

L'ARBITRAGGIO SUL PREZZO *

1. Chi si domandi se alle parti di una compravendita sia oggi consentito, sulla base del diritto italiano, rimettere a un terzo o a una di loro l'individuazione del prezzo trova una prima risposta nell'art. 1473 cod. civ. Il suo comma iniziale stabilisce infatti che è in facoltà di quelle parti affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da scegliere posteriormente, mentre il comma successivo precisa che se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico o se le parti non si accordano per la sua nomina o sostituzione, la designazione può essere richiesta, dalla parte che vi abbia interesse, al presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto.

Muta in relazione alla clausola con cui il venditore e il compratore assegnino all'uno o all'altro il compito di quantificare il prezzo, la disciplina versata nell'art. 1473 nulla dice nemmeno con riguardo ai criteri ai quali deve attenersi il terzo nella determinazione del corrispettivo. E per giunta risulta addirittura contraddetta dall'art. 82 disp.

* Il contributo compare in *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio (Trani, 28-29 ottobre 2011)*. Atti, a cura di A. Lovato, Bari, 2013, 209 ss.

att. cod. civ., a tenore del cui primo comma «l'istanza per la nomina del terzo nei casi previsti dal secondo comma dell'art. 1473 del codice, qualora non vi sia giudizio in corso, si propone con ricorso al presidente del tribunale del luogo in cui deve eseguirsi la consegna della cosa a norma dell'art. 1510 del codice».

Rispetto a questa antinomia, originata dalla non necessaria coincidenza tra il luogo di conclusione della compravendita e il luogo di consegna della cosa, un'opinione propende per la prevalenza della disposizione di attuazione, in quanto di rango legislativo e più recente¹; un'altra opta invece per la soluzione opposta, facendo leva sul carattere regolamentare e quindi sostanzialmente secondario della stessa²; una terza, infine, attraverso un più articolato ragionamento, supera il contrasto, riconoscendo che la previsione dell'art. 82 entra in gioco soltanto quando la compravendita abbia a oggetto una cosa mobile³.

¹ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971², p. 254.

² Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita. Corso di diritto civile*, Torino, 2006⁵, p. 97; per la giurisprudenza, v. App. Torino, 24 marzo 1954, in *Giur. it.*, 1954, I.2, c. 297.

³ Cfr. P. GALLO, *Art. 1473 cod. civ. Determinazione del prezzo affidata a un terzo*, in *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, I.1, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 165; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, I, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1993², p. 526; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*,

ABSTRACT

Nel saggio è indagata la figura dell'arbitraggio sul prezzo di una compravendita, demandato a un terzo o a una delle parti, con riferimento al diritto italiano vigente e all'ordinamento romano. Un approfondimento è riservato anche all'istituto dell'arbitraggio in generale, soprattutto nel sistema attuale.

This essay, concerning the Italian legal system in force and ancient Roman Law, deals with the so called 'arbitraggio', that is the fact of one of the contracting parties or of a third person determining the sale-price. It also focuses on the general features of this institution, with particular attention to current legal system.

LUIGI GAROFALO
Professore ordinario di Diritto romano
Università degli studi di Padova
luigi.garofalo@unipd.it

Proprio l'art. 82, questa volta all'ultimo comma, detta una regola sulla quale giova indugiare, in quanto contribuisce a spiegare il contenuto normativo dell'art. 1473. Essa vuole che il giudice, chiamato alla designazione del terzo, scelga, «normalmente», una persona esperta iscritta in albi o elenchi o ruoli istituiti per legge. Sebbene liste ufficiali di arbitratori competenti nella determinazione dei prezzi continuino a mancare, la prescrizione rende nondimeno evidente la preferenza del legislatore per chi, dovendo indicare un corrispettivo, sia fornito di un'adeguata preparazione tecnica: ed ecco allora perché l'art. 1473 non permette al giudice, che un perito del settore non è, di intervenire nella definizione del prezzo quando il terzo, ricorrendo le ipotesi già ricordate, non vi proceda⁴. Diversamente, va aggiunto, da quanto prevede l'art. 1349 cod. civ. per

Napoli, 1992, pp. 195 s.; P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1981², pp. 112 ss. Una rapida rassegna dei diversi orientamenti sviluppatasi in materia si trova in F. MACARIO, P. QUARTICELLI, A. MASTROLITTO, *Il prezzo*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, VII.2, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2007, pp. 902 s., e in V. CAREDDA, *Art. 1473 cod. civ.*, in *Codice della vendita*, a cura di V. Buonocore e A. Luminoso, Milano, 2005², p. 335.

⁴ Cfr. M.C. TATARANO, *Art. 1473 cod. civ.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, IV.1, Roma – Napoli, 2010³, p. 1217; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 97.

l'arbitraggio in generale, giacché ai sensi del suo primo comma se manca la determinazione del terzo, tenuto a decidere con equo apprezzamento, essa «è fatta dal giudice»⁵.

2. Come accennato, l'art. 1473 non esplicita i criteri ai quali deve ispirarsi il terzo nell'espletamento dell'incarico conferitogli; e nemmeno dà indicazioni circa i rimedi esperibili dalle parti nel caso in cui la sua determinazione appaia inaccettabile. Sul punto soccorre però l'art. 1349, poc'anzi richiamato, secondo il concorde insegnamento della dottrina e della giurisprudenza⁶. Anche se, bisogna subito avvertire, restano

⁵ Per R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 99, il legislatore del 1942 bene avrebbe fatto a escludere la sostituzione diretta del giudice al terzo anche nell'ipotesi di arbitraggio con equo apprezzamento di cui al primo comma dell'art. 1349, poiché la determinazione dell'oggetto negoziale presuppone sempre, nel terzo chiamato a effettuarla, particolari competenze tecniche. Consonanti, al riguardo, sono M. MAGGIOLO, *Arbitraggio e transazione*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, p. 247, e P. GALLO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 165, per i quali la disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 1473 è anche più garantista per le parti, per cui andrebbe estesa in via interpretativa all'arbitraggio che cada su elementi della compravendita differenti dal prezzo o s'innesti in contratti diversi da questo, prevalendo sul disposto del primo comma dell'art. 1349.

⁶ Cfr. P. GALLO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., pp. 164 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*,

Nel tentativo di restituire piena coerenza al pensiero di quella giurisprudenza, si potrebbe allora sostenere, con Emilio Albertario, che i passi in cui si riconosce l'arbitraggio della parte siano stati interpolati da mani fortemente influenzate dall'etica cristiana⁵⁷; oppure, con David Daube, che a non essere genuino sia proprio il brano di Gaio collocato in D. 18.1.35.1, che i collaboratori di Giustiniano avrebbero modellato su un originale ben diversamente concepito, assoggettando alla stessa disciplina sanzionatoria tre ipotesi – quelle del compratore al quale il venditore dice *' quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum'* – che il giurista avrebbe invece considerato partitamente, in modo da preservare dalla nullità il contratto che vincolava il compratore all'utilizzo dell'*arbitrium boni viri* nella determinazione del prezzo⁵⁸.

