stessa libertà negoziale e la tutela dei soggetti che si trovino in posizione di debolezza. Tale ambivalenza è resa ancor più evidente anche dagli interventi del legislatore che, se da un lato, sembrano in alcuni estendere le maglie dell'autonomia contrattuale per venire incontro agli interessi delle parti nel caso concreto, in altri casi, preferiscono sacrificare l'autonomia dei contraenti per perseguire specifici interessi, quali la libera concorrenza o la tutela di soggetti deboli.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, Jovene, 2003
- ALLARA M., *Il testamento*, Padova, Cedam, 1934
- ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 1955
- ALLARA M., *Principi di diritto testamentario*, Torino, Utet, 2004
- ALPA G.-MARTINI R., *Oggetto e contenuto*, in *Trattato di diritto privato. XIII. Il contratto in generale*, diretto da M. Bessone, Torino, Utet, 1999
- ALPA G., *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in ALPA G.-BESSONE M.-ROPPO V., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1982
- ALPA G., *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1976, I
- ALPA G., *L'oggetto e il contenuto*, in G. ALPA-M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, III, Torino, Utet, 1999
- ALPA G., *Le clausole nei contratti del commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2016
- ALPA G.-MARTINI R., *Oggetto del contratto*, in *Digesto civ.*, Torino, Utet, 1995
- AMATUCCI A., *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I
- ARANGIO-RUIZ V., *La società in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1988
- ASCARELLI T., *Arbitri e arbitratori*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952
- ASCARELLI T., *Arbitri ed arbitratori, Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929
- BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Giuffrè, 1901
- BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Milano, Giuffrè, 1947
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1946

- BARBA M., *Dell'impugnazione dell'ordinanza di nomina degli arbitri e di altre questioni in tema di arbitrato*, in *Giust. civ.*, 1957, I
- BARBARESCHI L., *Gli arbitrati*, Milano, Giuffrè, 1937
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, Utet, 1955
- BARENGHI A., *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, Jovene, 2005
- BARENGHI A., *Determinabilità e determinazione unilaterale nel diritto dei contratti: appunti sul sistema nordamericano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001
- BARENGHI A., *L'oggetto del contratto*, in *Diritto privato europeo*, II, a cura di N. Lipari, Padova, Cedam, 1997
- BELVEDERE A., *Il problema delle definizioni nel Codice civile*, Milano, Giuffrè, 1977
- BENATTI F., *L'oggetto e l'integrazione del contratto*, in GAMBARO A. e MORELLO U., *Lezioni di diritto civile*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2013
- BENEDETTI A.M., *Il ius variandi, nei contratti bancari, esiste davvero? Appunti per una ricostruzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018
- BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale – La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, 2002
- BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2000
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, Torino, Utet, 1993
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977,
- BIGLIAZZI GERI L.-BRECCIA U.-BUSNELLI F.-NATOLI U., *Diritto civile. Fatti e atti giuridici*, Torino, Utet, 1994
- BIONDI B., *Le donazioni*, Torino, Utet, 1961
- BONELL M.J., *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I
- BONIFACIO F., voce «Arbitro e arbitratore» (Diritto romano), in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958
- BOVE M., *La perizia arbitrale*, Torino, Utet, 2001

- BUGLIANI G., *Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano classico tra diritto ed equità*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2007
- BURDESE A., *La divisione ereditaria*, nel *Tratt. dir. civ. ital.* diretto da F. Vassalli, Torino, Utet, 1980
- BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994
- CANNATA C.A., *Oggetto del contratto*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979
- CARIOTA-FERRARA L., *Le successioni per causa di morte – parte generale*, Napoli, Jovene, 1977
- CARIOTA-FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Esi, 1948
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Napoli, Esi, 1998
- CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916
- CARNEVALI U., *Le donazioni*, nel *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da P. Rescigno, VI, Torino, Utet, 1982
- CARNEVALI U., *Negozi fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II
- CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1916
- CARRESI F., *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I
- CARUSI P., *Le divisioni*, nella *Collana di studi notarili*, diretta da F. Gallo-Orsi, Torino, 1978
- CASTRONOVO F., *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione: la merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, Giappichelli, 2017
- CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2000
- CATRICALÀ A., *Arbitraggio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988
- CESARÒ V.M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, Esi, 2000
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di dir. proc. civ.*, I, Napoli, Jovene, 1950
- CLERICO G., *Incompletezza del contratto e responsabilità delle parti*, *Riv. dir. priv.*,

