

L'ARBITRAGGIO

Paolo Gallo

1. L'ARBITRAGGIO

I giuristi romani discutevano circa la validità della clausola con cui si conferiva ad un terzo la facoltà di determinare l'oggetto del contratto¹; ma alla fine prevalse l'opinione favorevole². Molto spesso il ricorso alla determinazione da parte di un terzo è un mezzo che consente alle parti di appianare in modo agevole conflitti di interessi (Fici, 2002, p. 47).

Ai sensi dell'articolo 1349 c.c. le parti possono dare incarico ad un terzo di determinare l'oggetto del contratto (articolo 1349 c.c.); nei casi di questo genere si parla di arbitraggio. Anche l'arbitraggio ovviamente ricade nella figura generale dei contratti per relazione. Oltre all' articolo 1349 c.c. che disciplina specificamente l'arbitraggio, la fattispecie è richiamata da numerose altre norme del codice (artt. 630, 631, 632, 664, 665, 706, 733, 778, 1286, 1287, 1473, 1474, 1561, 1570, 2264, 2603 c.c.). La giurisprudenza ha peraltro escluso la possibilità di ricorso all'arbitraggio in materia di transazione³. Si ricorda in particolare l' articolo 1473 c.c. in materia di vendita, ai sensi del quale le parti possono affidare la determinazione del prezzo ad un terzo. Ai sensi dell'articolo 778, 1° comma, c.c. è viceversa nullo il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione. In materia di donazione, tenuto

¹ Ricca Barberis, 1903, p. 62; Scaduto, 1923, p. 55; anche in *Diritto civile*, Perugia 2002, I, p. 231; Fauceglia, 1982, p. 277; Zuddas, 1992; Criscuolo, 1995; Scarpello, 1999, p. 346; Villa, 2001, p. 850; Guerinoni, 2007, p.132 ss.; Maggiolo, 2012, p. 239.

² F. Gallo, 1970, p. 479; Criscuolo, 1995, pp. 34 e ss., ivi anche panorama delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti europei.

³ Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, GC, 2003, I, 2936.

conto del carattere liberale che connota l'attribuzione, si ritiene essenziale che sia il donante a scegliere personalmente l'oggetto della donazione, nonché il beneficiario di essa.

Il codice parla genericamente di determinazione della prestazione dedotta in contratto. Si tratta di un'espressione vaga che non chiarisce più di tanto i limiti dell'attività del terzo. Si tratta in altre parole di capire fino a che punto le parti possono rimettersi alla determinazione del terzo; se cioè sia possibile rimettere al terzo anche la determinazione dell'intero contenuto del contratto. Il codice parla di determinazione della prestazione; può quindi trattarsi della determinazione sia dell'oggetto del contratto, per esempio scelta o determinazione del bene oggetto di alienazione, sia dell'entità del corrispettivo⁴. Può inoltre convenirsi che è possibile incaricare il terzo della determinazione di elementi accidentali, come per esempio il tempo ed il luogo dell'adempimento. Più dubbio se il potere del terzo possa andare oltre; se cioè sia possibile incaricare il terzo anche della scelta del tipo contrattuale, della tipologia dello scambio, e così via. Alcuni ritengono che le parti debbano aver determinato non solo il tipo contrattuale, ma anche la causa e la natura delle prestazioni principali⁵. In questa prospettiva, anche per quel che riguarda la determinabilità dell'oggetto, occorrerebbe escludere la possibilità che il terzo venga incaricato di scegliere un bene senza indicazioni ulteriori; e che quindi debba risultare determinato per lo meno il genere, come per esempio un cavallo, una partita di stoffa, una damigiana di vino, e così via (Zuddas, 1992, p. 19). Altri invece hanno formulato soluzioni più liberali, sulla base della considerazione che l'ordinamento consente conferimenti di poteri ben più ampi; basti per esempio pensare a certe forme di rappresentanza generale, e così via⁶.

Si pensi per esempio ad una procura generale a vendere, senza indicazioni ulteriori. Si pensi ancora al biancosegno, la cui disciplina deve peraltro essere coordinata con quella dell'arbitraggio⁷. In questa prospettiva l'incarico di scegliere discrezionalmente l'oggetto dello scambio potrebbe addirittura apparire come un minus. Si è così sostenuta la possibilità che le parti rimettano

⁴ Cass., 12 gennaio 1979, n. 262.

⁵ Così Bianca, 2000, p. 330; seguito da Fici, 2005, p. 167, ivi riferimenti; Gabrielli, 2017, pp. 603-613, in partic. 606.

⁶ Si veda in particolare Zuddas, 1992, pp. 21 e ss., nonché la pagina di presentazione di Rescigno.

⁷ Più ampiamente.

al terzo anche la determinazione del tipo contrattuale (Zuddas, 1992, p. 22). Impostazione che non manca di trovare riscontri anche giurisprudenziali⁸. In realtà il legislatore non prevede limitazioni particolari, se non il fatto che comunque l'oggetto del contratto deve risultare determinabile. Si può quindi aderire all'opinione in base alla quale il terzo possa essere incaricato di determinare anche altri elementi del contratto (Zuddas, 1992, p. 22; Fici, 2002, p. 166); purché il contenuto minimo del contratto risulti determinato dalle parti, alle quali l'arbitratore non potrebbe comunque sostituirsi del tutto (Fici, 2002, p. 166).

In dottrina si è altresì discusso se il contratto con clausola di arbitraggio possa considerarsi concluso o meno⁹. In base ad un filone dottrinale risalente il contratto, in quanto incompleto, non poteva considerarsi concluso, se non a partire dal momento in cui aveva luogo la determinazione del terzo (ex nunc) (Ascarelli, 1952, p. 216). Attualmente del tutto prevalente è peraltro l'opinione in base alla quale ai fini della conclusione del contratto è sufficiente che le parti abbiano raggiunto un accordo sul contenuto minimo del contratto, causa e tipo, ed abbiano indicati i criteri in virtù dei quali deve aver luogo la determinazione¹⁰. Ai sensi dell'articolo 1346 c.c. è infatti sufficiente che il contratto abbia un contenuto determinato o determinabile; ne consegue pertanto che il contratto potrà esplicitare immediatamente i suoi effetti, come per esempio l'obbligo di devolvere una somma di denaro, o altro ancora; salvo ovviamente quelli che dipendono dalla parte mancante, come per esempio il trasferimento della proprietà di un oggetto da determinarsi da parte dell'arbitratore; trasferimento che avrà luogo, in analogia con quanto disposto in materia di vendita di cose fungibili, non appena l'oggetto risulterà determinato.

In primo luogo occorre che le parti abbiano determinato il modo di individuazione del terzo, o dato incarico ad altri soggetti, come per esempio il Presidente del Tribunale, di individuarlo. Si ritiene inoltre che

⁸ Cass., 4 marzo 1968, n. 700.

⁹ Ampiamente Fici, 2002, pp. 157 e ss., 165.

¹⁰ Zuddas, 1992, pp. 43 e ss., pp. 49 e ss., ivi riferimenti; Criscuolo, 1995, p. 85; Bianca, 2002, p. 333; articolo 2.1.14 PICC. Qualche dubbio in più è sorto nel caso in cui le parti abbiano fatto riferimento al mero arbitrio del terzo; nei casi di questo genere se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo (articolo 1349, 2° comma, c.c.), preferibile è peraltro ritenere che anche nei casi di mero arbitrio il contratto sia concluso: Fici, 2002, p. 164.

il diritto di nomina possa essere attribuito anche ad una sola delle parti (Zuddas, 1992, p. 72). L'incarico può essere attribuito ad uno o più terzi, non necessariamente in numero dispari (Zuddas, 1992, p. 75). A questi fini le parti provvedono in virtù della redazione di un'apposita clausola di arbitraggio, la quale ovviamente non deve essere confusa con la clausola compromissoria (Gabrielli, 2017, p. 216 e ss.). Ai fini della redazione della clausola di arbitraggio non si richiedono capacità particolari, diverse rispetto a quelle richieste ai fini della conclusione del contratto (Zuddas, 1992, p. 37); la clausola può essere contenuta nello stesso contratto o in accordi successivi (Zuddas, 1992, p. 35); in dottrina prevale inoltre l'opinione che la clausola non debba necessariamente essere redatta con le stesse forme previste per il contratto cui afferisce¹¹; con la conseguente configurabilità, secondo alcuni, di un conferimento di poteri anche tacitamente o per fatti concludenti¹²; a volte però la giurisprudenza parla impropriamente di procura e richiede pertanto che l'incarico sia conferito con le stesse forme richieste per il contratto da completare¹³. In ogni caso non si tratta di una clausola vessatoria (Zuddas, 1992, p. 40; Gabrielli, 2017, p. 220). La clausola deve inoltre indicare le modalità di scelta dell'arbitratore.

