

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

PACTA SUNT SERVANDA E MUTATIS MUTANDIS AL TEMPO DEL COVID-19

UNA BRIDGE ANALYSIS TRA

FORZA MAGGIORE – ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA – *HARDSHIP* – *FRUSTRATION* – CERTIFICABILITÀ
DELL'EVENTO

Articolo di **Stelio CAMPANALE**¹

¹ Avvocato, docente di Diritto degli scambi internazionali, facoltà di Giurisprudenza, presso la Lum Jean Monnet di Casamassima (Ba), di International Business Law, facoltà di Economia, presso la Lum Jean Monnet di Casamassima (Ba) e di Diritto dei Mercati Internazionali, facoltà di Economia, presso l'Università Nostra Signora di Buon Consiglio di Tirana (Albania).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Forza maggiore. Quando l'insostenibilità delle circostanze giustifica l'inadempimento. – 3. L'eccessiva onerosità. Quando l'imprevisto aggravamento della prestazione comporta la cessazione del contratto. – 4. L'impegno all'adeguamento e alla rinegoziazione: la Hardship clause. Prestazione divenuta impossibilità o illegale: la Frustration of the contract. – 5. Il verificarsi di accadimenti inattesi e senza possibilità di ragionevole rimedio, che pregiudicano il corretto funzionamento del contratto. Prassi internazionale e soluzioni di soft-law. – 6. La certificazione dell'evento.

1 – Il fenomeno rappresentato dalla diffusione del Covid-19, trasformatosi da epidemia in pandemia e che riguarda, in maniera più violenta e impattante, almeno sette delle prime otto economie del mondo (USA, Cina, Giappone, Germania, Gran Bretagna, Francia e Italia) e, più in generale, gli Stati le cui imprese rappresentano i maggiori protagonisti dell'interscambio commerciale mondiale, è un fatto di interesse medico, clinico, scientifico e sociale (si pensi ai limiti alla libera circolazione e al distanziamento sociale), ma rileva anche dal punto di vista giusprivatistico con riferimento alla possibilità di una o più delle parti di un contratto di adempiere alle proprie obbligazioni.

L'impossibilità di una parte di adempiere ai propri impegni oppure la possibilità di poterli onorare solo a condizioni eccessivamente gravose, a causa di eventi impreveduti, inattesi o al di fuori della possibilità di controllo della parte che li subisce, è una questione con cui si sono misurati, da tempo immemorabile, i giuristi dei due sistemi in cui abitualmente si divide la cultura e la tradizione giuridica: il modello *civil law* e il modello *common law*.

Le soluzioni proposte dai vari ordinamenti nazionali spaziano:

- dalla previsione dell'esistenza di eventi straordinari e impreveduti, il cui avverarsi, allorquando renda impossibile l'adempimento nei termini convenuti, esonera dalla contestazione di inadempimento la parte che ha subito tale evento (cd. cause di forza maggiore/*force majeure*) e lo rende libero dai suoi obblighi, almeno sino a quando pende tale oggettiva impossibilità di adempiere, senza dover rispondere delle conseguenze legali di un qualsiasi inadempimento²;

- alla possibilità che, a fronte di tali eventi straordinari e inattesi ben oltre la normale alea contrattuale, l'obbligo di adempiere divenga così eccessivamente oneroso da giustificare la richiesta di risoluzione per via

² Per l'ordinamento italiano, il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c. Ai sensi dell'art. 1256 c.c., l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se, invece, l'impossibilità è solo temporanea, il debitore non è responsabile del ritardo nell'adempimento finché essa perdura.

Per quanto riguarda i contratti a prestazioni corrispettive, l'art. 1463 c.c. dispone che la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può richiedere la controprestazione e deve restituire quella che ha già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebitato; al netto del vantaggio eventualmente ricevuto dalla controparte per un adempimento parzialmente iniziato e del quale abbia tratto beneficio.

Se, però, solo una parte della prestazione fosse divenuta impossibile, l'altra parte avrebbe diritto a pretendere una riduzione corrispondente della propria controprestazione e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.).

giudiziaria del contratto³; oppure alle due seguenti, più tipiche dei sistemi di *common law*,

- la possibilità di pretendere la revisione della propria prestazione allorché un evento impreveduto alteri l'equilibrio contrattuale rendendo particolarmente gravosa la prestazione di una parte rispetto a quanto concordato e tale facoltà sia contemplata in un articolo dell'accordo (*hardship clause*); o, ancora,

- l'inefficacia del contratto (*frustration of the contract*) all'accadere di un evento che rende la prestazione caratterizzante il contratto impossibile o illegale, oppure impedisca il raggiungimento dello scopo principale dell'accordo.

Dal momento che la pandemia, che ignora confini e latitudini, ha colpito paesi i cui ordinamenti si rifanno a l'uno o all'altro di tali modelli, le conseguenze del contagio e delle misure per contenerlo e arginarne la diffusione sull'esecuzione di un'obbligazione e, più specificatamente, dei contratti, saranno un argomento che appassionerà e dividerà gli esperti e gli operatori del diritto per diverso tempo, in particolare per i suoi impatti sulla cosiddetta contrattualistica internazionale.

2 – Il principio della forza maggiore è un concetto noto a molti ordinamenti nazionali e frutto di altrettanto numerose pronunce giurisprudenziali (siano esse di Corti nazionali o arbitrali) ed elaborazioni dottrinali, anche se sono pochi i paesi che hanno, nel proprio *corpus juris*, una definizione chiara e univoca del criterio di forza maggiore/*force majeure*⁴.

La dottrina, non solo italiana, si divide sulla definizione dei fenomeni che costituiscono la forza maggiore ed anzi, per alcuni giuristi, essa va distinta da caso fortuito, seppure anch'esso ha l'effetto di impedire o aggravare una prestazione. Taluni qualificano la forza maggiore come l'effetto di forze naturali (epidemia, fulmine, naufragio dovuto a tempesta, terremoto, tsunami, ecc.) e il caso fortuito come un fatto dell'uomo (attentato/incendio doloso di portata ampiamente distruttiva, guerra, occupazione militare, ecc.); altri ritengono elemento caratteristico della forza maggiore, l'irresistibilità, accomunando nella valutazione sull'esistenza di tale requisito sia l'evento naturale (epidemia, terremoto, tsunami, ecc.) che il fatto di terzi (guerra, *factum principis*, ecc.) in quanto imprevedibili e in nessun modo evitabili o legalmente aggirabili dalla parte; per altri ancora, la forza maggiore è il fatto umano cui non si possa resistere o a cui non ci si possa ragionevolmente opporre (guerra, invasione militare, rapina, provvedimento assunto da pubblica autorità o potere sovrano) mentre il caso fortuito è l'evento naturale impreveduto o, se anche teoricamente prevedibile, è comunque inevitabile (epidemia, maremoto, sisma, ecc.).