Ma entrambe le tesi sono labili, iscrivendosi a pieno titolo nella tendenza, stigmatizzata da Talamanca, «ad attribuire ai bizantini quanto non sembra adeguato allo storico moderno»⁵⁹. Allo stato, non rimane allora che prendere atto dell'avversione dimostrata dallo spirito giuridico romano per l'arbitraggio sul prezzo affidato a una delle parti della compravendita.

⁵⁷ Cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 240 ss.

⁵⁸ Cfr. D. DAUBE, *Certainty of Price*, cit., pp. 21 ss.

⁵⁹ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 366, nt. 644.

garsi⁵⁵: sarebbe però bastato escludere l'operatività dell'*arbitrium merum*, per rendere sindacabile dal giudice un arbitraggio così poco rispettoso di quanto reclamava l'impiego dell'*arbitrium boni viri*. In sintonia, del resto, con l'insegnamento di Paolo di cui al già citato D. 19.2.24 pr.

Per giunta, proprio in seno alla giurisprudenza classica non mancava chi, con riferimento ad altri due contratti che davano luogo a giudizi di buona fede, la *locatio conductio* e la *societas*, ammetteva in qualche ipotesi l'arbitraggio della parte, imponendole ovviamente di comportarsi alla stregua del *bonus vir*⁵⁶: sicché non può non sorprendere l'univoca chiusura dei giuristi imperiali, fotografata da Gaio e approvata dai compilatori del Digesto, nei confronti dell'arbitraggio della parte sul prezzo.

e *'iusta aestimatio'*, in *BIDR*, XXXI, 1921, pp. 1 ss., e poi anche in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, pp. 404 ss., con una nota introduttiva di risposta ad alcune critiche.

⁵⁵ Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 254.

⁵⁶ Con riferimento alla locazione, già i formulari catoniani del II sec. a.C. conoscono casi di *adprobatio* dell'*opus locatum* da effettuarsi dalla parte in aderenza ai principi dell'*arbitrium boni viri*. Proprio a partire da questi precedenti si sviluppano le riflessioni in tema di arbitraggio della parte leggibili nei passi di Paolo in D. 17.2.77 e 19.2.24 pr., relativi alla *locatio conductio*, e nel brano di Pomponio in D. 17.2.6, concernente la *societas*. Sull'argomento cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., p. 33, ntt. 216 e 217; ID., voce *Società*, cit., p. 838; V. MANNINO, *Brevi notazioni*, cit., pp. 427 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 166 ss.; F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., p. 502, nt. 62.

controversi i limiti in cui si può attingere alla disciplina che vi è contemplata onde integrare quella che ha sede nell'art. 1473.

Stando alla prima, il soggetto al quale le parti di un qualsiasi contratto abbiano deferito la determinazione della prestazione deve provvedere con equo apprezzamento, salvo che le parti stesse abbiano voluto rimettersi al suo mero arbitrio (art. 1349, primo comma).

Milano, 2007, pp. 132 ss.; G. GIGLIOTTI, *Determinazione del prezzo affidata al terzo*, in *Compravendita e figure collegate*, a cura di P. Cendon, III, Torino, 2007, p. 331; F. MACARIO, P. QUARTICELLI, A. MASTROLITTO, *Il prezzo*, cit., p. 902; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 112; ID., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2004, p. 88; V. CAREDDA, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., pp. 330 ss.; E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ. Aggiornamento*, I, Torino, 2003, p. 125; ID., *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001, p. 176, nt. 24; G.B. FERRI, *La vendita, in Obbligazioni e contratti*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2000², pp. 503 e 523; F. GALGANO, voce *Vendita (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 489 s.; F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1993, p. 415; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 15 ss. e 191; P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 13 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 257; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, pp. 825 e 836. Per la giurisprudenza, v. Cass., 10 ottobre 1977, n. 4313, in *Rep. Giust. civ.*, 1977, voce *Vendita*, n. 79, e Cass., 5 ottobre 1963, n. 2632, in *Giur. it.*, 1964, I.1, c. 318.

Due sono quindi i criteri cui è alternativamente vincolato il terzo: quello dell'equo apprezzamento, tradizionalmente indicato con la formula *arbitrium boni viri*, e quello del mero arbitrio, che nella locuzione latina ancora in uso suona come *arbitrium merum*. Il primo, generale, obbliga il terzo a tenere in considerazione tutti gli elementi oggettivi a sua disposizione, tutte le circostanze del caso da lui conosciute o conoscibili, adeguando agli uni e alle altre la sua decisione, così che essa risulti il frutto di una valutazione ponderata, tipica della persona equilibrata e saggia; il secondo, speciale, e in quanto tale destinato a operare solo se le parti lo abbiano inequivocabilmente scelto, consente al terzo di procedere liberamente, sulla scorta di una scelta individuale, fermo restando il suo dovere di comportarsi con imparzialità, in modo che la determinazione cui perviene non sia piegata agli interessi di una sola delle parti⁷.

⁷ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II.1, Padova, 1993², p. 206, e, in giurisprudenza, Cass., 2 febbraio 1999, n. 858, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 229. Per un'analisi dei due criteri, cfr., tra i molti, M.S. CATALANO, *Le clausole di arbitraggio*, in *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2011, p. 791; F. CRISCUOLO, *Art. 1349 cod. civ.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., pp. 589 s.; ID., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, pp. 212 s.; E. GUERINONI, *Incompletezza*, cit., pp. 156 s.; G. FAUCEGLIA, *Arbitraggio e determinazione del valore della quota nella disciplina di recesso nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2787; M. FARNETI, *Equo apprezzamento e manifesta iniquità*

to, il negozio lo era perché – è da credere – sentito come privo di un elemento essenziale, costituito dal prezzo certo⁵³.

Per quali ragioni di ordine sostanziale la giurisprudenza classica abbia sviluppato una così accentuata ostilità verso l'arbitraggio della parte sul prezzo, nonostante gli sforzi ricostruttivi della letteratura a noi contemporanea, resta oscuro. Che il compratore, per stare al brano di Gaio e alla lettura che ne dà Reinhard Zimmermann, potesse fissare il prezzo in un ammontare irragionevole e del tutto sproporzionato, senza esporsi al rischio di subire quella rescissione del contratto che sarà introdotta tardi, con due costituzioni del 285 e del 293 d.C. accolte in C. 4.44.2 e in C. 4.44.8 – concepite peraltro solo a tutela del venditore di fondi che avesse ricevuto un corrispettivo inferiore alla metà del *iustum pretium*⁵⁴ –, non può ne-

romano, cit., p. 244; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., pp. 25 s.