Dopo l'individuazione occorre procedere al conferimento dell'incarico, che il terzo è ovviamente libero di accettare o meno. L'accettazione dell'incarico da luogo alla conclusione di un contratto consensuale a forma libera. L'incarico è considerato revocabile, anche ad opera di una sola parte per giusta causa¹⁴. Il terzo può procedere senza formalità particolari, in linea di principio senza la possibilità di nominare un rappresentante, salvo che sia stato specificamente autorizzato. Se però il contratto è formale, la giurisprudenza richiede solitamente l'impiego della forma scritta¹⁵. Anche la risposta può essere

¹¹ Zuddas, 1992, p. 38, ivi riferimenti; in senso contrario Gabrielli, 2017, p. 219.

¹² Zuddas, 1992, p. 39, ivi riferimenti; Gabrielli, 2017, p. 223.

¹³ Cass., 13 dicembre 1969, n. 3965; Zuddas, 1992, p. 96.

¹⁴ Cass., 26 marzo 2002, n. 4283. «L'arbitraggio [...] è figura assimilabile ad un mandato collettivo; ne consegue che il negozio costituente la fonte dei poteri del terzo può essere revocato anche ad opera di una sola parte quando ricorra una giusta causa, trovando applicazione l'articolo 1726 c.c.».

¹⁵ Cass., 3 febbraio 1999, n. 887, GI, 2000, 59: «Quando per un negozio è prescritta la forma scritta ad substantiam, l'incontro delle volontà su tutti gli elementi essenziali del negozio deve risultare dallo scritto medesimo, per cui la determinazione o determinabilità dell'oggetto non può ricavarsi aliunde da elementi non scritti, estrinseci al contratto stesso»; Criscuolo, 1995, pp. 316 e ss.; già in precedenza ci siamo peraltro soffermati sul carattere eccessivamente rigido di una tale impostazione.

comunicata in linea di principio senza l'osservanza di formalità particolari. Occorre inoltre escludere che si tratti di una dichiarazione ricettizia; la determinazione è infatti valida anche nel caso in cui l'arbitratore dovesse morire prima di aver effettuato la comunicazione (Zuddas, 1992, p. 127; Gabrielli, 2017, pp. 242 e ss.). In caso di errore, la determinazione può essere modificata o rettificata anche dopo l'avvenuta comunicazione (Gabrielli, 2017, p. 245). Le parti possono indicare un termine per la determinazione dell'arbitratore; in caso contrario potrà essere fissato dal giudice (arg. ex articolo 1331, 2° comma, c.c.).

Oggetto di discussione è l'esatta natura del contratto di arbitraggio; in questo ambito si contengono il campo essenzialmente tre soluzioni: contratto di mandato, contratto d'opera o contratto atipico di arbitraggio.

La soluzione del problema potrebbe anche dipendere in concreto dal tipo di attività svolta dal terzo; se si tratta di atti giuridici la soluzione più appropriata è il mandato; se si tratta di atti materiali occorre viceversa far riferimento al contratto d'opera, o al contratto d'opera intellettuale. In realtà il riferimento al mandato non sembra appropriato, dato che la figura dell'arbitratore non può comunque essere confusa con quella di un rappresentante (Crisciolo, 1995, p. 170); si consideri ancora che l'arbitratore non compie atti di natura negoziale, come per esempio comprare o vendere, ma si limita a completare il contenuto di un contratto in conformità alle istruzioni ricevute. Più appropriato sembrerebbe pertanto il riferimento al contratto d'opera o a quello d'opera intellettuale, a seconda della natura dell'attività svolta dal terzo (Gabrielli, 2017, p. 226). In realtà non si tratta né di un contratto di mandato, né di un contratto d'opera, ma piuttosto di un contratto atipico, per l'appunto di arbitraggio.

Il contratto può essere a titolo oneroso o a titolo gratuito, a seconda che sia prevista o meno una retribuzione (Zuddas, 1992, p. 97). Un altro problema ancora concerne la trascrivibilità o meno del contratto con clausola di arbitraggio (Crisciolo, 1995, pp. 316 e ss.; Gabrielli, 2017, p. 213). Non si conoscono sentenze recenti che abbiano affondato la questione, salvo un paio di sentenze degli anni trenta del ventesimo secolo¹⁶. La dottrina che si è

¹⁶ Ricordate da Zuddas, 1992, p. 61; si veda però anche Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, GC, 1979, I, 829; Riv. not., 1979, 611: «La trascrivibilità di un contratto di compravendita immobiliare [...] postula [...] che l'oggetto del contratto sia determinato, e, pertanto va esclusa in ipotesi di mera

occupata specificamene della questione si è espressa in senso tendenzialmente positivo, salva la necessità di valutare caso per caso, anche sulla base dei requisiti richiesti ai fini della nota di trascrizione (artt. 2659 c.c.) (Zuddas, 1992, pp. 59 e ss.). Si consideri ancora la possibilità della trascrizione della vendita obbligatoria (Gazzoni, 1991, p. 113), nonché adesso anche del preliminare.

Indubbiamente non è però possibile generalizzare, ma piuttosto occorre valutare caso per caso. Una cosa è per esempio un contratto relativo al trasferimento della proprietà di un immobile già determinato, salvo il conferimento ad un terzo dell'incarico di determinarne il valore; un'altra cosa è l'attribuzione ad un terzo dell'incarico di scegliere tra più beni immobili quello oggetto di trasferimento. La trascrizione potrà dunque aver luogo nel primo caso, non nel secondo.

2. I VARI TIPI DI ARBITRAGGIO

Il codice distingue due ipotesi di arbitraggio, a seconda che le parti abbiano dato incarico al terzo di procedere con equo apprezzamento (*arbitrium boni viri*) o in base al mero arbitrio (*arbitrium merum*). Si discute in cosa debba ravvisarsi la differenza tra i due tipi di arbitraggio. Recentemente in dottrina vi sono stati alcuni tentativi di riavvicinare le due figure, nel senso cioè di escludere che in ogni caso l'arbitratore possa decidere in modo capriccioso ed arbitrario; in questa prospettiva la differenza fondamentale tra le due figure dovrebbe ravvisarsi sotto il profilo delle più limitate possibilità di impugnazione previste in caso di mero arbitrio (Gallo, 1970; Zuddas, 1992, pp. 116, 121; Fici, 2002, pp. 184 e ss.); anche se sarebbe eccessivo giungere a parificare le due figure. Mero arbitrio non significa dunque arbitrarietà o puro capriccio; piuttosto occorre ritenere che le parti abbiano voluto autorizzare l'arbitratore a decidere sulla base delle sue valutazioni personali. In questa prospettiva equo apprezzamento significa dunque valutazione oggettiva; mero arbitrio, valutazione personale dell'arbitratore. Le parti possono riporre una tale fiducia nelle capacità di scelta e di decisione dell'arbitratore da autorizzarlo a decidere sulla base delle sue personali valutazioni. In ogni caso occorre

determinabilità del medesimo. Ne consegue, con riguardo alla vendita di terreni che debbono essere successivamente distaccati, a scelta dal compratore, da maggior consistenza di proprietà del venditore, che la determinabilità [...] non è sufficiente a consentire la trascrizione».

ritenere che il conferimento dell'incarico all'arbitratore non privi le parti della facoltà di completare personalmente il contenuto del contratto (arg. ex articolo 1724 c.c.); salvo il risarcimento dei danni (arg. ex articolo 1725 c.c.).

Dopo aver espletato il suo incarico, l'arbitratore è tenuto a darne comunicazione alle parti; per questa comunicazione non sono peraltro previste formalità particolari; è in ogni caso sufficiente che le parti vengano a conoscenza delle determinazioni dell'arbitratore. In genere è ammesso un limitato potere di rettifica dell'arbitratore, anche dopo l'avvenuta comunicazione della determinazione alle parti, purché il contratto non abbia ancora integralmente prodotto i suoi effetti come conseguenza dell'incompletezza o dell'inesattezza della determinazione stessa; si pensi per esempio al caso in cui venga previsto il pagamento in dollari statunitensi, anziché australiani¹⁷.

a) Ai sensi dell'articolo 1349, 1° comma c.c., nel caso in cui le parti abbiano incaricato l'arbitratore di decidere con equo apprezzamento, se manca la determinazione del terzo o questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice. Questo significa pertanto che nei casi di questo genere, mancata determinazione dell'arbitratore, decisione manifestamente iniqua o erronea, ciascuna parte ha la facoltà di rivolgersi direttamente al giudice affinché questi provveda personalmente¹⁸; salvo che ovviamente le parti abbiano escluso la possibilità dell'intervento del giudice (Gabrielli, 2017, p. 242; Fici, 2002, p. 215); o ancora le parti abbiano fatto riferimento al loro mero arbitrio; il che può sottendere la presenza di informazioni necessarie ai fini della determinazione del contenuto del contratto, a cui possono accedere solo le parti.