Quindi:

- l'adozione di una misura governativa ovvero di altra amministrazione la quale, ai sensi dell'applicabile ordinamento nazionale, abbia il potere di emettere provvedimenti vincolanti o, comunque sia, la cui osservanza sia obbligatoria ai sensi di legge, oppure

³ Eccessiva onerosità sopravvenuta, art. 1467 c.c. italiano

⁴ L'Italia, ad esempio, è tra quelli che non hanno una specifica definizione della forza maggiore nel proprio diritto positivo. Il nostro legislatore, infatti, ha previsto far riferimento a questo principio, richiamandolo a proposito di singoli e specifici contratti o materie: art. 1785 cc, limiti alla responsabilità dell'albergatore per deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose consegnategli dovuti a cause di forza maggiore; art.1256 c.c., l'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.

- l'accadimento, non dipeso da azioni od omissioni dirette od indirette della parte che la invoca per sottrarsi ad una propria obbligazione⁵, e la cui natura catastrofica o dimensione renderebbe inefficace qualsiasi azione dell'obbligato diretta ad eliminarlo o superarlo,

ed il cui effetto sia l'ostacolo alla regolare esecuzione del contratto, esclude l'imputabilità dell'inadempimento e quindi le sue conseguenze a carico di chi, a causa dell'evento di forza maggiore, o caso fortuito che dir si voglia, non potrà assolvere al proprio impegno.

Come detto in precedenza, la fattispecie della forza maggiore/*force majeure* pur se nota a gran parte delle legislazioni nazionali, non è stata altrettanto diffusamente disciplinata da norme giuridiche che descrivano le condizioni il cui avverarsi rende l'eccezione stessa applicabile. Al contrario, invece, a riprova della esigenza "universalmente" sentita di avere una posizione comune e condivisa nel campo degli scambi internazionali di merci in merito, gli Stati hanno convenuto:

- di individuare la fattispecie dell'omesso adempimento di un'obbligazione dovuto a eventi che travalicano la possibilità di una parte di prevederli o gestirli; e

- di regolarne gli effetti con la Convenzione di Vienna del 1980 sul contratto internazionale di vendita di beni mobili (CISG)⁶;

senza, tuttavia, e in linea con quanto accade in molti ordinamenti nazionali, citare o definire il vocabolo: "forza maggiore".

L'art. 79 della CISG regola espressamente l'ipotesi di inadempimento giustificato e non imputabile all'originario obbligato⁷, prevedendo che il debitore inadempiente è ritenuto esente da responsabilità nei confronti del creditore, allorché sussistano determinati presupposti che caratterizzano l'inadempimento:

(1) Una parte non è responsabile del mancato adempimento ad uno dei suoi obblighi se prova che tale inadempienza è dovuta a un impedimento indipendente dalla sua volontà e che non si poteva ragionevolmente attendere che essa parte lo prendesse in considerazione al momento della conclusione

⁵ Il cosiddetto "fatto estraneo al controllo della parte".

⁶ Essa è un trattato internazionale adottato da una conferenza diplomatica su impulso dell'UNCITRAL, la Commissione dell'ONU per il diritto commerciale internazionale, a Vienna nel 1980. E' entrata in vigore nel 1988, al raggiungimento del prescritto numero di ratifiche.

⁷ Art. 79, Convenzione di Vienna del 1980 sul contratto internazionale di vendita di beni mobili (CISG): (1) *A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.*

(2) *If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:*

(a) *he is exempt under the preceding paragraph; and*

(b) *the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.*

(3) *The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.*

(4) *The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.*

(5) *Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.*

del contratto, ch'essa lo prevenisse o lo superasse oppure che ne prevenisse o superasse le conseguenze.

(2) Qualora l'inadempimento di una parte è dovuto all'inadempienza di un terzo che essa ha incaricato di adempiere in tutto o in parte il contratto, tale parte è esente da responsabilità soltanto nel caso: a) essa lo sia in virtù delle disposizioni del comma 1; e b) il terzo di cui essa si è avvalsa fosse esonerato se le disposizioni del presente capoverso gli fossero applicate.

(3) L'esonero previsto dal presente articolo produce effetti per la durata dell'impedimento.

Oggetto della CISG è il contratto di vendita internazionale di beni mobili⁸ concluso tra parti aventi la loro sede d'affari in nazioni differenti e, pertanto, così lontane da non poter essere prontamente o facilmente aggiornate sugli eventi negativi che colpiscono la controparte o sulle disposizioni delle locali Autorità che possono pregiudicare il regolare adempimento del contratto⁹. Opportunamente, quindi, gli estensori hanno, con il comma 4 dell'art. 79, inserito l'obbligo, in capo alla parte gravata dall'evento che le impedisce l'adempimento della prestazione, di avvertire l'altra parte dell'impedimento e dei suoi effetti sulla capacità d'adempire di essa debitrice, pena il risarcimento del danno causato alla controparte dalla mancata notifica di tale stato dei fatti. Una soluzione appropriata e condivisibile se si consideri, anche, la necessità di individuare il *dies a quo* per l'avvio del periodo di durata dell'esonero della responsabilità, ex comma 3 dello stesso articolo.

Uno strumento di tutela preventiva alla propria posizione contrattuale che una parte di un contratto potrebbe adottare qualora, a causa della crescente diffusione del Covid-19 in un determinato paese dove ha sede la propria controparte, avesse fondato timore che essa controparte non adempirà alla sua prestazione, è offerto dall'art. 72 della CISG. Secondo tale articolo, nel caso prima della data di esecuzione del contratto fosse chiaro che una parte non adempirà alla sua prestazione, l'altra parte può dichiarare il contratto risolto.

Salvo che il contraente non abbia inviato una comunicazione con cui già preavvisa che non sarà in grado di adempiere, la parte che ritiene chiaro l'inadempimento di controparte come conseguenza dei provvedimenti assunti o di annunciata prossima adozione nel territorio in cui opera tale controparte, dovrà comunicare tempestivamente a quest'ultima la propria decisione, affinché essa possa dare un'adeguata garanzia del proprio adempimento¹⁰.