⁵³ Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 254; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 141, nt. 3; C. LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 193 s.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 239 ss.

⁵⁴ Cfr. P. ZILLOTTO, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'*, in *Scambio e gratuità*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, pp. 407 ss. Sul *iustum pretium*, cfr. R. SCEVOLA, *'Venditio nummo uno'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, pp. 543 s. e nt. 87; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., pp. 367 s.; P. DE FRANCISCI, *'Iustum pretium'*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1955, pp. 211 ss.; E. ALBERTARIO, *'Iustum pretium'*

sempre da molto tempo⁴⁹, verosimilmente maturata con riguardo all'arbitraggio sul prezzo dell'uno o dell'altro contraente, ancorché il testo si occupi soltanto di quello del compratore⁵⁰. In base a essa, doveva dunque aversi per *imperfectum*, nel senso di nullo⁵¹, il negozio, quando le parti affidassero al compratore – ovvero, per quanto detto, al venditore – la determinazione del prezzo, quale che fosse il criterio da seguire per pervenirvi, a nulla rilevando che si trattasse dell'*arbitrium boni viri* o dell'*arbitrium merum*⁵². Nullo, d'altro can-

⁴⁹ Di «dottrina senza contrasti» parla E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 244, così come F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., p. 502, nt. 62. Divergente è l'opinione di D. DAUBE, *Certainty of Price*, cit., p. 21, e di G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 181, secondo il quale «il *constat*, se si ha riguardo alla progressione dei problemi dibattuti, non direbbe molto».

⁵⁰ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., p. 33, nt. 217.

⁵¹ Cfr. A. TORRENT, '*Pretium certum*', cit., p. 99; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 366 e nt. 644; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 254; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 141; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 181; L. ARU, *Studi sul 'negotium imperfectum'*, in *Arch. Giur.*, CXXIV, 1940, pp. 4 ss. e 52 s.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 244; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., pp. 25 s. e nt. 1; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, II, cit., pp. 347 s. Di parere diverso sono, tra gli altri, D. DAUBE, *Certainty of Price*, cit., p. 21, e B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II (trad. it.), Torino, 1925, p. 386 e nt. 6.

⁵² Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 193 s.; L. ARU, *Studi*, cit., pp. 52 s.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto*

Mancando la statuizione del terzo e così pure quando questa vi sia, ma risulti manifestamente iniqua o erronea, il giudice si surroga all'arbitratore, purché il criterio preso a riferimento fosse quello dell'equo apprezzamento (art. 1349, primo comma). Venendo in rilievo l'altro, cioè quello del mero arbitrio, in assenza della determinazione del terzo e di un accordo delle parti per sostituirlo, il contratto è nullo. E in presenza della determinazione, la sua impugnazione è ammessa

dell'arbitraggio, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 321 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2005, p. 1192; ID., *L'oggetto del contratto*, cit., pp. 231 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, pp. 131 ss.; G. VILLA, *La determinazione mediante arbitraggio*, in *Studium Iuris*, 2001, pp. 850 e 856 s.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 121 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1970, pp. 390 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, pp. 56 ss.; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., pp. 829 e 831 s.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *AUPA*, XI, 1923, pp. 56 s. Si sofferma sulla distinzione tra *arbitrium boni viri* e *arbitrium merum* Trib. Catania, 9 gennaio 2003, n. 36, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 40. Confermano che, qualora sussista incertezza sul criterio attraverso il quale il terzo deve procedere alla determinazione, costui è tenuto a pronunciarsi secondo equo apprezzamento, tra le altre sentenze, Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, c. 482, e Trib. Isernia, 20 gennaio 2010, n. 65, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2147.

solo ove ricorra ed emerga in giudizio la mala fede dell'arbitratore (art. 1349, secondo comma).

Manifestamente iniqua sarà la decisione che urta con i parametri di ragionevolezza, di equilibrio e di proporzione ai quali avrebbe dovuto informarsi il terzo chiamato ad agire quale *bonus vir*, senza che assumano importanza i suoi stati soggettivi, sia pure di dolo o colpa; manifestamente erronea dovrà invece considerarsi la decisione fondata su un vaglio degli elementi di fatto o dei dati tecnici gravemente incongruo, tanto da essere percepibile a prima vista e con sicurezza. Quanto alla mala fede dell'arbitratore, ovvero all'intenzionale parzialità a favore di uno dei contraenti di costui, la relativa prova sarà raggiunta dimostrando che egli ha voluto avvantaggiare una parte a danno dell'altra, non anche che ha violato canoni oggettivi di valutazione, dal momento che la sua decisione resiste pur quando non sia rispondente ai principi dell'equità o non vada esente da errori. Una volta demolita dal giudice in quanto assunta in mala fede, allo stesso sarà precluso sostituirsi all'arbitratore⁸.

Orbene, se si torna all'art. 1473 e lo si legge, com'è doveroso, alla luce dell'art. 1349, è gioco-forza ammettere che l'arbitratore di cui parla il

⁸ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 395; F. SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorario di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 782; M. VASSETTI, voce *Arbitraggio*, cit., p. 833.

nuale: ma non per questo dobbiamo supporre che esso si sia mantenuto vivo lungo tutta l'età classica e postclassica, all'opposto di quanto abbiamo ipotizzato mettendo a frutto C. 4.38.15. Per il resto, il brano riferisce fedelmente buona parte del contenuto della costituzione.

5. Sembra invece che i *prudentes* compattamente ritenessero inammissibile l'arbitraggio della parte sul prezzo. Giustiniano, come sottolinea Talamanca, non ricorda alcuna controversia al proposito e Gaio, silente sul punto nelle *Istituzioni*, nel decimo libro del commento all'editto provinciale non ha dubbi circa la radicale invalidità della compravendita che lasci al compratore la fissazione del corrispettivo⁴⁸. Le sue parole, confluite in D. 18.1.35.1, suonano così:

Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: ' quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum'.

L'*illud constat* iniziale dà l'impressione che Gaio si rifaccia a un'opinione pacifica, se non da

⁴⁸ Cfr. M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., p. 89, nt. 300; A. TORRENT, *'Pretium certum'*, cit., p. 85; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 141; C. LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 193 s.

Anche in questo luogo delle *Istituzioni* di Giustiniano, merita ora precisare, si fa riferimento alla decisione da lui assunta nel 530 d.C. Ecco infatti quanto vi si legge.

Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet. Alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptio: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio 'quanti ille aestimaverit', sub hac condicione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. Quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.