Il codice parla genericamente di determinazione manifestamente iniqua o erronea, senza precisare ulteriormente il concetto; diversamente da quanto accade per esempio in materia di contratti lesionari, dove occorre che vi sia una lesione ultra dimidium; si tratta in effetti di una clausola generale. Ne consegue che compete all'interprete chiarire quando una determinazione risulta manifestamente iniqua o erronea. L'unica precisazione è che la determinazione deve essere iniqua o erronea in modo manifesto; non sarebbe

¹⁷ Guerinoni, 2007, p. 159, *ivi*, riferimenti.

¹⁸ Cass., 5 agosto 1983, n. 5272: «Qualora il terzo [...] non addivenga alla determinazione [...] la relativa controversia [...] può essere risolta direttamente, anche per il principio generale dell'economia processuale, dal giudice [...]».

in altre parole sufficiente un piccolo errore o la presenza di un lieve squilibrio tra le prestazioni¹⁹. Si ha determinazione erronea quando l'arbitratore applica in modo inesatto i criteri tecnici di valutazione indicati dalle parti. Si ha determinazione iniqua quando l'interesse di una parte risulta sacrificato in modo eccessivo a vantaggio dell'altra²⁰.

Ancora diversi sono i casi in cui siano le parti stesse a non accordarsi circa la nomina dell'arbitratore, o l'arbitratore non accetti l'incarico e le parti non si accordino circa la sua sostituzione²¹. L'ipotesi non è specificamente disciplinata dal codice in termini generali; in materia di compravendita l'articolo 1473, 2° comma, c.c. dispone viceversa che se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, è fatta dal Presidente del Tribunale. In queste condizioni secondo alcuni autori si tratterebbe di disposizioni applicabili solo in materia di compravendita, con la conseguenza quindi, in mancanza di accordo tra le parti, di rendere nullo il contratto per indeterminabilità dell'oggetto²². Secondo altri dovrebbe viceversa ritenersi possibile il ricorso al giudice affinché provveda alla determinazione o alla individuazione del terzo (Bianca, 2002, p. 336). Tra queste due soluzioni sembra preferibile la seconda in quanto più conforme al principio di conservazione del contratto.

b) Se invece le parti si sono rimesse al mero arbitrio del terzo, la sua determinazione può essere impugnata esclusivamente in caso di mala fede. L'errore, ancorché macroscopico dell'arbitratore non sarebbe in altre parole sufficiente, come pure la presenza di un forte squilibrio tra le prestazioni.

Se infatti la determinazione dell'arbitratore potesse essere impugnata nei casi di questo genere verrebbe meno la specificità di questa forma di arbitrato. Ai fini dell'impugnazione occorre pertanto la prova della mala fede,

¹⁹ Alcune sentenze richiedono peraltro a questi fini la presenza di uno squilibrio ultra dimidium: Cass., 30 dicembre 2004, n. 24183: «In tema di arbitraggio, per stabilire quando la determinazione della prestazione da parte del terzo sia impugnabile per manifesta iniquità ai sensi dell'articolo 1349 c.c., deve farsi riferimento, in mancanza di un criterio legale, al principio desumibile dall'articolo 1448 c.c., sicché ricorre la manifesta iniquità in presenza di una valutazione inferiore alla metà di quella equa».

²⁰ Cass., 25 giugno 1983, n. 4364.

²¹ Gabrielli, 2017, p. 242. Anche in caso di rinuncia, le parti possono sempre provvedere alla sostituzione degli arbitrori: Cass., 29 aprile 1999, n. 4303, Inf. e dir., 2000, I, 25.

²² Zuddas, 1992, p. 74, ivi riferimenti.

correntemente intesa come volontà dell'arbitro di favorire ingiustamente una parte a scapito dell'altra²³. Provata la mala fede non occorre peraltro fornire la prova di elementi ulteriori, come per esempio la presenza di un danno o di una lesione.

In caso di mero arbitrio, se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo. Non è quindi prevista né la possibilità di una scelta dell'arbitratore da parte del giudice²⁴, né tanto meno quella di una determinazione direttamente ad opera del giudice. Queste differenze di regime rispetto ai casi di arbitraggio secondo equo apprezzamento si spiegano ove si consideri che, la sostituzione della persona scelta dalle parti con un altro soggetto frustrerebbe la scelta effettuata dalle parti di rimettersi alla valutazione personale di una persona di loro fiducia, e non necessariamente di altre (*intuitus personae*).

3. LE CONDIZIONI GENERALI DELLA PRODUZIONE

A prescindere dal tipo di arbitraggio scelto dalle parti, l'articolo 1349, 3° comma, c.c. precisa ulteriormente che nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento. Si tratta di un concetto il cui esatto significato non è a tutto oggi del tutto chiaro²⁵.

Si tratta di una di quelle affermazioni, chiaramente datate, con cui il legislatore ha voluto dare ossequio alla politica dirigista del regime di quegli anni. Il terzo dovrebbe cioè tener conto, oltre che delle indicazioni delle parti, delle esigenze dell'economia nel suo complesso, nonché dell'andamento della produzione. In ogni caso non occorre dilungarsi più di tanto, dato che si tratta di un'affermazione che è rimasta praticamente lettera morta, tenuto altresì conto del fatto che non sono previste sanzioni.

²³ Così, Cass., 2 febbraio 1999, n. 858: «L'arbitratore [...] può decidere secondo il suo criterio individuale, in quanto le parti hanno riposto piena fiducia nella sua correttezza ed imparzialità, oltre che nella sua capacità di discernimento. Il suo apprezzamento si sottrae, pertanto, ad ogni controllo nel merito della decisione e le parti possono impugnare la determinazione solo dimostrando che egli ha agito intenzionalmente a danno di una di esse»; Cass., 12 giugno 2014, n. 13379.

²⁴ Secondo alcuni autori nei casi di mancata determinazione da parte del terzo, le parti sarebbero tenute a nominare un altro arbitro: Fici, 2002, p. 199.

²⁵ Gabrielli, 2017, pp. 235 e ss., ivi riferimenti.

4. LA NATURA DELLA DETERMINAZIONE DELL'ARBITRATORE

In dottrina ha dato luogo a discussione l'individuazione dell'esatta natura dell'attività svolta dall'arbitratore²⁶. Secondo alcuni si tratterebbe di un atto negoziale²⁷, qualificabile come di accertamento; l'arbitratore opererebbe come una sorta di rappresentante; secondo altri si tratterebbe di un atto giuridico; secondo altri ancora di un fatto giuridico. In realtà occorre tener conto dell'estrema varietà delle attività che possono essere demandate ad un terzo; il quale può essere incaricato di effettuare un'operazione puramente materiale, come per esempio un sorteggio, o ancora la misurazione di un fondo, e così via; o viceversa essere incaricato di determinare il valore di un bene, come per esempio un quadro, un gioiello, e così via (Criscuolo, 1995, p. 170).

In base all'impostazione tradizionale, l'esatta individuazione della natura, negoziale o non negoziale, dell'attività svolta dall'arbitratore rivelerebbe altresì sotto il profilo dell'impugnabilità della determinazione dell'arbitratore per incapacità e per vizi del consenso; possibilità di impugnazione che potrebbe ammettersi solo nel caso in cui si ravvisi la natura negoziale dell'attività dell'arbitratore²⁸. In realtà, quand'anche si volesse ammettere la natura negoziale dell'attività dell'arbitratore, non necessariamente ne discende altresì l'impugnabilità per vizi del consenso.