Soffermandosi, più specificamente, sugli aspetti relativi all'impossibilità delle parti di adempiere alle proprie obbligazioni ovvero al diritto di queste di

⁸ Per il suo ambito di applicazione si vedano gli artt. da 1 a 6.

⁹ Su questo aspetto si ritornerà, nei successivi §§ 3 e 4 dell'articolo.

¹⁰ È il caso di un acquirente che avendo concordato con un produttore estero l'acquisto di determinati beni da produrre con modalità di pagamento "50% del prezzo anticipato" e saldo alla consegna della merce presso i magazzini del compratore, dopo aver appreso della crescita di contagi nella località dove ha sede l'opificio che produce i beni ordinati e della prossima entrata in vigore di misure di *lockdown* che potranno comportare la sospensione delle attività produttive del suo fornitore, decide di non effettuare il pagamento e di risolvere il contratto. Il produttore, ricevuta la comunicazione della volontà di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 72 della CISG, potrebbe consegnare all'acquirente una garanzia di restituzione dell'acconto (*advanced payment bond*) rilasciata da primaria banca o compagnia di assicurazione che si impegni a restituire la somma che il compratore verserà come acconto sul prezzo della fornitura, in caso di mancato adempimento del produttore/venditore al suo obbligo di produrre e consegnare la merce.

richiedere una revisione delle proprie prestazioni a fronte dell'eventuale onerosità sopravvenuta, i due modelli, *civil law* e *common law*, hanno istituti che, seppur con presupposti comuni, in parte divergono quanto a conseguenze e rimedi.

3 – L'ordinamento italiano, esempio di *ius civile*, contempla la possibilità che un contratto venga dichiarato, attraverso la via giudiziaria, risolto in presenza di eccessiva onerosità sopravvenuta. Trattasi della tutela riconosciuta dall'art 1467 c.c. a favore della parte che, nell'ambito di un contratto a esecuzione continuata oppure periodica ovvero differita, subisca un eccessivo aggravio della propria posizione contrattuale rispetto al momento di conclusione dell'accordo, al sopraggiungere di un evento esterno alle parti, straordinario e imprevedibile ovvero inevitabile, e non rientrante nella normale alea contrattuale.

Si tratta di un rimedio che il contraente, tenuto a eseguire una prestazione divenuta eccessivamente onerosa oltre quanto sarebbe potuto normalmente accadere senza il verificarsi dell'accadimento eccezionale e inatteso, può attivare ricorrendo al Giudice, a cui chiedere che pronunci una sentenza di risoluzione del contratto. Come è evidente, tale soluzione è stata concepita dal Legislatore per porre termine ad un accordo piuttosto che favorirne la sopravvivenza, di modo da far cessare l'eccessivo onere che grava sulla parte che subisce le conseguenze dell'inatteso evento; il principio della conservazione del contratto presente in altre parti del Codice (vedasi artt. 1367 c.c. e 1419 c.c.) non sembra, in questo caso, essere stato il primo obiettivo che l'ordinamento si è posto.

La "recuperabilità" del contratto, infatti, può essere raggiunta solo attraverso un atto di manifesta disponibilità della parte contro cui è domandata la risoluzione, la quale si offra di modificare il contratto a condizioni eque che consentano il superamento della situazione di negatività che minaccia la controparte (art. 1467, 3° comma, c.c.: La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto).

Sempre in virtù di quanto previsto nell'ordinamento italiano, nel caso una parte eccipisse l'evento Covid-19 ovvero le misure di *lockdown* come motivo per sciogliere il contratto¹¹, la controparte, laddove fosse disposta a correggere un contratto divenuto eccessivamente squilibrato, potrebbe evitare la pronuncia della sentenza che ne dichiara la risoluzione, offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità, conformemente a quanto previsto dall'art 1467 c.c. Una manifestazione, espressa mediante un atto unilaterale recettizio del contraente interessato a mantenere in vita il contratto, anche se rivisto quanto alla portata e/o ai

¹¹ Si immagini il caso di un'impresa che ha concluso un contratto internazionale di vendita di beni mobili, fungibili, con termine di resa DAP Vilnius, INCOTERMS CCI 2020 ma che abbia dovuto sospendere l'attività di produzione per osservare le misure adottate dal Governo per limitare la diffusione del contagio del Covid-19, e, pertanto, si trovi nell'impossibilità di completare la produzione e, quindi, la consegna dei beni. Salvo che non adempia tramite l'acquisto dei prodotti da un proprio concorrente a un costo ovviamente più alto di quello di sua produzione e con costi di trasporto anch'essi più alti essendo la sede del concorrente più lontana dalla località di consegna della merce e, tra l'altro, con tratte di percorrenza ulteriormente allungatesi per la necessità di by-passare nazioni che hanno interdetto il traffico sul loro territorio a vettori stranieri come misure di contrasto della pandemia.

contenuti delle prestazioni delle parti. La proposta della parte contro cui si eccepisca la sopravvenuta onerosità potrà contenere l'offerta di aumentare il quantum della propria prestazione per risarcire in parte l'aggravio del debitore della prestazione eccessivamente onerosa ovvero di rivedere i termini di quanto richiesto ad essa controparte¹².

Infine, altro strumento offerto dalla Legge a cui poter ricorrere per garantire la prosecuzione del contratto, seppur sanato degli effetti pregiudizievoli conseguenti al diffondersi dell'epidemia o all'implementazione delle misure per limitarne la diffusione, potrebbe essere il richiamo al generale obbligo delle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede, comune a molti sistemi giuridici, sia nella fase di trattativa (in verità, non così chiaramente espresso nei sistemi di *common law*) che in quella di esecuzione di un'obbligazione. L'art. 1375 del codice civile italiano, per esempio, pone in capo alle parti l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede; in forza di tale dovere, il contraente che vedesse lesa la sua posizione potrebbe legittimamente pretendere che controparte addivenga alla rinegoziazione del contratto, con spirito volto al riequilibrio, allo scopo di evitare che la prosecuzione della esecuzione del contratto reiteri il costante svantaggio che deriva ad essa parte lesa dall'adempiere la propria prestazione a condizioni che sono divenute eccessivamente pesanti e gravose, se non, addirittura, pressoché impossibili.