Qui, come subito si nota, è evocato il contrasto di opinioni menzionato da Gaio nel suo ma-

primo debba procedere con equo apprezzamento, ma possa anche, qualora le parti si accordino in questo senso, pronunciarsi sulla base del mero arbitrio.

La dottrina dominante, convinta di ciò, ha peraltro cura di precisare che nel caso in cui manchi, per qualunque ragione, la determinazione lasciata al mero arbitrio di un terzo già individuato dalle parti e queste non provvedano alla sua sostituzione, si applica il secondo comma dell'art. 1349, con conseguente nullità del contratto, e non il secondo comma dell'art. 1473, che affiderebbe al presidente del tribunale competente la nuova nomina, preservando così dall'invalidità il negozio. Osta, al prevalere di questa norma, il rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra i contraenti e il terzo in questione, per cui solo essi possono sceglierlo, in ragione di considerazioni attinenti a capacità di natura strettamente personale e dunque infungibili⁹. Donde, per lo stesso ragionamento, la nullità della compravendita che preveda l'arbitraggio sul prezzo a opera di un terzo libero di decidere alla stregua del mero arbitrio e da eleggere posteriormente al

⁹ Cfr. P. GALLO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 164; G.B. FERRI, *La vendita*, cit., p. 523; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 191 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 247 e 253; R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 99.

contratto, quando le parti non si accordino per la sua nomina¹⁰.

Vi è, però, anche chi pensa diversamente e tra le due norme in parola ritiene cedevole quella contenuta nel secondo comma dell'art. 1349, sul presupposto del suo carattere eccezionale, in quanto, sancendo la nullità del contratto allorché difetti la determinazione rimessa al mero arbitrio di un terzo già designato e le parti non procedano alla sua sostituzione – o, implicitamente, allorché le parti non procedano all'individuazione del terzo chiamato a decidere sul fondamento del mero arbitrio –, derogherebbe al principio di conservazione dei negozi. A seguire questa tesi, dunque, il compratore e il venditore potrebbero accordarsi per un arbitraggio sul prezzo sulla base dell'equo apprezzamento o del mero arbitrio, a loro preferenza, e, indipendentemente dal criterio prescelto, godrebbero della facoltà, assicurata a entrambi dal secondo comma dell'art. 1473, di rivolgersi al giudice per ottenere la nomina o la sostituzione del terzo¹¹. Resta tuttavia incerto se il terzo iden-

¹⁰ Cfr. P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, cit., pp. 112 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 257, il quale ritiene più corretto parlare di risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

¹¹ Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010², p. 588; A.M. MUSY, S. FERRERI, *I singoli contratti. La vendita*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, pp. 295 s., per i quali ammettere in ogni caso la nomina da parte del presidente del tribunale significa rispondere all'esigenza della circolazione dei beni; C.M.

della *fides bona*, come fatto all'*arbitrium boni viri*⁴⁶: sicché le parti non potevano mai contare su una determinazione altrui sottratta al controllo del giudice. Del resto, afferma persuasivamente Talamanca, «nel sistema contrattuale romano non è mai attestata la rilevanza di un *arbitrium merum*, configurato alla stregua di quello dell'*arbitrator ex compromisso*, come esemplificato in Proc. 5 *epist.*, D. 17.2.76; né si hanno di tale rilevanza indizi consistenti sia in C. 4.38.15, sia in I. 3.23.1»⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., pp. 417 ss. V. inoltre, nello stesso senso, G. BUGLIANI, *Arbitrato ed arbitraggio*, cit., pp. 383 ss.; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, cit., p. 928.

⁴⁷ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367. Per l'autore – che così si esprime in *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, p. 24 e nt. 58, e poi voce *Obbligazioni*, cit., p. 34, nt. 220, e ancora voce *Società (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 837 ss. – in D. 17.2.76 vengono contrapposti non già i due criteri astrattamente utilizzabili dall'arbitratore, e cioè l'*arbitrium boni viri* e l'*arbitrium merum*, ma le due figure dell'arbitrato e dell'arbitraggio. E solo il risultato cui conduce quest'ultimo è sindacabile dal giudice se in contrasto con i canoni di equità e correttezza. Ma vi è anche chi crede alla piena rilevanza dell'*arbitrium merum* nell'ambito contrattuale romano: per esempio, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1955, p. 412, il quale, riferendosi proprio alla determinazione del prezzo nella compravendita, afferma: «die Bestimmung kann einem Dritten überlassen sein, sei es seinem freien Ermessen oder dem eines redlichen Mannes (*arbitrium boni viri*)».

sarebbe retta sulla dichiarata violazione del canone che imponeva al terzo di stimare il corrispettivo con l'equo apprezzamento proprio del *bonus vir*⁴⁵.

Questo soltanto, va aggiunto, pare ammesso nei negozi protetti da giudizi di buona fede che prevedessero l'intervento di un terzo in qualità di arbitratore. Significativo, al riguardo, è che Paolo, in un frammento ospitato in D. 19.2.24 pr., enunci che *fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit*. Per cui l'eventuale rinvio all'*arbitrium* di un terzo, come nota Filippo Gallo a commento del passo ora citato, doveva essere necessariamente inteso, appunto in forza

revisione della pronuncia del terzo è condizionata ad una *manifesta iniquitas*».

⁴⁵ Per gli autori, citati nella nota precedente, convinti dell'intangibilità della decisione del terzo sul prezzo conseguente alla costituzione del 530 d.C., essa deriverebbe dal divieto sancitovi di indagare in ordine alla volontà dei contraenti al fine di stabilire se questi avessero inteso affidarsi a una *persona certa*, abilitata a procedere alla stregua del mero arbitrio, oppure a una persona vista quale strumento attuativo dell'*arbitrium boni viri*: per effetto di tale proibizione, secondo la loro tesi, Giustiniano avrebbe invero ricondotto al mero arbitrio la determinazione del terzo comunque nominato, così sottraendola sempre alla contestazione giudiziale. Seguono questa linea interpretativa, o almeno non ne sono distanti, A. TORRENT, *'Pretium certum'*, cit., p. 106; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, cit., pp. 561 ss.; F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., p. 499; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., p. 40.

tificato per questa via sia tenuto ad agire con equo apprezzamento anche quando il contratto opta per un arbitraggio imperniato sul mero arbitrio, considerato quello che si è in precedenza detto circa il legame di fiducia che non può mai mancare tra i contraenti e il terzo stesso.