L'alternativa fondamentale è quella tra atti negoziali ed atti non negoziali. Ciò premesso sembra agevole avviare a soluzione il problema; si consideri infatti in primo luogo che la figura dell'arbitratore non può essere confusa con quella del rappresentante. Compito dell'arbitratore non è quello di effettuare dichiarazioni, finalizzate a produrre effetti giuridici, come per esempio una proposta finalizzata all'acquisto di un bene in nome e per conto del rappresentato, ma unicamente quello di compiere una o più operazioni

²⁶ Zuddas, 1992, pp. 83 e ss., ivi riferimenti; Gabrielli, 2017, pp. 206 e ss.; Fici, 2002, pp. 168 e ss.; Barenghi, 2005, pp. 214 e ss., 216, 218 secondo il quale l'atto determinativo non ha natura negoziale, ma piuttosto si tratterebbe di una dichiarazione non negoziale di volontà, così come delineata da Panuccio, 1966, con conseguente applicabilità della disciplina dei vizi del consenso. Le dichiarazioni non negoziali di volontà sarebbero inoltre suscettibili per loro natura di revoca, integrazione e modifica; Guerinoni, 2007, p. 139.

²⁷ In Germania l'atto determinativo è considerato una dichiarazione recettizia, amorfa e irrevocabile, comunemente classificata tra i negozi giuridici: sul punto Barenghi, 2005, pp. 70-216.

²⁸ Gabrielli, 2017, p. 252, ivi riferimenti.

finalizzate a determinare l'oggetto di un contratto; a seconda dei casi può trattarsi di un'operazione puramente materiale, come per esempio nel caso in cui un geometra sia stato incaricato di effettuare una misurazione, un sorteggio, e così via, o viceversa di un'attività di tipo intellettuale, come per esempio stimare il prezzo di un prodotto. In entrambi i casi si tratta di attività esecutive di un incarico ricevuto, di compiere un'attività di tipo materiale o intellettuale; in altre parole l'arbitratore si limita ad adempiere l'incarico ricevuto. Ma proprio perché si tratta di un adempimento, quello che rileva non è tanto l'intenzione, o lo stato d'animo, o ancora la capacità effettiva di intendere o di volere dell'arbitratore; l'unica cosa che rileva è il risultato oggettivo raggiunto, vale a dire il contenuto della determinazione.

Se una persona da incarico ad un imbianchino di tinteggiare il suo appartamento, l'unica cosa che conta è l'esattezza dell'esecuzione, non sicuramente le modalità con cui ha avuto luogo l'adempimento, o il fatto che il prestatore d'opera fosse costantemente sotto l'effetto di sostanze alcoliche durante l'esecuzione. Un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito dell'arbitratore. Si consideri ancora che ai sensi dell'articolo 1389 c.c. non si richiede neppure che il rappresentante abbia la capacità di agire; è sufficiente che abbia la capacità di intendere e di volere; ne consegue che, a maggior ragione, in materia di arbitraggio nessuno impedisce di attribuire un incarico ad una persona minorenni, o addirittura ad un bambino, ove per esempio si tratti di effettuare un mero sorteggio, o ancora ad una persona incapace, o ad una persona molto anziana (Zuddas, 1992, p. 76); non si richiede inoltre che l'incaricato abbia una competenza specifica nel settore in cui deve aver luogo la determinazione; come per esempio nel caso in cui due contraenti decidano di deferire la determinazione del valore di un quadro ad una persona completamente a digiuno delle quotazioni delle opere d'arte, e così via. Ma se così stanno le cose, risulta evidente che l'attività dell'arbitratore nella misura in cui integra gli estremi dell'adempimento di un incarico ricevuto non può essere considerata un'attività dichiarativa, ma piuttosto un'attività di tipo materiale, conseguente l'adempimento di un contratto d'opera materiale o intellettuale.

In dottrina ci si è domandati se la figura del biancosegno sia compatibile con l'arbitraggio²⁹; se cioè le parti possano utilizzare la tecnica del biancosegno,

²⁹ Cass., 8 agosto 1990, n. 8010.

da compilarsi da parte di un terzo, per completare il contratto. In realtà nulla osta all'impiego di questa tecnica in materia contrattuale; in virtù della firma del foglio in bianco, le parti assumono inequivocabilmente l'impegno di far propria la determinazione dell'arbitratore (Zuddas, 1992, p. 64; Gabrielli, 2017, p. 191).

5. L'IMPUGNABILITÀ PER VIZI DEL CONSENSO

Ma se così stanno le cose è altresì possibile rispondere negativamente alla questione circa l'ammissibilità o meno di un'impugnazione della determinazione dell'arbitratore per incapacità e per vizi del consenso. Non trattandosi di un'attività di tipo dichiarativo, ma del mero compimento di un'attività materiale o intellettuale in adempimento dell'incarico ricevuto, ne consegue l'inammissibilità di un'impugnazione per incapacità o per vizi del consenso³⁰.

In materia di arbitraggio l'unica cosa che conta è il risultato oggettivo raggiunto dall'arbitratore. Solo nel caso in cui la sua determinazione sia manifestamente iniqua o erronea è possibile procedere ad impugnazione. Tutto il resto non rileva, come per esempio il fatto che l'arbitratore ha commesso un errore, ma non tale da dar luogo ad una determinazione manifestamente iniqua o erronea; come pure non rileva il fatto che durante la determinazione fosse sotto l'effetto di bevande alcoliche, e così via. La giurisprudenza precisa ulteriormente che il contratto di conferimento di incarico professionale al terzo arbitratore non può essere risolto per inadempimento, tenuto conto del fatto che la determinazione dell'arbitratore è impugnabile solo nei casi previsti dalla legge³¹. In caso contrario si giungerebbe a stravolgere il sistema delineato dal legislatore, allargando le maglie delle possibilità di impugnazione; in palese contrasto con quanto specificamente disposto dal codice³².

³⁰ In senso contrario Barengi, 2005, p. 218; si vedano inoltre: T. Roma, 16 gennaio 1978, Temi rom., 1978, p. 136; T. Lanusei, 13 novembre 1989, Riv. giur. sarda, 1990, 448: «Poiché l'arbitratore non formula un giudizio né risolve una controversia e la sua determinazione integra un negozio giuridico, la stessa è soggetta non alle impugnazioni di carattere processuale di cui agli artt. 827 e ss. c.p.c., bensì ai rimedi che la legge sostanziale appresta contro i negozi nulli o annullabili, quali l'impugnazione per dolo, manifesto errore o violazione dei limiti del mandato». Si veda inoltre Bianca, 2000, pp. 336 e ss., il quale sebbene non qualifichi come negoziale la determinazione dell'arbitratore, ne ammette l'impugnabilità sotto vari profili.

³¹ Cass., 12 giugno 2014, n. 13379.

³² Così, Zuddas, 1992, p. 153.

6. L'ARBITRAGGIO DI PARTE

A notevoli discussioni ha dato la configurabilità di un arbitraggio di parte³³. La dottrina tradizionale (Guglielmucci, 1973, pp. 225-234) e così pure la giurisprudenza³⁴, per lo più lo escludeva, sulla base della considerazione che verrebbe meno la necessaria imparzialità della determinazione. In realtà la figura non deve essere demonizzata più di tanto; si consideri infatti che in altri ordinamenti, come per esempio in Germania, essa costituisce oggetto di una ben precisa disciplina legislativa (§ 315 BGB)³⁵. Analogamente dispone l'articolo 6.105 dei PECL (Antoniolli e Veneziano, 2005), nonché l'articolo 1164 cod. Nap., come riformato nel 2016 (Klesta, 2018, pp. 104 e ss.). La più recente dottrina, anche sulla base di un'accurata ricostruzione delle origini storiche dell'istituto³⁶, ha quindi rivalutato l'arbitraggio di parte, ritenendolo in linea di principio ammissibile³⁷. Del resto vi sono situazioni in cui la determinazione unilaterale e/o la variazione in corso di rapporto corrispondono ad esigenze di carattere oggettivo non altrimenti soddisfabili (Fici, 2002, pp. 55 e ss.; Barengi, 2005, p. 137).

³³ Albertario, 1926, p. 15; Guglielmucci, 1973, p. 225; Dalbosco, 1986, p. 91; Schlesinger, 1992, p. 18; Barengi, 1998; Barengi, 2001, p. 99; Barengi, 2005; Fici, 2002, p. 389; Fici, 2005, p. 54 e ss.; Gabrielli, 2017, pp. 236 e ss., ivi riferimenti; Guerinoni, 2007, pp. 166 e ss., ivi, riferimenti anche al *common law*, pp. 175 e ss.; Klesta, 2018, pp. 90-115, in partic. 104.