4 - Il mantenimento in vita del contratto potrebbe realizzarsi, però, anche sul piano convenzionale con l'inserimento nel testo dell'accordo di clausole di adeguamento che stabiliscono i criteri di modifica delle condizioni contrattuali, operando automaticamente o su iniziativa della parte. È questo il caso delle *Hardship clauses*, tipiche della cultura anglosassone e, quindi, dei sistemi di *common law*. L'*hardship*, infatti, rappresenta un "*unforeseen event that fundamentally alter the equilibrium of a contract resulting in an excessive burden being placed on one of the parties involved*". Accertata l'esistenza di un evento di tale natura, portata ed effetti, e qualora il contratto contenga una pattuizione che ne preveda l'effetto di influenzare le prestazioni delle parti e l'efficacia del contratto stesso, l'*hardship clause* per l'appunto, si aprirà una nuova fase del contratto. Non più solo le canoniche «trattativa - conclusione - esecuzione» ma uno *step* nuovo, eccezionale e intermedio tra la conclusione e la completa esecuzione; un momento di «*stop & go*» per consentire un'ulteriore scambio proposta/accettazione ma questa volta nel pieno della vita del contratto che riguarderà le modalità di esecuzione ed avrà come scopo il riequilibrio del sinallagma contrattuale tramite la rinegoziazione di termini e condizioni dell'accordo in modo tale che esso venga adeguato, per quanto possibile, al nuovo stato di fatto. Laddove la trattativa tra i contraenti non raggiungesse il risultato e la clausola "*hardship*" non fosse stata scritta nel senso di prevedere lo scioglimento del contratto come conseguenza della mancata intesa entro un tempo determinato ovvero "*reasonable*", la parte che ritenga di aver diritto al riequilibrio della propria posizione contrattuale, alleggerendola dall'onere eccessivo ed imprevisto, potrà attivare la *Competent*

¹² Tornando al caso di cui alla nota precedente, il compratore potrebbe accettare di ricevere solo la merce già prodotta dal venditore, riducendo quindi la quantità pretesa; senza, pertanto, che il venditore aggravi di molto la propria posizione contrattuale acquistando i beni mancanti da altro produttore e sostenendo un costo di trasporto divenuto complessivamente molto elevato.

Court indicata in contratto, ovvero, in assenza di un'espressa previsione contrattuale in tal senso, ricorrere al Giudice naturale della controversia, individuabile in forza della legge applicabile, al quale richiedere di determinare il rimedio più adeguato per ridurre l'eccessivo onere, riequilibrando se possibile le posizioni delle parti. Un *petitum* di non sempre facile accoglimento allorché richiesto ad una Corte ordinaria piuttosto che in sede di arbitrato o *Mediation*.

L'esistenza di una *hardship clause*, dunque, evidenzia la disponibilità di ciascuno dei contraenti, emersa già nella fase precontrattuale come dimostra la decisione di prevedere una clausola *ad hoc*, a rivedere l'oggetto della prestazione della controparte al verificarsi di eventi che la renda «*excessively burdensome because of an event beyond a party's reasonable control*». In considerazione di ciò, la parte che lamenti un eccessivo appesantimento della propria posizione contrattuale come conseguenza della diffusione del Covid-19 e/o dell'adozione delle misure governative di contenimento, dovrà verificare la presenza di eventuali punti dell'accordo in forza dei quali tentare di sanare, di correggere un contratto divenuto squilibrato tramite l'adeguamento di suoi contenuti o la sua rinegoziazione, prima di ricorrere alla sua risoluzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 1467 c.c. ovvero di disposizioni di analogia portata presenti nella legge applicabile al contratto.

Ai fini di quanto appena esposto, occorre distinguere le clausole che, a seguito del verificarsi di eventi produttivi di disequilibrio contrattuale, consentono di operare un adattamento automatico del contratto (cd. clausole di adeguamento) da quelle che invece prevedono che le parti diano avvio a nuove trattative per modificare il regolamento originario (cd. clausole di rinegoziazione). Entrambe si pongono l'obiettivo di perseguire la funzione economico sociale dell'accordo e un sostanziale riequilibrio del rapporto tra prestazioni corrispettive in un contratto ad esecuzione continuata, periodica o a esecuzione differita, alterato da vicende estranee alle parti, imprevedibili o, comunque sia, inevitabili oltre l'alea contrattuale, normale per il tipo di accordo¹³; seppure, le seconde, senza uno specifico *commitment* al raggiungimento di tale obiettivo, ben potendo l'attività di rinegoziazione concludersi con un nulla di fatto. In tal caso, la parte che ritenga sussistano elementi di evidente e documentabile ostracismo e ingiustificata rigidità della controparte potrà contestarle l'assenza di buona fede nella fase di rinegoziazione; un'accusa, però, con minori possibilità di essere accolta se sollevata dinanzi ad un Magistrato d'estrazione *common law*.

La forza maggiore, si è già detto in precedenza, è un principio conosciuto anche nei sistemi di *common law*. Come già rimarcato nel paragrafo 2 di quest'articolo, il principale beneficio che deriva dall'eccepire l'avveramento di una causa di forza maggiore è che la parte che la invoca è esonerata dall'obbligo di adempiere alla prestazione impedita e dalle conseguenze risarcitorie, a decorrere dalla data in cui è accaduto l'evento e sino a quando tale impedimento impedisca la prestazione qualora si trattasse di impedimento temporaneo. In osservanza del generale principio di dare esecuzione al contratto diligentemente e secondo buona fede, la parte, vittima dell'evento impeditivo, sarà tenuta a comunicare tempestivamente alla controparte quanto occorso e l'impossibilità, totale, parziale, temporanea o assoluta di adempiere.

¹³ Come avviene allorché le parti si rimettano, nella determinazione del prezzo di una compravendita di una *commodity*, a quello che risulterà dal valore medio delle contrattazioni in un determinato periodo di tempo, e rilevato da una specifica Borsa merci.

La controparte ha diritto di sospendere la propria controprestazione sino a quando pende l'altrui impossibilità ad adempiere¹⁴.

Tale principio, esonerativo della responsabilità, non obbliga alla rinegoziazione, si potrebbe dire automatica del contratto, favorendone la sua prosecuzione, seppure rivista rispetto alla formulazione iniziale, scopo principale, invece, della cd. *hardship exemption*.

Alla forza maggiore, piuttosto, si avvicina al concetto di *frustration of the contract* (o a quello più desueto di *impracticability*) che è un principio del diritto anglosassone, frutto di elaborazione giurisprudenziale ma successivamente ripreso anche in altre fonti quali il *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* del 1943, secondo cui l'avverarsi di un fatto che rende la prestazione impossibile o illecita oppure impedisce il raggiungimento dello scopo principale dell'intesa, comporta la cessazione del contratto. Un contratto può essere "frustrated" qualora esista un cambiamento nelle circostanze, dopo che il contratto sia stato stipulato, non dovuto a colpa delle parti, che rende impossibile l'esecuzione del contratto oppure priva il contratto della sua finalità commerciale¹⁵.