Secondo un ultimo orientamento, il terzo cui fa riferimento l'art. 1473 sarebbe esclusivamente l'arbitratore che decide con equo apprezzamento, per cui alle parti di una compravendita sarebbe inibito rimettere al mero arbitrio di un altro soggetto la determinazione del prezzo. Proprio la previsione del secondo comma dell'art. 1473, che consente, nelle ipotesi lì delineate, di chiedere al giudice la nomina o la sostituzione del terzo, indurrebbe a presumere che costui sia sempre e necessariamente, per così dire, intercambiabile, appunto perché vincolato a decidere con equo apprezzamento. Lo stesso art. 1473, d'altro canto, presenterebbe una struttura speculare a quella

BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 525, il quale, tuttavia, riconosce che la dottrina dominante limita la sostituzione del terzo, ex art. 1473, secondo comma, al solo arbitraggio sul prezzo con equo apprezzamento. Per R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., pp. 98 s., stando all'interpretazione letterale del secondo comma dell'art. 1473, in presenza dell'istanza di una delle parti, il presidente del tribunale dovrebbe sempre procedere alla nomina del terzo: ma in questo modo, a suo avviso, scorrettamente si trascura che le parti, affidandosi al mero arbitrio di un soggetto determinato, hanno compiuto una scelta fondata sull'*intuitus personae*.

dell'art. 1349 – e quindi una disposizione volta a colpire di nullità la compravendita con determinazione del prezzo affidata al mero arbitrio di un terzo non individuato o, nel caso di sua inattività, non sostituito dalle parti –, se il legislatore, rispetto al prezzo di una compravendita, non avesse voluto bandire dall'ordinamento l'*arbitrium merum* del terzo e accogliervi il solo *arbitrium boni viri*¹².

Opportunamente, peraltro, la letteratura segnala che il terzo, quale che sia il criterio di guida, deve rispettare la funzione che il prezzo ha nella compravendita, non potendo certo trascurare la sua natura di corrispettivo o di controprestazione rispetto al trasferimento di proprietà della cosa o di un altro diritto¹³: corollario ne è che, se il terzo legittimato a operare sulla base del mero arbitrio quantifica il prezzo in una somma irrisoria o esosa, la parte penalizzata può impugnare la decisione, a prescindere dalla mala fede che vi sia eventualmente sottesa, della quale non dovrà comunque fornire la prova¹⁴; viceversa, eccettuato il caso in cui la mala fede del terzo in questione ricorra, nessuno dei contraenti può aggredirne l'arbitraggio sul prezzo che pur si palesi manife-

¹² Cfr. V. CAREDDA, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 332; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, pp. 177 ss.

¹³ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 524; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 193.

¹⁴ Cfr. A.M. MUSY, S. FERRERI, *La vendita*, cit., p. 296.

detto altrimenti, in quanto semplice veicolo di un apprezzamento equo⁴².

È allora ulteriormente arguibile che tra i *prudentes* del principato avanzato vi fosse chi, pensando a un arbitratore sul prezzo inerte, proponeva, non senza andare incontro a severe critiche, di salvare dalla nullità la vendita ove le parti avessero nominato un terzo da reputarsi fungibile ai loro occhi, perché vincolato a quantificare il corrispettivo sulla base dell'*arbitrium boni viri*, consentendo alle stesse di chiedere al giudice la determinazione mancante, da emettersi ovviamente sulla scorta del criterio in parola⁴³.

Non è invece desumibile, né dalla costituzione di Giustiniano esaminata né da altri testi giurisprudenziali o imperiali, l'insindacabilità in sede processuale della statuizione sul prezzo dell'arbitratore⁴⁴. La sua impugnazione, d'altro canto, si

⁴² Cfr. A. TORRENT, *'Pretium certum'*, cit., pp. 106 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367; G. SCADUTO, *Gli arbitratore*, cit., pp. 37 e 51; G. PACCHIONI, *'Arbitrium merum'*, cit., p. 372.

⁴³ Cfr. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola ' quanti Titius rem aestimaverit '*, cit., p. 123; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367, ntt. 649 e 650; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 1970, pp. 538 ss.

⁴⁴ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367. Di opposto avviso sono S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola ' quanti Titius rem aestimaverit '*, cit., pp. 121 s. e 141 s.; V. MANNINO, *Brevi notazioni*, cit., p. 438; G. SCADUTO, *Gli arbitratore*, cit., p. 36; G. PACCHIONI, *'Arbitrium merum'*, cit., pp. 372 ss. Per F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, cit., p. 928, «la

Dal momento che la decisione dell'imperatore viene collegata, in C. 4.38.15 pr., a una *magna dubitatio* di cui è detto che tormentava molti cultori dell'*antiqua prudentia* alle prese con la vendita munita della clausola di arbitraggio del terzo sul prezzo, ma non anche che investisse il profilo della validità di un negozio così concepito, sembra plausibile immaginare, d'intesa con Mario Talamanca, che in epoca posteriore a Gaio, ma già all'interno della letteratura classica, fosse andata prevalendo, fino a imporsi completamente o quasi, la tesi propugnata da Ofilio e Proculo e si continuasse invece a discutere della sorte del contratto nell'ipotesi di mancata determinazione del terzo e della facoltà delle parti di attivare l'intervento surrogatorio del giudice nel caso appena considerato: ossia proprio degli aspetti problematici risolti legislativamente da Giustiniano, che opta per la nullità della vendita, ancorandola all'assenza del prezzo in dipendenza del non avveramento della condizione – vista nella statuizione del terzo – cui il negozio è da ritenersi sospensivamente condizionato, e per l'insostituibilità dell'arbitratore a opera del giudice, nel senso che questi non avrebbe potuto stimare il prezzo al posto dell'altro, quand'anche scelto in ragione del criterio, l'*arbitrium boni viri*, al quale doveva ispirarsi o,

chiude con *sanctionem expellimus*. Ma la congettura è respinta da non pochi studiosi, tra i quali, recentemente, A. TORRENT, '*Pretium certum*', cit., pp. 109 s.

stamente iniquo o erroneo, quando la funzione del prezzo stesso sia salva¹⁵.

3. Nell'assenza di un'indicazione legislativa sul punto, è quanto mai dubbio che le parti di una compravendita possano rimettere a una di loro la determinazione del prezzo.

Già con riguardo all'art. 1349 è sostenibile, nel solco di un'impostazione teorica tuttora largamente condivisa, che esso, regolando il solo arbitraggio del terzo, abbia disconosciuto e reso quindi impraticabile quello della parte, sul presupposto che questa non offre le garanzie di imparzialità che assicura invece chi è estraneo al negozio e non è perciò portatore di interessi coinvolti nel medesimo¹⁶.

Privo, per tale ragione, di cittadinanza nel nostro ordinamento, l'arbitraggio della parte minerebbe comunque mortalmente il contratto che lo preveda ove a quella fosse consentito di decidere sulla base del mero arbitrio: esso, per taluni, sarebbe infatti nullo in virtù dell'art. 1418 cod. civ. per violazione dell'art. 1346 cod. civ., non potendosi reputare determinabile l'oggetto quando l'accordo ne affidi la specificazione a una parte, assoggettando così l'altra a una manifestazione di volontà che finisce per supplire *ex post* a una la-

¹⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 522.