³⁴ Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, FP, 1975, I, 360; GI, 1976, I, 1, 697, con nota di Alpa, 1976, p. 902; Cass., 10 giugno 1982, n. 3529: «Il contratto preliminare deve contenere gli elementi essenziali atti ad individuare e a determinare l'oggetto e il contenuto del contratto definitivo. Pertanto, qualora venga omessa o resti incompleta l'indicazione dei suddetti elementi, e l'oggetto del preliminare non sia quindi determinato o determinabile, come prescrive l'articolo 1346 c.c. —al quale fine non può ritenersi sufficiente il riferimento al futuro accordo delle parti o alla futura scelta di una sola di loro— ne consegue la nullità del medesimo preliminare, ai sensi dell'articolo 1418 c.c.»; Barengi, 2005, pp. 136 e ss., ivi analisi della giurisprudenza tradizionale.

³⁵ Dalbosco, 1987, p. 328, in senso favorevole anche i codici più vicini al modello tedesco, come il codice greco (artt. 371, 372), il codice portoghese (articolo 400), il nuovo codice civile olandese del 1992, nonché lo UCC (open price term: articolo 2-305); lo esclude invece il codice spagnolo (articolo 1256 c.c.); aperture recenti anche da parte della giurisprudenza francese: sul punto: Barengi, 2005, pp. 18 e ss., 120.

³⁶ La rimessione della determinazione dell'oggetto all'equo apprezzamento era generalmente ammessa dal diritto giustiniano: Albertario, 1926, pp. 15 e ss.; Guglielmucci, 1973, pp. 225, 234.

³⁷ F. Gallo, 1970, p. 418; Zuddas, 1992, pp. 79 e ss.; Fici, 2005, pp. 13 e ss.; Barengi, 2005, pp. 13 e ss., il quale ricorda che già Domat si era espresso in senso favorevole; contrario era invece Pothier; già Domat aveva dunque fatto riferimento al giusto prezzo, ivi, 18; Ghestin, 1994, p. 533; Macario, 2006, pp. 1875-1877.

Si pensi per esempio al mandato, e più in generale ai rapporti di carattere fiduciario, alle gestioni patrimoniali e così via, con riferimento alle quali è lo stesso codice a contemplare la possibilità che il mandatario possa discostarsi dalle istruzioni ricevute in corso di rapporto, ove si verificano situazioni non previste e non sia possibile richiedere tempestivamente istruzioni (articolo 1711, 2° comma, c.c.) (Barenghi, 2005, p. 186); possibilità che è intesa come un vero e proprio dovere da parte della giurisprudenza³⁸. In altri casi la concessione di un potere unilaterale di determinazione e/o di variazione del contenuto del contratto può essere funzionale ad incentivare la conclusione del contratto da parte di soggetti avversi al rischio (Fici, 2002, p. 55). Si pensi per esempio al riconoscimento del potere unilaterale di determinare la quantità fornita nel contratto di somministrazione (articolo 1560, 2° comma, c.c.), subfornitura (articolo 6, 1° comma, l. 18 giugno 1998, 192), e così via. Ma si pensi ancora ad un contratto di mutuo in cui si sollevi il mutuante dal rischio della variazione del tasso di interesse consentendogli di scegliere in corso di rapporto tra tasso fisso e variabile. In materia di contratti bancari di conto corrente, il riconoscimento a favore della banca della possibilità di adeguare in modo unilaterale il tasso di interesse a quello praticato dalla BCE, soddisfa all'esigenza di consentire un rapido adeguamento di ogni singolo contratto alle condizioni di mercato; tenuto altresì conto di esigenze di uniformità dei contratti conclusi con i clienti, nonché ancora l'impraticabilità di contattare ogni singolo cliente per concordare singolarmente nuove condizioni di contratto; salva ovviamente la necessità di darne pronta comunicazione al cliente che ha a sua volta facoltà di recedere dal contratto (articolo 33, 4° e 5° comma, cdc). Un altro settore ancora è quello dei contratti di distribuzione (franchising, concessione di vendita e così via), in cui il potere unilaterale del concedente di determinare e/o modificare in corso di rapporto, le modalità di presentazione dei prodotti, della vendita e così via, si giustifica con esigenze di armonizzazione dei vari punti vendita affiliati (Arrunada, Garicano e Vazquez, 2001, p. 257).

Numerosi sono del resto i casi in cui è lo stesso legislatore a prevedere poteri di determinazione e/o di modificazione unilaterale del contratto (Barenghi, 2005, pp. 183 e ss.), come per esempio in materia di legato (articolo 632 c.c.);

³⁸ Cass., 11 dicembre 1995, n. 12647, GI, 1997, I, 1, 518; FI, 1996, I, 544; GC, 1996, I, 1703; Contr., 1996, 248; RDCo, 1996, II, 177; Danno e resp., 1996, 183; Cass., 5 maggio 1998, n. 4486, GC, 1999, I, 1147.

temine dell'adempimento (articolo 1183 c.c.); obbligazioni generiche (artt. 1178, 1179 c.c.); obbligazioni alternative, dove la facoltà di scelta compete normalmente al debitore stesso (articolo 1286 c.c.); somministrazione (articolo 1560 c.c.); locazione (artt. 1577, 1583 c.c.); appalto (articolo 1661 c.c.); trasporto (artt. 1685, 1686, 1690 c.c.); mandato (articolo 1711 c.c.); spedizione (articolo 1739 c.c.); agenzia (articolo 1746 c.c.); deposito (articolo 1770 c.c.); apertura di credito (articolo 1844 c.c.); lavoro subordinato (articolo 2103 c.c.). Ma si pensi ancora ai casi di vendita di cose determinate solo nel genere, in cui parimenti l'individuazione viene solitamente fatta dal venditore stesso (articolo 1378 c.c.); può ancora essere interessante ricordare che è configurabile una vendita generica anche in materia di beni immobili, per esempio area di parcheggio, appartamento, da scegliersi da parte del venditore³⁹ o del compratore⁴⁰. Ma si pensi ancora all'opzione, la quale consente ad una parte di decidere in modo unilaterale addirittura se concludere o non concludere il contratto (Barenghi, 2005, p. 183); un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito della proposta irrevocabile; per converso il recesso consente ad una parte di decidere, sempre in modo unilaterale, se porre fine o meno al vincolo contrattuale (Fici, 2002, p. 193).

Frequenti sono le clausole che prevedono la variazione o la rinegoziazione dell'accordo in seguito al verificarsi di certe condizioni in materia di contratti conclusi con la pubblica amministrazione⁴¹. In alcuni casi il ricorso alla

³⁹ Cass., 29 luglio 1983, n. 5225: «Il contratto con cui le parti convengono di trasferire una determinata estensione immobiliare (nella specie, un posto macchina aperto) considerata come fungibile, da distaccarsi ad opera del venditore da una entità di maggiori dimensioni [...]»; Cass., 4 febbraio 1992, n. 1194.

⁴⁰ Cass., 18 gennaio 1983, n. 462, GC, 1983, I, 2007.

⁴¹ Tar Lazio, 8 luglio 2002, n. 6175, Riv. amm., 2002, 1102; Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, GC, 2003, I, 1141; Cons. Stato, 25 marzo 2003, n. 1544, Foro amm. CDS, 2003, 924; Tar Emilia Romagna, 8 maggio 2003, n. 549: «Nell'ambito di una gare d'appalto per la fornitura di farmaci il divieto di rinegoziazione non può valere allorquando l'amministrazione appaltante si avvalga di una clausola della lettera di incito [...] in cui sia chiaramente prevista la facoltà (cd. ius variandi) di modificare il prezzo dell'appalto (in positivo o in negativo), in caso di nuove disposizioni (nella specie in materia tariffaria) da parte dell'autorità»; Cons. Stato, 11 maggio 2004, 2969, Dir. e giust., 2004, 109; Foro amm CDS, 2004, 1425: «L'uscita sul mercato di un farmaco generico, resa possibile dalla scadenza del brevetto farmaceutico, rappresenta un evento che si ripercuote immediatamente sul valore del bene, che passa da un regime di esclusiva a quello di libero mercato. Ne consegue che la clausola che attribuisce al fornitore la scelta se ricondurre il prezzo della fornitura al nuovo prezzo di mercato o di recedere dall'obbligo di continuare a fornire il prodotto al nuovo prezzo, è legittima in quanto non determina un obbligo a rinegoziare

determinazione unilaterale è viceversa escluso (articolo 33, 2° comma, lett., c.d.c.⁴²; articolo 6, l. 18 giugno 1998, 192), o fortemente limitato (artt. 1661, 1938 c.c.), per esigenze di tutela nei confronti di categorie, come per esempio i consumatori, considerate deboli.