In un contratto il cui buon fine è così compromesso, ciascuna parte è liberata dai suoi obblighi e nessuna di esse potrà essere convenuta in giudizio per inadempimento¹⁶. La *frustration of contract*, secondo il contenuto quanto previsto nel su citato *Act* del 1943, determinerà l'obbligo di restituire l'eventuale corrispettivo già versato al netto dell'eventuale valore del beneficio ricevuto dalla parte che sta eccependo l'avverarsi dell'evento, e il diritto a un parziale rimborso delle spese sostenute per l'adempimento del contratto.

5 – Riassumendo quanto sinora trattato, la possibilità che l'accadere di un evento eccezionale e imprevisto e che abbia l'effetto di aggravare eccessivamente oltre la normale alea dello specifico contratto la prestazione di una parte ovvero di impedirla o di rendere inefficace il contratto, è contemplata, seppure in maniera non identica, sia dagli ordinamenti di ispirazione *common law* (*frustration* o a seconda degli effetti, *hardship*) che da quelli di *civil law* (eccessiva onerosità sopravvenuta, forza maggiore/*force majeure/Höhere Gewalt*)¹⁷. L'esigenza di disporre di regole e principi condivisi

¹⁴ Secondo il diritto italiano, ai sensi dell'art. 1256 c.c. l'obbligazione si estingue se l'impossibilità è assoluta oppure se è temporanea ma, in relazione alla natura dell'oggetto o al titolo dell'obbligazione, il debitore non possa più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione, o, ancora, il creditore non abbia più interesse a riceverla.

¹⁵ Si pensi al caso di un contratto di locazione di un impianto sportivo a Tokio destinato all'utilizzo per il solo periodo di svolgimento delle Olimpiadi in Giappone, privato del suo scopo economico-commerciale dall'annullamento della manifestazione deciso dal Comitato Olimpico Internazionale a causa della diffusione della pandemia.

Un contratto non può essere considerato compromesso, *frustrated*: (1) perché il suo adempimento è divenuto più difficile o costoso; oppure (2) perché l'impossibilità di adempiervi è causata da colpa di una delle parti; ovvero (3) quando in esso è inserita una clausola di *force majeure*; o, infine, (4) quando l'evento che ne ha compromesso l'esecuzione poteva esser previsto.

¹⁶ La *frustration* di un contratto, quindi, si verifica quando l'evento sopravvenuto, non imputabile a colpa di una parte, modifica così tanto la natura dei diritti o degli obblighi che le parti avevano previsto quando avevano stipulato l'accordo che sarebbe ingiusto costringerle a restare reciprocamente vincolate. Una rilevante differenza quindi con l'eccessiva onerosità sopravvenuta che, infatti, non si basa sul totale stravolgimento dell'oggetto o dello scopo del contratto, noto e condiviso tra le parti, bensì sull'eccessivo aggravamento della posizione di una di loro.

¹⁷ Il principio di *Höhere Gewalt* (forza maggiore) nel diritto tedesco si accompagna a quello di *Unmöglichkeit*, il quale esprime il concetto di impossibilità della prestazione. L'evento Covid-19 e le

su tale materia, man mano che si sviluppavano i commerci internazionali e si affermava quella branca del diritto che si definisce, seppur con un neologismo cacofonico, contrattualistica internazionale, ha indotto, nell'ultimo decennio dello scorso secolo, gli esponenti di varie fonti di produzione di *soft-law* ad affrontare il fenomeno delle conseguenze dell'avverarsi di fatti eccezionali o gravi che possano alterare significativamente il sinallagma contrattuale e quindi a definire il perimetro di tali accadimenti e delle relative conseguenze sulla vita del contratto; così come fu fatto dai rappresentanti dei paesi che negoziarono la Convenzione di Vienna sul contratto internazionale di vendita di beni, nel 1980, attraverso l'art. 79 della CISG.

È il caso degli art. 7.1.7 (*Force majeure*) e art. 6.2.2 (*Definition of hardship*) dei Principi *Unidroit* sui Contratti Commerciali Internazionali¹⁸.

Article 7.1.7 (Force Majeure): (1) *Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.*

(2) *When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.*

(3) *The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.*

(4) *Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.*

Art. 6.2.2 (Definition of hardship): *There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either*

misure di *lockdown* determinano, piuttosto, una *Nachträglicher Unmöglichkeit* (impossibilità sopravvenuta) ovvero una *Rechtliche Unmöglichkeit*, più vicina al cd. *factum principis*, trattandosi dell'impossibilità dovuta all'osservanza di un obbligo di legge. Analoga definizione, *Höhere Gewalt*, è usata dai giuristi austriaci e svizzeri per qualificare la natura di causa di forza maggiore dell'evento e dei provvedimenti adottati per contrastarne la diffusione.

¹⁸ L'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT), con sede a Roma, è una organizzazione intergovernativa indipendente istituita nel 1926 ed è attualmente composta da 63 Stati membri. I 63 Stati membri di UNIDROIT provengono dai cinque continenti e rappresentano una varietà di sistemi giuridici, economici e politici nonché diversi background culturali. Il suo obiettivo principale è "di studiare i mezzi per l'armonizzazione ed il coordinamento del diritto privato tra gli Stati; l'organizzazione lo persegue attraverso studi di diritto comparato e la redazione di progetti di leggi o di convenzioni mirate a stabilire un diritto uniforme. La nascita di esso Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato si deve all'italiano Vittorio Scialoja, insigne politico e giurista, per molti anni Presidente della delegazione italiana presso la Società delle Nazioni, che elaborò l'idea di unire la tradizione romanistica del diritto ai progressi compiuti nella cerchia dell'elaborazione giuridica di norme condivise da più Stati e del diritto privato. I *Principles* enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali ed esprimono, in una forma uniformemente condivisibile da parte di giuristi di diversa cultura ed estrazione nazionale, concetti e principi già diffusi e consolidati nella maggior parte degli ordinamenti nazionali.