¹⁶ Cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., pp. 54 ss.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., p. 132.

cuna genetica non colmabile¹⁷; mentre, per altri, sarebbe invalido alla stregua dell'art. 1355 cod. civ., il quale stabilisce che «è nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore»: proprio alla condizione meramente potestativa dovrebbe invero assimilarsi l'arbitraggio della parte munita della facoltà di agire con piena discrezionalità, giacché anche la sua pattuizione finisce per agganciare l'efficacia del negozio alla mera volontà di una parte¹⁸.

Vero è, peraltro, che si potrebbe capovolgere il ragionamento di partenza e asserire conseguen-

¹⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 2000², p. 338; F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., p. 418; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 361. Per la giurisprudenza, v. Cass., 10 giugno 1982, n. 3529, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, p. 1289; Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Giur. it.*, 1976, I.1, c. 1489; Cass., 28 gennaio 1975, n. 339, in *Arch. resp. civ.*, 1975, p. 363.

¹⁸ La qualificazione della clausola sull'arbitraggio della parte in termini di mera condizione potestativa, avanzata da L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 172 ss., e ripresa da G. GABRIELLI, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, pp. 699 ss., è al centro di Trib. Roma, 28 maggio 2002, un precedente rimasto inedito, attentamente esaminato da A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2005, p. 148, nt. 38. Critici rispetto a questa ricostruzione sono E. GUERINONI, *Incompletezza*, cit., p. 187, e G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 81 s.

to manca la definizione del prezzo: *pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto* (4.38.15.2)³⁹. Resta pertanto escluso che l'una o l'altra parte, nel caso considerato, possa agire in via contenziosa, onde ottenere dal giudice la statuizione cui non ha dato corso il terzo⁴⁰: senza che sia necessario verificare se il compratore e il venditore, rispetto al prezzo, abbiano inteso rimettersi a una *persona certa*, cioè a una persona scelta in quanto è una determinata persona, ovvero a una persona nominata solo perché facesse applicazione dell'*arbitrium boni viri* (4.38.15.2)⁴¹.

³⁹ Cfr. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola ' quanti Titius rem aestimaverit'*, cit., pp. 120 ss.; A. TORRENT, *' Pretium certum'*, cit., p. 105; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 254; G.P. SOLINAS, *A proposito dell' 'arbitrium boni viri'*, cit., p. 561; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, cit., pp. 927 s.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 238; G. SCADUTO, *Gli arbitratore*, cit., p. 37. Sulla nullità in generale, cfr. M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, XL-XLI, 1998-1999, pp. 10 ss.

⁴⁰ Cfr. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola ' quanti Titius rem aestimaverit'*, cit., pp. 121 s.

⁴¹ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367; ID., voce *Obbligazioni*, cit., p. 34, nt. 222; G. SCADUTO, *Gli arbitratore*, cit., pp. 35 ss. Secondo A. D'ORS, *C. 4.38.15 (530) interpolato per el mismo Iustiniano*, in *SDHI*, XXVI, 1960, pp. 327 s., il testo della costituzione a noi pervenuto non sarebbe quello autentico, che avrebbe subito un pesante rimaneggiamento in occasione del suo inserimento nel *Codex repetitae praelectionis* del 534 d.C., comportante anche l'aggiunta del periodo che si apre con *nulla coniectura* e si

noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus. 3. Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus.

Giustiniano si pronuncia dunque in questo senso: la vendita che contempla l'intervento di un terzo designato dai contraenti ai fini della determinazione del prezzo è valida, ma a condizione che costui assolve l'incarico conferitogli e fissa quindi il corrispettivo (4.38.15.1)³⁸. Conseguentemente, se l'arbitratore non vuole o non può stabilire il prezzo, la vendita non ricorre, in quan-

³⁸ Cfr. V. MANNINO, *Brevi notazioni*, cit., p. 437; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367; J.A.C. THOMAS, *'Marginalia'*, cit., p. 78; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, pp. 927 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 141; C. LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 193; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 158; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 238; G. SCADUTO, *Gli arbitratore*, cit., pp. 37 ss. Una disamina di non poche interpretazioni della costituzione avvicendatesi nel tempo si trova in M. RICCA-BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Arch. Giur.*, LXX, 1903, pp. 60 ss.

temente, sulla scia di un'esigua dottrina, che, in mancanza di un espresso divieto legislativo, l'arbitraggio della parte debba aversi per riconosciuto dal sistema vigente, tanto più che alla sua determinazione o all'omissione della stessa l'altra parte sarebbe legittimata a reagire in conformità alle indicazioni fornite dall'art. 1349, che sappiamo diverse a seconda del criterio di decisione rilevante nel caso di specie¹⁹. Né dovrebbe insospettire che, grazie all'arbitraggio in discorso, uno dei contraenti riesca a incidere sull'oggetto del negozio, se appena si ricorda che, ricorrendo la figura dell'obbligazione alternativa con facoltà di scelta attribuita al debitore (rilevante, al proposito, è l'art. 1286 cod. civ.), è costui a decidere quale delle prestazioni dedottevi adempiere²⁰.

¹⁹ Cfr. E. GUERINONI, *Incompletezza*, cit., pp. 183 ss.; A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, pp. 13 ss. e 55; A. BARENGHI, *Determinabilità*, cit., pp. 13 e 158; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 77 e 79 ss. In giurisprudenza, l'ammissibilità della determinazione dell'oggetto affidata al mero arbitrio della parte è stata negata da Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 338; Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 808; App. Napoli, 14 luglio 1951, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1256; Trib. Roma, 28 maggio 2002 (richiamato nella nota precedente); Trib. Venezia, 21 luglio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I.2, c. 690.

²⁰ Cfr. G. VILLA, *La determinazione mediante arbitraggio*, cit., p. 853; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 338; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit., pp. 343 s., che valorizza, oltre all'obbligazione alternativa, varie previsioni legislative in cui sono attribuite posizioni potestative a una delle parti.

Seguendo un terzo filone dottrinale, intermedio rispetto ai due presi in esame, si potrebbe inoltre ritenere ammesso l'arbitraggio della parte da condursi con equo apprezzamento e inammissibile quello fondato sull'*arbitrium merum*, sull'assunto che il primo vincola il contraente cui è demandata la decisione a una valutazione ponderata, da compiersi facendo applicazione delle regole di correttezza e buona fede e nel rispetto dei parametri oggettivi eventualmente concordati in sede negoziale, sindacabile nelle ipotesi previste nell'art. 1349, primo comma (al quale dovrebbe guardarsi anche nel caso in cui la determinazione della parte mancasse)²¹.