Dubbi residuano semmai in ordine ai limiti di ammissibilità dell'arbitraggio di parte; secondo alcuni autori non vi sarebbero limiti di sorta, con conseguente ammissibilità anche di un arbitraggio di parte rimesso al mero arbitrio⁴³. In realtà sembra preferibile limitare l'arbitraggio di parte ai soli casi di equo apprezzamento⁴⁴. In caso contrario potrebbe risultare valida anche la clausola in virtù del quale «ti vendo il bene x al prezzo che tu vorrai», o ancora «ti loco l'appartamento al prezzo che tu riterrai opportuno» e così via (Scognamiglio, 1972, p. 91; Realmonte, 2000, p. 58). Il che non soddisfa ai requisiti di determinatezza dell'oggetto del contratto, sottoponendo il contraente al mero arbitrio della controparte. In questi termini può considerarsi valida anche la clausola, diffusa specie nei contratti di acquisto di beni prodotti in serie come per esempio le automobili, che fa rinvio al prezzo in vigore al tempo della consegna⁴⁵.

La Corte di Cassazione ha così ritenuto valida la vendita di un lotto di terreno da individuarsi da parte del compratore in un più ampio appezzamento⁴⁶; ha inoltre ritenuto valide le clausole di determinazione unilaterale anche

i prezzi in precedenza pattuiti, ma rappresenta un sistema di adeguamento del prezzo alla nuova realtà di mercato».

⁴² In materia di contratti dei consumatori si vedano in particolare T. Roma, 21 gennaio 2000, BBTC, 2000, II, 207; Giur. comm., 2000, II, 21; Corr. giur., 2000, 496; FI, 2000, I, 2045; GI, 2000, 1847; NGCC, 2000, I, 473: «Sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori che —anche in forma di uan clausola di indicizzazione— attribuiscono alla banca il potere unilaterale di modificare le condizioni economiche del rapporto senza obbligo di immediata comunicazione al cliente, e le clausole che attribuiscono alla banca il potere di modificare unilateralmente le condizioni giuridico normative del rapporto nei contratti a tempo indeterminato anche in assenza di un giustificato motivo. Non rappresenta riferimento ad un giustificato motivo il generico rinvio alle proprie necessità organizzative»; A. Roma, 24 settembre 2002, GI, 2003, 904.

⁴³ Zuddas, 1992, pp. 79 e ss.; in questo senso si veda anche il § 315 BGB.

⁴⁴ F. Gallo, 1970, p. 418; Barengi, 2005, pp. 16, 137 e ss., 141, 143, 148, 155, 159; Fici, 2002; in questo senso si veda già A. Genova, 9 novembre 1928, Temi gen., 1928, p. 393.

⁴⁵ In senso contrario: Guglielmucci, 1973, pp. 225-234; in senso favorevole: Dalbosco, 1987, pp. 91-94, ivi, altresì una approfondita analisi della questione nel diritto tedesco.

⁴⁶ Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, GC, 1979, n. 367: «[...] vendita di terreni che debbano successivamente essere distaccati, a scelta del compratore, da maggior consistenza di proprietà del venditore [...]»; si veda però anche: Cass., 12 luglio 2000, n. 9235.

in altre occasioni⁴⁷. La Corte di Cassazione ha viceversa ritenuta nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola di un contratto di agenzia che prevedeva che il preponente potesse modificare unilateralmente, ed in modo del tutto arbitrario, le tariffe provvisionali⁴⁸. Si è inoltre ritenuta nulla la clausola penale che prevede la determinazione della penale da parte del contraente a cui favore è posta⁴⁹.

Ove pertanto si ritenga ammissibile l'arbitraggio di parte nei limiti dell'equo apprezzamento, ne consegue che nei casi di mancata determinazione della parte, o di determinazione manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è effettuata dal giudice con equo apprezzamento (arg. ex articolo 1349, 1° comma, c.c., articolo 6.105 PECL)⁵⁰.

Compete quindi alle parti indicare eventuali meccanismi sostitutivi od integrativi; in caso contrario provvederà il giudice⁵¹. Se infatti le parti hanno fatto riferimento ad un parametro oggettivo, l'equo apprezzamento, l'equilibrio tra le prestazioni, e così via, è indifferente il soggetto che in concreto effettua la determinazione. Salvo ancora il diritto di recesso della

⁴⁷ T. Venezia, 21 luglio 1992, GI, 1993, I, 2, 680: «Il familiare di un anziano cronico non autosufficiente è tenuto a pagare la retta di ricovero in istituto, ove se ne sia assunto l'obbligo con specifica convenzione, ancorché la determinazione della prestazione e delle sue modificazioni (aumenti di rette) sia rimessa alla volontà unilaterale dell'istituto»; Cass., 10 maggio 1997, n. 4088, Soc., 1997, n. 706; Vita not., 1997, 821, 1372: «[...] inoltre non comporta rimessione del contenuto della prestazione all'arbitrio di una delle parti contraenti, la previsione contrattuale che [...] affida la determinazione del corrispettivo dovuto [...] al consiglio di amministrazione [...]».

⁴⁸ Cass., sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, GC, 1998, I, 2889, con nota di Pagliantini, Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modifica unilaterale del contratto? ; Contr., 1998, 255, con nota di Lener, Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori; analogamente in un caso di modificabilità unilaterale dell'entità del canone: Cass., 12 aprile 2002, n. 5281, Dir. E Giur., 2002, 70; Fici, 2002, p. 170.

⁴⁹ P. Putignano, 2 aprile 1990, Giur. merito, 1992, p. 75.

⁵⁰ Fici, 2002, pp. 58 e ss., 200 e ss., il quale considera l'articolo 1349 c.c. espressione di una logica generalizzabile a tutti i casi di determinazione di un contratto, originariamente, o successivamente incompleto, ivi 167; in senso conforme Barenghi, 2005, pp. 208 e ss., secondo il quale è essenziale che vi siano meccanismi di integrazione in caso di mancata determinazione o di correzione in caso di cattiva determinazione.

⁵¹ Barenghi, 2005, pp. 208 e ss., indica più alternative: a) determinazione da parte dello svantaggiato; b) determinazione da parte di un e terzo nominato dal giudice; c) determinazione da parte del giudice stesso (arg. ex artt. 1287, 1349, 1474 c.c.).

controparte, come per esempio in materia di contratti bancari (articolo 33, 4° comma, cdc).

7. LO JUS VARIANDI UNILATERALE

Un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito dello jus variandi unilaterale, un tempo considerato con sospetto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza⁵², in quanto considerato derogatorio rispetto al carattere normalmente bilaterale dell'accordo (artt. 1321, 1372 c.c.)⁵³. In realtà i casi in cui è lo stesso legislatore a disciplinare ipotesi di variazione unilaterale del contratto sono numerose, specie in ambito bancario; significative applicazioni sono inoltre previste anche in materia di diritto del lavoro (articolo 2103 c.c.)⁵⁴. Ai sensi degli artt. 117 e 118 tub, nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo⁵⁵. Qualunque modifica unilaterale deve essere comunicata usando la formula «proposta di modifica unilaterale del contratto», con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente⁵⁶. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni⁵⁷. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente

⁵² Cass., 28 gennaio 1975, n. 339, Arch. civ., 1975, 363: «La clausola dell'atto convenzionale di una concessione contratto, con la quale il concessionario accetti preventivamente le eventuali variazioni della misura del canone che, in pendenza della concessione, siano disposte dall'amministrazione concedente, è nulla ai sensi degli artt. 1418 e 1346 del codice civile, non essendo la modifica della prestazione né determinata né determinabile secondo criteri prestabiliti».

⁵³ Rescio, 1987, p. 98; Schlesinger, 1992, p. 18; Costanza, 1992, p. 320; Bussoletti, 1994, p. 465; Nivarra, 1996, p. 319; Nivarra, 2000, p. 465; Gaggero, 1996, p. 335; Gaggero, 1999; Pagliantini, 1998, p. 412; Gambini, 2000; Roppo, 2001, p. 139; A. M. Benedetti, 2002, pp. 437-462 e ss.; Fici, 2002, pp. 188 e ss., ivi riferimenti; Barengi, 2005; Guerinoni, 2007, pp. 171 e ss.; G. Iorio, 2008; Bochicchio, 2008, p. 1243; Sirena, 2010; Scarpello, 2012, p. 575; Pagliantini, 2012, p. 971; Capurro, 2013, pp. 1341-1378; M. Gambini, 2013, pp. 981-1014; Zoppini, 2016, pp. 136-153. Demogue y Jamin, 2013.