I *Principles* si applicano quando le parti hanno concordato che il contratto sarà da essi disciplinato e possono essere considerati applicabili dal momento in cui le parti hanno concordato che il loro contratto sia retto da «*general principles of law*» o dalla «*lex mercatoria*» oppure abbiano usato altre espressioni che richiamino tali concetti.

because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

This Article defines hardship as a situation where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract, provided that those events meet the requirements which are laid down in sub-paragraphs (a) to (d).

I pilastri su cui si basa la definizione di *hardship* data dagli esperti di diritto, nominati dagli Stati membri dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, sono: (1) il verificarsi, vigente un contratto, di eventi che alterino in maniera fondamentale il suo equilibrio, manifestandosi sotto forma di incremento del costo della prestazione che una parte è tenuta a eseguire oppure sotto forma di riduzione del valore della prestazione che la parte lesa avrebbe dovuto ricevere¹⁹; (2) la condizione che tali eventi si siano verificati, oppure il contraente leso abbia saputo del loro verificarsi, solo successivamente alla conclusione del contratto; il contraente leso non avrebbe potuto ragionevolmente tener conto di tali eventi al momento della conclusione del contratto; gli eventi andavano oltre le possibilità di controllarli del contraente leso; il contraente leso non si era assunto il rischio che tali eventi potessero accadere²⁰.

¹⁹ Entrambe le manifestazioni: aumento del costo della prestazione oppure flessione del valore della controprestazione dovuta, non vanno intesi solo da un aspetto finanziario; potrebbe, infatti, accadere che un prodotto, per essere introdotto in un mercato straniero debba essere equipaggiato con strumenti o accessori a tutela degli utilizzatori, non previsti dalle norme vigenti alla data della conclusione del contratto, e la cui adozione comporti uno stravolgimento nella progettazione e manifattura di tali beni e, quindi, un aumento di costi e oneri del fabbricante/venditore tali da non rendere più remunerativa la fornitura concordata. Oppure, un grosso ordinativo, per numero di pezzi e valore, per la produzione di mascherine necessarie a evitare i contagi da Covid-19, da adempiere con consegne ripartite nell'arco temporale di sei mesi, potrebbe diventare inutile in caso di "sparizione improvvisa" della pandemia ovvero di scoperta del vaccino due mesi dopo la conclusione dell'accordo; l'acquirente, in tale ipotesi, si troverebbe nella situazione di dover svendere o addirittura di accumulare in magazzino quantità via via crescenti di merce senza reali possibilità di rivendita. Quest'ultimo esempio, ben potrebbe ricadere tra i casi di frustration of the contract per l'impossibilità di raggiungere lo scopo economico dell'accordo, noto anche al produttore (mascherine protettive con determinate caratteristiche di idoneità ad essere indossate dal personale di una azienda in cui non è possibile implementare misure di distanziamento dei lavoratori).

²⁰ Un caso interessante che potrà ricadere, o meno, tra le ipotesi di "assunzione del rischio" nell'epoca del Covid-19, è quello dell'acquisto di sistemazioni alberghiere da parte di vari *tour operator*, ben prima dell'inizio delle canoniche stagioni turistiche, nelle principali località di vacanza. La formula contrattuale abitualmente utilizzata in questo settore prevede l'acquisto a prezzi di particolare favore di viaggi aerei e sistemazioni in albergo, con congruo anticipo rispetto al periodo in cui tali tour li rivenderanno al "popolo dei vacanzieri" (7-9 mesi prima) e sulla base di previsioni proprie di ciascun operatore; così facendosi carico del rischio che parte di quei viaggi o pernottamenti restino invenduti. Qualora gli Stati rimuovano i vincoli all'ingresso e/o all'uscita delle persone e alla loro libera circolazione contestualmente al calo dei contagi prima dell'inizio della stagione estiva ma, nonostante ciò, gran parte degli abituali viaggiatori decida di non spostarsi per vacanze, per timore comunque di ammalarsi e/o per motivazioni economiche e/o per mancanza di ferie esauritesi in periodo di *lockdown*, sarebbe accoglibile l'eventuale pretesa dei *tour operator* di annullare tutte le prenotazioni e sottrarsi dall'obbligo di versare il corrispettivo per l'acquisto "vuoto per pieno" (cd. contratto di *allotment* garantito) eccependo l'essersi verificato un fenomeno di *hardship*? Oppure l'acquisto

Analoga esigenza di individuare una regola uniforme, condivisibile sia per i sistemi di *civil law* che per quelli di *common law*, e che rimuova incertezze interpretative a proposito degli inadempimenti giustificabili da fatti o circostanze impreviste o imprevedibili che rendano impossibili o eccessivamente gravose le prestazioni di una delle parti di un contratto, è stata avvertita da alcuni dei principali accademici del diritto dei contratti in Europa, riunitisi in una commissione internazionale presieduta dal prof. Ole Lando, che ha elaborato, nel periodo a cavallo tra il 1980 e il 2002 un insieme di regole modello raccolte nei *Principles of European Contract Law* (PECL)²¹. Tali principi, in tal senso prevedono:

Article 8.108 - *Excuse Due to an Impediment* (1) *A party's non-performance is excused if he proves that it is due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.*

(2) *Where the impediment is only temporary the excuse provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the obligee may treat it as such.*

(3) *The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on his ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.*

Infine, merita di essere citata anche la meritoria attività svolta su tale argomento dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi, la quale, partendo dal presupposto che l'approccio e le soluzioni al problema dell'inadempimento giustificabile da determinate circostanze dei diversi sistemi giuridici potrebbero essere significativamente diversi o incompleti, ha inteso affrontare e risolvere il problema tramite la predisposizione di clausole standard, sia per descrivere il fenomeno della forza maggiore e le conseguenze del suo avverarsi che per spiegare cosa sia l'*hardship* e i suoi effetti sul contratto.

In particolare per quanto attiene alla *force majeure clause*, a seconda delle necessità delle parti, queste ultime potranno avvalersi di due esempi di clausola contrattuale eventualmente adattabile dai contraenti in considerazione

preventivo, in assenza di certezza sull'effettiva rivendita totale dei servizi acquistati costituisce una prova di assunzione del rischio?