Ma non meno articolate sono le posizioni assunte dalla dottrina rispetto all'arbitraggio della parte sul prezzo alla luce del disposto dell'art. 1473.

Secondo una tesi, che continua a vantare un largo favore, ne sarebbe precluso l'ingresso nel nostro ordinamento, proprio perché non contemplato nel dettato legislativo testé richiamato, che viceversa disciplina l'arbitraggio del terzo sul prezzo, con ciò dimostrando di esigere un arbitra-

²¹ Cfr. F. DELFINI, *Opzioni put con prezzo determinato 'a consultivo', arbitraggio della parte e nullità*, in *Riv. dir. banc.*, settembre 2012, pp. 20 ss.; P. GALLO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 181 e nt. 80; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit., pp. 339 s. e 347; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 207 e nt. 96; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 361 s.; L. BARASSI, *La teoria*, cit., p. 170.

Niente è dato sapere in merito ai successivi sviluppi del dissidio tra giuristi registrato da Gaio, tranne quello che si può evincere in via retrospettiva da una costituzione di Giustiniano del 530 d.C., conservata in C. 4.38.15 e di seguito riprodotta: troncando autoritativamente ogni dubbio in materia, essa ha infatti indotto i compilatori del Digesto a pretermettere i brani dei classici relativi alla contesa in questione³⁷.

Super rebus venummandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. 1. Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat 'quanti ille aestimaverit', sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi factum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. 2. Sin autem ille vel

³⁷ Cfr. A. TORRENT, *'Pretium certum'*, cit., p. 105; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367, nt. 648; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri'*, cit., pp. 540 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 140 s.

dunque ad aderire alla congettura di qualche studioso moderno, che nelle parole di Gaio intravede l'opzione per il filone di pensiero che fa capo a Labeone³⁵. Né ricorrono elementi letterali idonei a giustificare un'altra illazione avanzata di recente, secondo la quale il dibattito ricordato da Gaio avrebbe riguardato la validità di una compravendita in cui a venire in rilievo fosse l'*arbitrium merum* del terzo scelto per determinare il prezzo, essendo pacificamente ammesso dai giuristi il patto che lasciava all'*arbitrium boni viri* di costui la decisione circa l'entità del corrispettivo³⁶.

classico tra diritto ed equità, in *Riv. arb.*, 2007, p. 379; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., pp. 366 s.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., pp. 25 e 30 s.

³⁵ Cfr. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola ' quanti Titius rem aestimaverit'*, cit., pp. 105 ss., il quale ricorda anche l'isolatissima opinione che vorrebbe Gaio accordato a Ofilio e Proculo, sul presupposto che il loro parere è riportato alla fine del brano; D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *ANRW*, II.15, Berlin – New York, 1976, p. 264; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, cit., p. 539; K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln – Graz, 1966, pp. 147 s.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 157.

³⁶ Cfr. V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, p. 436; G. PACCHIONI, *'Arbitrium merum'*, cit., p. 371.

tore non implicato nel negozio e perciò, almeno presumibilmente, neutrale²². Nulla sarebbe quindi la compravendita una cui clausola rimettesse a una delle parti la fissazione del prezzo; mentre valida essa sarebbe se, nulla dicendo in relazione al prezzo, il compratore accettasse il corrispettivo stabilito in via unilaterale dal venditore, essendo tale ipotesi parificabile a quella in cui le parti, in virtù di un patto inserito nel contratto, solo successivamente alla conclusione di questo concordassero l'ammontare del prezzo²³.

Per un'altra opinione, il terzo di cui parla l'art. 1473 sarebbe invece colui che è tale in senso puramente qualitativo, per cui anche la parte, ove tenuta a pronunciarsi sull'importo di una compravendita in base a criteri oggettivi o comunque sulla scorta dell'ineludibile apprezzamento equo del primo comma dell'art. 1349, potrebbe rivestire il ruolo di arbitratore sul prezzo²⁴.

²² Cfr., fra i molti, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 519 e nt. 11; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 76 ss.; P. GRECO, G. COTTINO, *Della Vendita*, cit., p. 111; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 253.

²³ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 246.

²⁴ Cfr. P. GALLO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 182; M.C. TATARANO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 1217, che definisce «tollerabile» la determinazione del prezzo della parte solo ove siano preindividuati nel negozio i criteri obiettivi ai quali essa deve attenersi, tali da scongiurare l'abuso a danno dell'altro contraente; G. GIGLIOTTI, *Determinazione*, cit., p. 339; F. MACARIO, P. QUARTICELLI, A. MASTROLITTO, *Il prezzo*, cit., p. 913 e nt. 54; A.M. MUSY,

A detta di qualche autore, infine, il compratore e il venditore potrebbero addirittura convenire di lasciare all'arbitrio mero dell'uno o dell'altro la determinazione del prezzo, non ostando a ciò il disposto dell'art. 1473 ed essendo comunque prevista dall'art. 1349, primo e secondo comma, invocabile sul punto, questa specie di arbitraggio. In mano alla parte, essa imporrebbe sempre un comportamento scevro da mala fede e rispettoso della funzione del prezzo²⁵.

Quanto alla giurisprudenza, i pochi precedenti che si rinvergono in materia bocciano quest'ultimo orientamento, facendo salva la determinazione del prezzo promanante dalla parte quando vincolata a criteri oggettivi stabiliti in sede negoziale. È perciò da ritenere che supererebbero lo scrutinio dei giudici taluni patti sviluppati nella prassi degli scambi commerciali, che, secondo la migliore dottrina, danno vita a un arbitraggio della parte sul prezzo o comunque a figure avvicinati al medesimo. Quali, per esempio, quelli che connotano la vendita *on call* o 'con prezzo a chiamare', ossia la vendita che prevede

S. FERRERI, *La vendita*, cit., p. 296; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 112; ID., *Vendita. Contratto estimatorio*, cit., p. 88; V. CAREDDA, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 329; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 238; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 519; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 196; ID., voce *Vendita*, cit., p. 490; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 80 e nt. 27.

²⁵ Cfr. G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 79 ss.

in cui il compratore e il venditore convengano che esso sia determinato da un terzo individuato di comune accordo, rammentando che secondo Labeone, la cui tesi era approvata da Cassio, il negozio tra loro intervenuto non ha valore, mentre lo ha per Ofilio, seguito sul punto da Proculo³².