⁵⁴ Cass., 24 marzo 2010, n. 7045, NGCC, 2010, I, 1057, con nota di Marra, Il carattere disciplinare del trasferimento e del licenziamento ancora una volta al vaglio della Supr. Corte.

⁵⁵ Cass., 18 giugno 1992, n. 7547, occorre inoltre che la clausola indichi i presupposti per l'esercizio dello ius variandi, pena la sua indeterminabilità ai sensi dell'articolo 1346 c.c.; Scarpello, 2012b, pp. 232 e ss.

⁵⁶ T. Taranto, ord. 11 marzo 2013, NGCC, 2014, I, 1, con nota di Alvisi.

⁵⁷ T. Mondovì, 22 marzo 2010, NGCC, 2010, I, 960, con nota di Bontempi, Quando la giurisprudenza in tema di anatocismo bancario si ritorce contro il cliente.

articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente⁵⁸. Analogamente dispone l'articolo 33, 4° e 5° comma, cdc, in materia di contratti finanziari⁵⁹. Anche in materia di contratti turistici l'articolo 91 cdc disciplina espressamente la possibilità che l'operatore turistico modifichi le condizioni del contratto, dandone comunicazione in modo tempestivo al cliente prima della partenza, salvo il diritto di recesso a favore di quest'ultimo. In questo modo la variazione unilaterale viene ricondotta nell'alveo del contratto; la variazione non costituisce dunque esercizio di un diritto potestativo unilaterale, ma piuttosto di una variazione concordata, ancorché ai fini dell'accettazione sia sufficiente il mancato rifiuto (articolo 1333 c.c.) (Azzarri, 2015, pp. 615-629, in partic. 622).

Un discorso diverso deve essere fatto in materia di contratti del consumatore (articolo 33, 2° comma, cdc, lett. m ed n), e di subfornitura (articolo 6 l. 18 giugno 1998, 192) (Bortolotti, 1999), dove le variazioni unilaterali sono considerate con estremo sospetto; non è peraltro considerato tale il mero adeguamento di una tariffa sulla base di una clausola di indicizzazione, con conseguente esclusione del diritto di recesso senza penali⁶⁰. Delicati problemi interpretativi possono sorgere in presenza di contrasti tra quanto previsto in generale dal Codice del consumo ed il Codice delle comunicazioni elettroniche. Per esempio ai sensi dell'articolo 33, 2° comma, lett. m, cdc, sono considerate vessatorie le clausole che consentono al professionista di modificare unilateralmente il contratto senza indicazione di un giustificato motivo; viceversa ai sensi dell'articolo 70, 4° comma, Codice delle comunicazioni elettroniche, non occorre indicare un giustificato motivo, salvo il diritto di recesso del consumatore in esito alla comunicazione di avvenuta

⁵⁸ Prima di essere modificato dall'articolo 10 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, il testo dell'articolo 118 tub era formulato in senso più favorevole alle banche e prevedeva che se nei contratti di durata è convenuta la possibilità per la banca di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli devono essere prontamente comunicate al cliente, il quale ha la facoltà di recedere dal contratto nei quindici giorni successivi al ricevimento della comunicazione stessa; Barenghi, 2005, pp. 138, 203 e ss.; T. Bari, 16 marzo 2005, n. 640; Cervini, Estinzione anticipata dei finanziamenti. Prime note alla luce del d.l. n. 223/2206 e del d.l.n. 7/2007, in NGCC, 2007, II, 346.

⁵⁹ Sui profili di vessatorietà di tali clausole nei contratti del consumatore: Cass., 10 settembre 2007, n. 19366, NGCC, 2008, I, 425, con nota di Rispoli, Incremento del prezzo, vessatorietà e diritto di recesso.

⁶⁰ Corte Giust. UE, 26 novembre 2015, NGCC, 2016, I, 696, con nota di Gabassi, Ius variandi, clausole di indicizzazione e recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche.

modifica del rapporto contrattuale. Il Tar del Lazio ha risolto la questione stabilendo che a fronte delle modifiche contrattuali introdotte dall'operatore economico, il ragionevole preavviso e il diritto di recesso rappresentano strumenti di tutela del consumatore alternativi e non cumulativi rispetto all'indicazione dei giustificati motivi⁶¹.

Notevole interesse riveste altresì l'articolo 80, l. 27 luglio 1978, 392, ai sensi del quale se il conduttore adibisce l'immobile ad un uso diverso da quello pattuito, il locatore può chiedere la risoluzione del contratto entro tre mesi; in caso contrario al contratto si applica il regime corrispondente all'uso effettivo dell'immobile; ne consegue che il silenzio del locatore viene interpretato come un implicito consenso alla modifica⁶², con decorrenza a far data dal decorso dei tre mesi previsti per l'impugnazione⁶³.

Secondo alcuni il potere di modificazione unilaterale dovrebbe sempre essere consentito, in quanto espressione di autonomia privata; secondo altri, la bilateralità dovrebbe essere riferita solo all'an e non anche al quantum del contratto⁶⁴. In realtà non sussistono differenze a seconda che si tratti di determinazione originaria, o di variazione successiva del contenuto del contratto (Fici, 2002, p. 193). La variazione unilaterale può essere consentita, sempre che corrisponda ad oggettive esigenze di adeguamento del contratto alla sopravvenienza, ed abbia luogo con equo apprezzamento⁶⁵; con conseguente possibilità di ricorrere al giudice per la determinazione in caso di abuso dello jus variandi (arg. ex articolo 1349 c.c.; articolo 5.1.7, 2° comma, PICC; articolo 6.105 PECL) (Fici, 2002, pp. 219 e ss.).

⁶¹ Tar Lazio, 13 dicembre 2016, n. 12421, GI, 2017, 1079, con nota di Morlando, Ius variandi dell'utente tra Codice del consumo e Codice delle comunicazioni elettroniche.

⁶² Cass., 10 ottobre 2007, n. 21995, NGCC, 2008, I, 601, con nota di Maccari, Mutamento di destinazione d'uso e indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.

⁶³ Cass., 2 aprile 1997, n. 2868, VN, 1997, 857; Arch. locaz., 1997, 635; FI, 1997, I, 3201. Cass., 7 luglio 1997, n. 6145, FI, 1997, I, 3200; Arch. locaz., 1997, 798; Cass., 27 giugno 2002, n. 9356; Cass., 9 agosto 2007, n. 17494; nel senso della mera trasformazione del rapporto in corso e non della nascita di un novo rapporto: P. Milano, 16 giugno 1988, Arch. locaz., 1989, p. 148.

⁶⁴ La Rocca, 1997, p. 55; Fici, 2002, p. 192, ivi riferimenti.

⁶⁵ Cass., 8 luglio 1976, n. 2584: «Non ha carattere oneroso, e perciò non deve essere approvata specificamente per iscritto, la clausola di una vendita a consegne ripartite, con cui il compratore si obbliga, per le consegne future, ad assoggettarsi ad eventuali aumenti di prezzo in relazione al variare della situazione di mercato»; sono viceversa nulle le clausole di variazione rimesse al mero arbitrio del proponente: Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, Dir. econ. assicur., 1999, 206, con nota di Savini, Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto; Fici, 2002, p. 194.

Più discutibile è se le parti possano escludere l'intervento del giudice; non lo consentono sia i PICC (articolo 5.1.7, 2° comma), sia i PECL (articolo 6.105)⁶⁶. Del resto è ormai acquisito che il recesso può integrare gli estremi dell'abuso⁶⁷; ne consegue che a maggior ragione anche una variazione unilaterale del contratto in contrasto con il principio di buona fede può costituire abuso (articolo 1375 c.c.)⁶⁸. In particolare può integrare gli estremi dell'abuso un esercizio dello *jus variandi* che non trovi giustificazione nella necessità di adeguare il contratto ad un oggettivo mutamento delle circostanze⁶⁹, con conseguente mutamento dell'equilibrio contrattuale originariamente fissato dalle parti. In base ad una seconda variante, il contratto, al fine di ridurre il rischio di abusi, potrebbe anche prevedere un corrispettivo per la modificazione unilaterale⁷⁰.

In alcuni casi il legislatore, ma un discorso comparabile può essere ripetuto per il contratto, prevede il diritto di recesso della controparte, previa comunicazione delle intervenute variazioni; si pensi in particolare ai contratti bancari ed ai contratti turistici. Nei casi di questo genere, il mancato esercizio del diritto di recesso implica in buona sostanza accettazione (articolo 1333 c.c.), con la conseguenza che la modifica del contratto può essere ricondotta nell'alveo della bilateralità⁷¹. Viceversa la mancata previsione del diritto di recesso, può integrare gli estremi della vessatorietà⁷². Se ne può concludere che la variazione unilaterale può essere ammessa negli stessi limiti in cui è

⁶⁶ In senso viceversa favorevole all'esclusione: Fici, 2002, pp. 224 e ss.