²¹ I PECL sono stati redatti da giuristi accademici, sulla base di un'analisi storico-comparatistica degli ordinamenti giuridici di alcuni dei paesi europei. Dal punto di vista formale, sono stati concepiti e realizzati come un vero e proprio articolato di regole giuridiche, le quali sono suscettibili di essere applicate per risolvere un caso pratico o per decidere la soluzione di una controversia (*black letter rules*/i principi base del diritto che sono generalmente accettati in tutti i sistemi di diritto). In particolare, i PECL sono applicabili al contratto allorché «le parti abbiano concordato di incorporarli nel loro contratto oppure che il contratto sia regolato da essi» (art.1:101 PECL). L'art. 1:101 PECL aggiunge, inoltre, che tali principi sono applicabili nel caso le parti «(a) hanno convenuto che il contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "*lex mercatoria*" o hanno usato espressione analoga; o (b) non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto».

di specifiche esigenze o opportunità; l'una più articolata, la cd. *long form clause*, ed un'altra, più sintetica, la cd. *short form clause*.

Nella *long form*, oltre alla definizione di forza maggiore, sono indicati degli esempi di eventi che oltrepassano la possibilità di gestione e controllo della parte che li subisce.

Secondo la formula adottata dalla ICC, per "*Force Majeure*" si intende il verificarsi di un evento o di una circostanza che impedisce o ostacola l'esecuzione di una o più delle obbligazioni contrattuali di una parte, se e nella misura in cui la parte che subisce l'evento provi che: a) tale impedimento sia estraneo alla sua sfera di ragionevole controllo; e b) che esso, ragionevolmente, non si sarebbe potuto prevedere al momento della conclusione del contratto; e c) che gli effetti dell'impedimento, ragionevolmente, non si sarebbero potuti evitare né superare dalla parte che li ha subiti.

La formulazione adottata dalla ICC, prevede:

- l'esonero di responsabilità per ritardi o inadempimento per il contraente la cui posizione contrattuale è compromessa dall'impossibilità di adempiere e il suo impegno a notificare, tempestivamente, alla controparte la sua impossibilità ad adempiere ovvero, se temporanea, la durata prevista di tale impedimento;

- la facoltà della controparte di sospendere l'adempimento della sua prestazione;

- il dovere di adottare ogni ragionevole iniziativa o misura per limitare l'effetto dell'evento sul funzionamento o sulla prosecuzione del contratto;

- la cessazione del contratto qualora la durata dell'inadempimento abbia l'effetto di privare le parti di quello che avrebbero ragionevolmente diritto di attendersi dall'esecuzione del contratto, specificando che, salvo diversa intesa tra le parti, il contratto potrà essere sciolto da una qualsiasi di loro qualora la durata dell'impedimento ecceda i 120 giorni.

Analogo impegno la ICC ha dedicato nel predisporre una ICC *Hardship Clause*, anch'essa in versioni *long form* e *short form*, che possa essere inserita dalle parti nel loro contratto secondo il formato scelto, salve eventuali modifiche che i contraenti volessero apportare al testo standard. L'impostazione che la Camera di Commercio di Parigi ha voluto dare al tema, parte dalla considerazione che ciascuna parte è tenuta ad adempiere ai propri obblighi, anche se eventi sopravvenuti li abbiano resi più onerosi rispetto a quanto la parte si sarebbe potuta attendere al momento della conclusione del contratto.

Tuttavia, qualora una delle parti provi che: a) in caso di prestazione continuativa, il proseguire nell'adempimento diventi eccessivamente oneroso a causa di un evento estraneo alla sua sfera di ragionevole controllo e del quale, ragionevolmente non ci si sarebbe potuto attendere che se ne tenesse conto all'atto della conclusione del contratto; e che b) l'evento o le sue conseguenze non si sarebbero, ragionevolmente, potuti evitare né superare, le parti sono tenute, entro un termine ragionevole dall'invocazione della clausola a negoziare condizioni alternative del contratto che, ragionevolmente, consentano di superare le conseguenze dell'evento. La clausola potrebbe essere formulata in modo da prevedere che la parte che ne invoca l'applicazione possa chiedere lo scioglimento del contratto oppure il ricorso ad

un magistrato o a un arbitro affinché sia costui ad adattare il contratto nel senso di riportarlo in equilibrio o di dichiararlo risolto.

6 – Come è abbastanza evidente da quanto esposto sin ora, il confine tra *hardship* e *force majeure* è abbastanza labile, dal momento che alcuni elementi, fatti, circostanze o presupposti possono essere considerati, allo stesso tempo, casi di *hardship* o di forza maggiore. Se la parte invocherà l'*hardship* vorrà dire che è intenzionata a proseguire il contratto, riportandolo su posizione più eque; qualora invece invochi la forza maggiore, intenderà giustificare il suo inadempimento, senza particolare volontà di mantenere in vita l'intesa.

Sarà opportuno, quindi, in presenza di un contratto continuativo, a esecuzione differita oppure a prestazione ripartita, che le parti di un contratto internazionale predispongano degli articoli che contemplino entrambe le eventualità, specialmente prevedendo l'obbligo delle parti di rinegoziare l'accordo, mantenendolo in vita, anche eventualmente riservando ad un terzo il compito di renderlo più equo in caso, da soli, non ci riescano, arenandosi in una situazione di *dead-lock*.

In conclusione, tornando all'evento pandemico e alle iniziative finalizzate a circoscriverlo e combatterlo, la decisione della parte che intende eccepirli e richiamarli a giustificazione della mancata prestazione ovvero della necessità di rinegoziarla con speranza di successo, dovrà farlo solo dopo un'attenta valutazione condotta da diverse prospettive delle conseguenze di tali accadimenti sul contratto, in particolare: sull'impossibilità assoluta di eseguirlo oppure sulla possibilità di rinviarne l'esecuzione ovvero di adempiervi con prestazioni ripartite; sull'interesse del creditore della prestazione a concedere un rinvio del termine; sull'effettiva, in termini di *an* e *quantum*, eccessiva onerosità sopravvenuta; sulla disponibilità delle parti a rivederne i termini e le condizioni.

In ogni caso, a prescindere dal rimedio che si volesse eccepire tra:

- l'attivazione della *hardship clause* inserita in contratto;
- l'essersi verificata una causa di forza maggiore che escluda la responsabilità per inadempimento;
- l'esistenza dei presupposti per intraprendere un giudizio di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta;
- la *frustration of the contract* come risultato di un evento che renda la prestazione impossibile o illegale, oppure impedisca il raggiungimento dello scopo principale dell'intesa;

la circostanza che la diffusione del Covid-19 sia un fatto universalmente noto non è, da sola, l'elemento sufficiente per costruirci intorno la giustificazione del mancato adempimento, totale o parziale ovvero temporaneo o definitivo, oppure la pretesa allo scioglimento del contratto, al suo adeguamento o alla sua rinegoziazione; dovendo accompagnare il richiamo a tale accadimento con l'evidenza delle specifiche misure statali ovvero di amministrazioni locali, adottate per fronteggiare e circoscrivere l'estensione del contagio, che hanno prodotto l'effetto di impedire la prestazione ovvero di renderla eccessivamente onerosa oppure di privare il contratto della sua causa o funzione economico-commerciale.