2005

CORRADO R., *Il negozio d'accertamento*, Torino, Ist. Giur. Della Regia Univ., 1942

CORRADO R., *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1947

COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, Giuffrè, 1992

CRISCUOLO F., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, Esi, 1996

CRISCUOLO F., *Determinazione per relationem del prezzo di una somministrazione e intervento sostitutivo del giudice in sede cautelare*, in *Rass. dir. civ.*, 1996

DALBOSCO M.C., *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1987

DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, Jovene, 1974

DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, Giuffrè, 1993

DE NOVA G., *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in *Contratti di informatica*, a cura di V. Zeno-Zencovich e G. Alpa, Milano, Giuffrè, 1987

DEL PRATO E., *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016

DELLACASA M., *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, Giappichelli, 2004

DI PACE P., *Il negozio per relationem*, Torino, Giappichelli, 1940

DIMUNDO A., *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1999

FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941

FERRARA F., *Teoria dei contratti*, Napoli, Jovene, 1940

FERRI G.B., *Il negozio giuridico*, Padova, Cedam, 2004

FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I

FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva e di negozio formale per relationem*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, Maggioli, 1994

- FERRI G.B., *La vendita in generale*, nel *Tratt. dir. civ. ital.* diretto da P. Rescigno, Torino, Utet, 1984
- FICI A., *Il contratto "incompleto"*, Torino, Giappichelli, 2005
- FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, III, 2002
- FIORI R., *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA. VV. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2008
- FOGLIA M., *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, Giappichelli, 2015
- FRIGNANI A., voce «*Hardship Clause*», in *Noviss Dig. it.*, App. III, Torino, 1982
- FUNAIOLI C.A., *Deposito. Sequestro convenzionale. Cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da G. Grosso-F. Santoro-Passarelli, Milano, Giuffré, 1960
- FURGIUELE G., *Vendita di "cosa futura" e aspetti della teoria del contratto*, Milano, Giuffré, 1974
- FURNO C., *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1951
- GABRIELLI E., *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001
- GABRIELLI E., *Dell'oggetto del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Milano, Utet, 2011
- GABRIELLI E., *Il contratto di arbitraggio*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Torino, Giappichelli, 2005
- GABRIELLI E., *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012
- GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffré, 2001
- GABRIELLI E., *L'oggetto della conferma ex art. 590 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1964
- GABRIELLI E., *La consegna di una cosa diversa*, Napoli, Jovene, 1987

- GABRIELLI G., *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1988,
- GALLO F., *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970
- GALLO P., *Introduzione al diritto comparato. Volume II. Istituti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2018
- GALLO P., voce «Disposizione rimesse all'arbitrio del terzo», in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1993
- GAMBINI M., *Fondamento e limiti dello jus variandi*, Napoli, Esi, 2000
- GANGI B., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1952
- GARRETTO G., *Arbitro e arbitratore. Diritto intermedio*, in *Noviss. Dig. ital.*, I, Torino, 1958
- GAZZARA G., *Divisione eredità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991
- GHEZZI G., *Legato per remunerazione di servizi resi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961
- GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, Esi, 1954
- GIAMPIERI A., voce «Rischio contrattuale», in *Dig. disc. priv.*, XVIII, Torino, 1998
- GIORDANO-MONDELLO A., *Il testamento per relazione*, Milano, Giuffrè, 1966
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni*, III, Firenze, Fratelli Cammelli, 1877
- GIORGIANNI M., voce «Obbligazione», in *Noviss Dig. it.*, XI, Torino, Utet, 1965
- GITTI G., *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005
- GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano, Giuffrè, 1999
- GITTI G., *L'oggetto*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia*

negoziale dei privati e regolazione del mercato, a cura di P. Sirena, Milano, Giuffrè, 2006

GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè, 1955

GORLA G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953

GRADASSI F., *Mandato post mortem*, in *Contr. impr.*, 1990

GROSSO G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, Utet, 1966

GUERINONI E., *Il contratto incompleto*, in *PMI*, 2006,

GUERINONI E., *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 2007

HUGO G., *Lehrbuch der Pandekten oder des heutigen römischen Rechtes*, Berlin, 1805

IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, Giuffrè, 2008

IRTI N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitro altrui*, Milano, Giuffrè, 1967

IRTI N., *Oggetto del negozio giuridico*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, Utet, 1965

LEVI G., *L'arbitrato*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, Utet, 1988

LIPARI F.G., *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitraggi*, in *Annali Ist. Sc. giur. econ. pol. sociali Univ. Messina*, VII, 1933

LIPARI N., *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2009

LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1995

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996

MARANI G., *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983,

MAZZA F., *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, IV, II, Milano, Giuffrè, 2001

MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, III, 1952

MENGONI L., *La successione testamentaria*, Milano, Giuffrè, 1950

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1968

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, Giuffrè, 1962

MIRABELLI G.-GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, Jovene, 1994

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, Torino, Utet, 1980

MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, Torino, Utet, 1968

MIRONE A., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2009

NATOLI U., *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, in *Giur. Compl. Cass.*, II, 1946

NICOLÒ R., voce «Alea», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958

NIVARRA L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2000

OPPO G., *Note sull'istituzione dei non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1948

PACCHIONI G., *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1911

PACCHIONI G., *Dei contratti in generale*, Torino, Giappichelli, 1939

PANZARINI G., *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984

PARDOLESI R., *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, I, 1981

PARENZO E., *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1929

PATTI S., *Codice civile tedesco, Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano, Giuffrè, 2005

PELLINI M., *La determinazione giudiziale dell'oggetto del contratto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, V, 2019

PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri, I. La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, Esi, 1962

- PIAZZA G., *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1968
- POTHIER R.J., *Traité des obligations*, in *Oevres*, II, Parigi, 1848
- RESCIGNO P., *Il problema della validità delle fideiussioni cd. omnibus*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, 1972
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1987
- RESCIO G.A., *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1987
- RICCA BARBERIS M., *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Arch. giur.*, LXX, 1903
- ROMANO S., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato dir. civ.* diretto da G. Grosso-F. Santoro-Passarelli, Milano, Giuffrè, 1960
- ROPPO V., *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, Cedam, 2001
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011
- ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, *Riv. dir. priv.*, 2004
- ROPPO V., Voce «Contratto. III) Formazione del contratto – Dir. civ.», in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988
- RUBINO D., *La compravendita*, Milano, Giuffrè, 1962
- SANTARCANGELO G., *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Milano, Giuffrè, 1985
- SANTONI G., *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2007
- SANTORO PASSARELLI F., *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Riv. dir. privato*, I, 1932
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1976
- SATTA S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Vita e pensiero, 1931

- SATTA S., *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. Arbitrato*, 1974
- SCADUTO G., *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Ann. Semin. Giur. Univ. Palermo*, Cortona, 1923
- SCARPELLO A., *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999
- SCARPELLO A., *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, Cedam, 2010
- SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio*, Milano, Giuffrè, 1967
- SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1988
- SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, I, 1992
- SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Roma, Foro italiano, 1950
- SCIALOJA V., *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1909
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1969
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1972
- SCOTT R., *A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements*, in *Columbia Law Rev.*, 2003
- SIRENA P., *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2007
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1961
- TORRENTE A., *La donazione*, nel *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1968
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1960
- TROIANO S., *La cessione di crediti futuri*, Padova, Cedam, 1999
- TUCCARI E., *Clausole di rinegoziazione ed eccezione di inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *I Contratti*, 2014
- VACCÀ B. (a cura di), *Il conflitto del golfo e i contratti d'impresa*, Milano, EGEA, 1992

VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008
 VASETTI M., voce «Arbitraggio», in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1958
 VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1953,
 VITUCCI P., *I profili della conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1968
 ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations*, Cape Town–Wetton–Johannesburg, 1990
 ZUDDAS G., *L'arbitraggio*, Napoli, Jovene, 1992

Trib. Milano, 18 aprile 1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1987
 Pret. Genova, 27 settembre 1978, in *Giur. it.*, I, 1979
 Trib. Roma, 10 aprile 1995, in *Rass. dir. civ.*, 1996
 Cass., 5 gennaio 2000, n. 46, in *Giur. it.*, 2000
 Cass. 9 agosto 1971, n. 2561, in *Rep. Giust. Civ.*, n. 126
 Cass., 24 novembre 1966, n. 2795, in *Rep. Giust. civ.*, 1966, n. 1
 Cass. 4 marzo 1968, n. 700, in *Mass. Foro it.*, 1968, n. 169
 Cass., 14 febbraio 1986, n. 873, in *Giust. civ.*, I, 1986
 Cass., 25 marzo 1959, n. 929, in *Foro it.*, 1959
 Cass., 5 marzo 1976, n. 743, in *Rep. Giust. civ.*, 1976, n. 233
 Cass., 20 aprile 1968, n. 1223, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, n. 1
 Cass., 15 marzo 1969, n. 842, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, n. 416
 Cass., 19 giugno 1962, n. 1569, in *Mass. Giust. civ.*, 1962
 Cass., 3 ottobre 1970, n. 1788, in *Rep. Giust. civ.*, 1970, n. 1
 Cass., 16 giugno 1969, n. 1989, in *Foro it.*, I, 1969
 Cass. S.U., 23 agosto 1972 n. 2707, in *Rep. Giust. civ.*, 1972, n.1
 Cass., 4 luglio 1975, n. 2604, in *Rep. Foro it.*, 1975, n. 138
 Cass., sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4931, *Mass. Giust. civ.*, 1998
 Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Giur. it.*, I, 1976
 Cass., 8 maggio 2019, n. 3835, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, V, 2019

Cass., 10 maggio 1997, n. 4088, in *Foro it.*, I, 1998
 Cass., 13 luglio 1979, n. 4085, in *Rep. Foro it.*, 1979 n. 128
 Cass., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, I, 1981
 Cass., 12 giugno 1981, n. 3813, in *Mass. Foro it.*, 1981, 775
 Cass., 24 novembre 1977, n. 5113, in *Giust. civ.*, I, 1978
 Cass., 27 luglio 1957, n. 3167, in *Giust. civ.*, 1957, I, 2097
 Cass., 16 maggio 1998, n. 4931, in *Rep. Giust. civ.*, 1998, n. 408
 Cass., 16 marzo 2005, n. 5678, in *Mass. Giust. civ.*, 2005
 Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Rep. Giust. civ.*, 1966, n. 25
 Cass., 19 marzo 2007, n. 6519, in *Foro it.*, I, 2007
 Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Mass. Giust. civ.*, 1995
 Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2936
 Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Studium Juris*, 1996, 619
 Cass., 30 maggio 2003, n. 8810, in *Rep. Foro it.*, 2003, n. 377
 Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999
 Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006
 Collegio ABF di Milano, decisione n. 1491 del 2010
 Collegio ABF di Milano, decisione n. 1554 del 2010
 Collegio ABF di Milano, decisione n. 443 del 2010
 Collegio ABF di Milano: decisione n. 98 del 2010
 Collegio ABF di Milano, decisione n. 2316 del 2011
 Collegio ABF di Napoli, decisione n. 396 del 2011
 Collegio ABF di Roma, decisione n. 3981 del 2012
 Collegio ABF di Roma, decisione n. 2202 del 2013
 Collegio ABF di Roma, decisione n. 253 del 2013
 Collegio ABF di Roma, decisione n. 4141 del 2013
 Collegio ABF di Roma, decisione n. 675 del 2015
 Collegio ABF di Roma, decisione n. 1722 del 2015