⁶⁷ Santoro, 1986, p. 766.

⁶⁸ I materia di fideiussione: Cass., 20 luglio 1989, n. 3386, FI, 1989, I, 2750, 3100; BBTC, 1989, II, 537; caso Fiuggi: Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, FI, 1995, I, 1296; GI, 1995, I, 1, 852; FICI, op. cit., 222 e ss, ivi riferimenti.

⁶⁹ Fici, 2002, p. 213.

⁷⁰ Fici, 2002, p. 221.

⁷¹ Fici, 2002, p. 195 ss, in particolare 196, 221; Lener, Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori, cit., secondo il quale la variazione unilaterale avrebbe il valore di una proposta, per la cui accettazione è sufficiente la prosecuzione del rapporto, salvo il diritto di recesso in caso di dissenso; T. Milano, 18 aprile 1986, BBTC, 1987, II, 94, con nota di Rescio, Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata.

⁷² Cass., 18 settembre 2007, n. 19366, FI, 2008, 1163; Cass., 21 maggio 2008, n. 13051, BBTC, 209, 667; Cass., 19 dicembre 2008, n. 29873, GC, 2009, 1879; Cass., 17 marzo 2010, n. 6481, FI, 2010, 2758; si veda inoltre: Corte giustizia CE, 26 aprile 2012, n. 472: «Se in un contratto è inserita una clausola che prevede una modifica unilaterale delle spese collegate a un servizio, non sono indicate le modalità di calcolo e il consumatore non può recedere, la clausola è abusiva»; diffusamente: Pagliantini, 2012, p. 971.

consentito l'arbitraggio di parte⁷³. In questi limiti lo jus variandi unilaterale può costituire un mezzo per gestire la sopravvenienza e consentire al contratto di seguire il passo delle trasformazioni della realtà⁷⁴.

BIBLIOGRAFIA

- Albertario, E. (1926). La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione. *RDCo*, I, 27 e ss.
- Benedetti, A.M. (2002). *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*. Torino: Giappichelli.
- Alpa-M, B. (1976). Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede. *Riv. not.*
- Antoniolli, L. & A. Veneziano (2005). *Principles of European Contract Law and Italian Law*. The Hague: Kluwer Law International.
- Arrunada, B.; Garicano, L. & L. Vazquez (2001). Contractual Allocation of Decision Rights and Incentives: The Case of Automobile Distribution. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 17(1).
- Ascarelli, T. (1952). *Arbitri ed abritratori. En Studi in tema di contratto*. Milano: A. Giuffrè.
- Azzarri, F. (2015). Il silenzio come accettazione. *NGCC*, II.
- Barengi, A. (1998). Note sull'arbitramento della parte. *EUI Working Papers in Law* 98(5) e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 65-92.
- Barengi, A. (2001). Determinabilità e determinazione unilaterale nel diritto dei contratti: appunti sul sistema nordamericano. *RDC*.
- Barengi, A. (2005). Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto. *Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno*, 55.
- Bianca, M. (2000). *Il contratto*. Seconda edizione. Milano: A. Giuffrè.
- Bochicchio, F. (2008). Modifica unilaterale dei contratti di gestione patrimoniale individuale. *CeI*.
- Bortolotti, F. (1999). *I contratti di subfornitura*. Milano: Padova.
- Bussoletti, M. (1994). La normativa sulla trasparenza: il jus variandi. *Dir. banca merc. fin.*

⁷³ Fici, 2002, p. 191.

⁷⁴ Cass., S.U., 25 gennaio 1985, n. 354.

- Capurro, T. (2013). La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto. *CeI*.
- Cervini, A. (2007). Estinzione anticipata dei finanziamenti. Prime note alla luce del d.l. 223/2206 e del d.l. 7/2007. *NGCC*.
- Criscuolo, F. (1995). *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*. Napoli.
- Costanza, M. (1992). Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo. En Draetta, U. & C. Vacca (cur.). *Inadempimento, adattamento, arbitrato*. Milano.
- Dalbosco, M.C. (1986). La Tagespreisklausel nell'esperienza giuridica tedesca. *RDC, I*.
- Dalbosco M.C. (1987). L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB. *RDC, II*.
- Demogue, R. & C. Jamin (2013). *Des modifications aux contrats per volonté unilatérale*. Paris: Parution.
- Fauceglia, G. (1982). Riflessioni sull'arbitraggio e sulla discrezionalità nel diritto privato. *Giur. mer.*
- Fici, A. (2002). Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (ius variandi). *RCDP*.
- Fici, A. (2005). *Il contratto incompleto*. Torino.
- Gabrielli, E. (2017). Perizia contrattuale, arbitraggio e impugnazione dell'apprezzamento del terzo. Cassazione civile, Sez. III, 28 giugno 2016, 13291. *Indici delle riviste di Diritto Tributario 2/2017*.
- Gaggero, P. (1996). *Il jus variandi del prestatore di servizi finanziari. Diritto privato*. Padova.
- Gaggero, P. (1999). *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*. Padova.
- Gallo, F. (1970). La dottrina di Procuo e quella di Paolo in tema di arbitraggio. *Studi in onore di Grosso. III*.
- Gambini, M. (2000). *Fondamento e limiti dello jus variandi*. Napoli.
- Gambini, M. (2013). Tolleranza e reazione rispetto alle modifiche unilaterali del contenuto del contratto. *Studi, II*.
- Gazzoni, F. (1991). La trascrizione immobiliare. *Comm. cod. civ.* Dir. da Schlesinger.
- Ghestin, J. (1994). Jean Domat e t le code civil francais. *Studi, I*.
- Guerinoni, E. (2007). *Incompletezza e completamento del contratto*. A. Giuffrè.
- Guglielmucci, L. (1973). La clausola prezzo in vigore al momento della consegna. *GI, IV*.
- Iorio, G. (2008). *Le clausole attributive dello jus variandi*. Milano.

- Klesta, L. (2018). La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della recente riforma francese. *RDC*, 64(1).
- La Rocca, G. (1997). Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici. *Banca impr. soc.*
- Macario, F. (2006). Adeguamento. En Rescigno (cur.), *I contratti in generale*. Seconda edizione. Torino.
- Maggiolo, M. (2012). Arbitraggio e transazione. *Osservatorio del diritto civile e commerciale*.
- Nivarra, L. (1996). *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*. Diritto privato, Padova.
- Nivarra, L. (2000). Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo. *RDC*, I.
- Pagliantini, S. (1998). Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato. *Studi Senesi*.
- Pagliantini, S. (2012). La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la cassazione (aspettando la Corte di Giustizia). *Scritti in onore di Barbiera*.
- Panuccio, V. (1966). *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*. Milano.
- Realmondo, F. (2000). Conclusione del contratto attraverso proposta e accettazione. Tratt. Dir. priv., *Dir. da Bessone*, XIII(II).
- Rescio, G.A. (1987). Clausole di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata. *BBTC*, II.
- Ricca Barberis, M. (1903). L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico. *Arch. giur.*
- Roppo, E. (2001). Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto. En Belvedere e Granelli (cur.), *Confini attuali dell'autonomia privata*.
- Santoro, G. (1986). L'abuso del diritto di recesso ad nutum. *CeI*.
- Scaduto, G. (1923). Gli arbitratori nel diritto privato. *Ann. sem. giur.*, XI.
- Scarpello, A. (1999). Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi. *NGCC*, I.
- Scarpello, A. (2010). *La modifica unilaterale del contratto*. Padova.
- Scarpello, A. (2012a). Il nuovo jus variandi della banca dopo la conversione del cd. decreto sviluppo. *CeI*.
- Scarpello, A. (2012b). La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normativa di settore e categorie generali civilistiche. *Contratto e Impresa*, I.

- Sirena, P. (2010). L'ius variandi della banca. *Studi, II*.
- Schlesinger, P. (1992). Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale. *G. com., I*.
- Scognamiglio, R. (1972). *Contratti in generale*. Terza edizione. Milano.
- Villa, G.(2001). La determinazione mediante arbitraggio. *Studium iuris*.
- Zoppini, A. (2016). Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai codici di settore (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche). *RDC*.
- Zuddas, G. (1992). *L'arbitraggio*. Napoli.