Oltre a non svelare le ragioni addotte a sostegno dei contrapposti orientamenti, il testo, che li dà per attuali³³, nemmeno precisa a quale dei due accordasse la sua preferenza l'autore³⁴. Si fatica

Certainty of Price, in *Studies in the Roman Law of Sales. Dedicated to the Memory of F. De Zulueta*, Oxford, 1959, pp. 9 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1956², pp. 138 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Parte speciale. La compravendita*, Milano, 1944, pp. 192 ss.; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, II, *System des Kaufs nach gemeinem Recht*, Aalen, 1965 (rist. Erlangen 1884), pp. 146 ss. Sulla determinatezza o determinabilità della prestazione, come requisito indefettibile della stessa, cfr. almeno A. BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino, 2004⁴, pp. 564 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 517 s.; ID., voce *Obbligazioni*, cit., pp. 32 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., pp. 190 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 142 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 236 ss.

³² Cfr. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola ' quanti Titius rem aestimaverit ' nella riflessione dei giuristi romani*, in *RIDA*, LVIII, 2011, pp. 101 s.

³³ Cfr. S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola ' quanti Titius rem aestimaverit '*, cit., pp. 102 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 367; G. PACCHIONI, *' Arbitrium merum ' e ' arbitrium boni viri '*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 371.

³⁴ Cfr. G. BUGLIANI, *Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano*

opinioni confliggenti rispetto a questioni tutt'altro che marginali.

E proprio una di queste dispute interessa particolarmente qui, vertendo sulla validità di una compravendita che deferisse a un terzo la determinazione del prezzo. Di essa dà conto, purtroppo molto stringatamente, Gaio, in un passo delle *Istituzioni*, collocato in 3.140, che è opportuno riportare.

Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est.

Dopo aver detto che il prezzo di una compravendita deve essere certo³¹, Gaio indugia sul caso

³¹ Cfr. M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, pp. 84 ss.; A. TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem'*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995-1996, pp. 85 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 364 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, pp. 253 ss.; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'arbitrium boni viri*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, p. 540; J.A.C. THOMAS, *'Marginalia' on 'Certum Pretium'*, in *TR*, XXXV, 1967, pp. 77 ss.; D. DAUBE,

la consegna della merce e l'applicazione del prezzo medio vigente in una determinata piazza in un giorno che sarà scelto arbitrariamente dal venditore, racchiuso peraltro in certo intervallo di tempo; ovvero la vendita in cui a godere della speculare facoltà è il compratore, il quale può decidere la data alla quale guardare per l'individuazione della quotazione media della merce acquistata, ovviamente contenuta in un determinato lasso di tempo, quando i mercati di riferimento siano soggetti a frequenti fluttuazioni e aumenti improvvisi di valore, come avviene per quelli del cotone e dei cereali²⁶. Non dissimili da questi sono i patti inclusi nelle vendite 'con prezzo a scalare' e 'con prezzo circa', in virtù dei quali il venditore, se alcune voci di costo subiscano variazioni oggettive nella fase di esecuzione del contratto, può adeguare in modo proporzionale il prezzo e, rispettivamente, ove alterazioni dei mercati tali da incidere sul valore della merce sopravvengano alla conclusione del negozio, può modulare di conse-

²⁶ Sull'arbitraggio del venditore, cfr. M.C. TATARANO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 1217 e, in giurisprudenza, App. Palermo, 22 giugno 1955, in *Rep. Giur. it.*, 1955, voce *Vendita*, n. 52. Per quello del compratore, cfr. A.M. MUSY, S. FERRERI, *La vendita*, cit., p. 296; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 520 e nt. 17; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 259; P. GRECO, G. COTTINO, *Della Vendita*, cit., pp. 109 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 604; quanto alla giurisprudenza, v. Cass., 16 marzo 1961, n. 594, in *Foro it.*, 1962, I, c. 132.

guenza il prezzo²⁷; e infine i patti con i quali le parti di una compravendita convengono che il prezzo sia determinato *ex post* dal venditore, sulla base dei listini resi da lui pubblici al momento della consegna della merce e destinati a valere per la generalità dei clienti²⁸.

4. Il tema che abbiamo approfondito con riferimento all'odierno diritto italiano non era affatto sconosciuto all'interno dell'ordinamento romano. Anzi, ben si può dire che vi era ampiamente di-

²⁷ Per la vendita con 'prezzo a scalare', cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 516, e A.M. MUSY, S. FERRERI, *La vendita*, cit., p. 296; per la vendita con 'prezzo circa', v. M.C. TATARANO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 1217, e, in giurisprudenza, Cass., 8 luglio 1976, n. 2584, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 119.

²⁸ Cfr. P. GALLO, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 181 e nt. 82; F. MACARIO, P. QUARTICELLI, A. MASTROLITTO, *Il prezzo*, cit., pp. 913 s., nt. 55; V. CAREDDA, *Art. 1473 cod. civ.*, cit., p. 329; F. GALGANO, voce *Vendita*, cit., p. 490; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 519, nt. 13. Critico è L. GUGLIELMUCCI, *La clausola 'prezzo in vigore al momento della consegna'*, in *Giur. it.*, 1973, IV, c. 225, per il quale il contratto sarebbe nullo per indeterminabilità del prezzo, in quanto elemento «legato sostanzialmente all'arbitrio del venditore». In giurisprudenza, Pret. Vipiteno, 14 ottobre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1626, ha dichiarato illegittima la clausola di arbitraggio qualora il venditore abbia la facoltà di determinare il prezzo tenendo conto anche di aumenti intervenuti successivamente alla consegna o al termine stabilito per la consegna.

battuto, registrando prese di posizione che, attraverso mediazioni dottrinali e legislative snodate nei secoli, ancora circolano nei sistemi di *civil law*, ai quali appartiene anche il nostro, sotto forma di enunciati normativi e di insegnamenti scientifici, talora accolti nelle sentenze dei giudici.

Come nota Giuseppe Grosso, «la possibilità di affidare all'arbitrato di un terzo la determinazione dell'oggetto non era senz'altro ammessa in tutti i negozi, per tutti gli elementi e nella stessa guisa», dando piuttosto luogo a una problematica «in evoluzione, che risente della natura e dello sviluppo dei negozi e degli elementi da valutare»²⁹. Ma a causa del tipico modo di procedere dei *prudentes*, casistico e controversiale³⁰, non si è mai pervenuti a un'elaborazione concettuale organica e complessiva in materia. Sono comunque ricostruibili le linee di tendenza, non di rado eterogenee, sottese alla riflessione dei giuristi e alcune delle polemiche nelle quali essi avevano profuso il proprio impegno, sostenendo e argomentando

²⁹ Cfr. G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Oggetto dell'obbligazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1940, p. 149. Sull'arbitraggio in generale, v. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 32 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano, 1969, pp. 190 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 148 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, I, Milano, 1936, pp. 237 ss.

³⁰ Cfr. L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006.