Il cd. *lockdown*, ad esempio, nonostante costituisca la misura più comune tra quelle adottate a livello mondiale, al netto di singole sfumature più o meno

ampie a seconda delle caratteristiche del sistema economico e sociale di ciascun paese e del proprio ordinamento, in realtà si compone di un complesso di iniziative e contenuti che incidono diversamente nello svolgimento di attività produttive, nel funzionamento della filiera logistica, nell'osservanza degli adempimenti contabili e societari di ciascun paese, e senza coincidere quanto al loro orizzonte temporale di durata.

Se considerassimo il caso italiano, ad esempio, la sospensione delle attività produttive e commerciali ha riguardato inizialmente solo una parte molto limitata del territorio italiano, le cd. zone rosse, ma per un numero pressoché totale di imprese; successivamente il Governo italiano, attraverso diversi decreti che si sono succeduti nel tempo, ha disposto la sospensione in tutto il territorio italiano di determinate attività identificabili attraverso il loro codice Ateco, fatta salva, tuttavia, la facoltà delle Prefetti di autorizzare la prosecuzione di attività di singole imprese identificate nominativamente, per determinati periodi di tempo, più volte prorogati.

Analogamente hanno operato anche altri Governi europei e mondiali (gli USA e la Cina, su tutti).

Semplificando, quindi, si può definire il *lockdown* per Covid-19 un tipo di involucro variamente articolato e diversificato quanto ai suoi contenuti.

E dunque, allorché un'impresa italiana o straniera volesse giustificare una sua pretesa, richiesta o eccezione in virtù del *lockdown* (impossibilità di adempiere in tutto o in parte alle condizioni concordate pre Covid-19), il problema che si pone è come provare in un contesto internazionale non già l'avverarsi dell'evento pandemico, ampiamente documentabile attraverso varie fonti indipendenti (quotidiani, siti internet, notiziari televisivi, ecc.) bensì la dimostrazione in maniera esauriente, inequivoca e non contestabile di un fatto (ad es. chiusura della specifica azienda in conseguenza dello sprigionarsi di un focolaio del virus oppure come decisione assunta dall'imprenditore a tutela dei lavoratori in assenza di alternative per garantire la prevenzione dalla malattia ovvero per consentire la sanificazione degli ambienti o la modifica del loro *layout*; interruzioni della frequenza dei trasporti da o per una determinata destinazione decisa dal vettore a causa del crollo delle spedizioni conseguente al blocco di molte attività in *import/export*; ecc.) ovvero l'entrata in vigore del provvedimento governativo (o di altra amministrazione territorialmente competente) con evidenza sia della specifica misura inibente il funzionamento dell'impresa o dei terzi di cui essa si avvale per lo svolgimento dell'attività (divieto all'attracco di navi in determinati porti; sospensione dell'attività dei subfornitori che l'impresa impiega per l'esecuzione di alcune fasi del proprio ciclo produttivo; ecc.) nonché della data di inizio e fine di tali misure e/o disposizioni.

Chi potrebbe, quindi, certificare l'esistenza di tali eventi, fatti e circostanze, essendo impensabile la traduzione (autenticata? e da chi? Autorità Consolare?) dei provvedimenti delle locali Autorità rilevanti ai fini dell'invocata fattispecie oppure del certificato camerale in cui è indicato il codice Ateco dell'azienda, in una lingua nota alla controparte verso la quale si voglia eccepire la propria impossibilità ad adempiere secondo le intese "pre Covid-19"? Potrebbe, in alternativa, essere idonea ad attestare quanto accaduto l'esibizione di una *legal opinion/parere pro veritate/statement* di un avvocato locale incaricato dalla parte che ha interesse ad avvalersi di tale documento e che, pertanto,

potrebbe far dubitare della esattezza e obiettività di quanto dichiarato da tale professionista?

Una consuetudine formatasi nell'elaborazione di contratti internazionali orienterebbe, invece, verso l'individuazione delle Camere di Commercio oppure di Borse Merci o associazioni internazionali di commercianti ampiamente note e riconosciute in determinati settori merceologici, come i soggetti deputati a rilasciare una certificazione che attesti l'avvenuto verificarsi della "causa di forza maggiore" e l'evento (sospensione attività; messa in quarantena di una nave; confisca di merci o divieto all'esportazione di beni per pubbliche finalità o emergenze; carestie, calamità naturali o infezioni parassitarie che hanno compromesso allevamenti o coltivazioni, ecc.).

Il richiamo alla funzione certificativa delle Camere di Commercio è presente in vari contratti-modello e/o clausole standard, predisposti da varie Borse merci a livello mondiale, e formulari di contratto ampiamente diffusi in vari settori merceologici; oltre che in alcune norme nazionali, specie per scopi doganali o tributari.

Invece, la valutazione circa l'idoneità dell'accadimento certificato dalle Camere di Commercio locali a valere come evento imprevisto, straordinario e particolarmente gravoso da giustificare la richiesta di non adempiere o di rivedere le intese raggiunte, implica una valutazione di tipo giuridico che, come tale, competerà al Giudice naturale ovvero a quello (Magistrato o Arbitro) indicato dalle parti in contratto.

Tenuto conto dell'impatto che la pandemia sta avendo nella quasi totalità delle economie mondiali e delle enormi implicazioni che sta avendo sugli scambi internazionali, l'opportunità di individuare nelle Camere di Commercio l'organo terzo investito della funzione di certificare un accadimento, andrebbe decisa in primis a livello nazionale e, nell'immediato seguito, condivisa a livello comunitario per far fronte per tempo a una esigenza di certezza delle informazioni e delle misure adottate nei singoli paesi e settori merceologici che, molto probabilmente, si renderà necessaria in previsione di prossimi contenziosi tra imprese, a livello italiano e unionale. Spetterà alla competente Commissione UE decidere in merito all'opportunità di condividere l'individuazione che precede anche in sede WTO.

Una tale misura, in particolare l'esistenza di un "Certificato di forza maggiore" redatto in un formato standard e plurilingue, favorirà di molto la soluzione delle controversie commerciali che, purtroppo, l'evento catastrofe costituito dal Covid-19 determinerà.

WWW.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Iliara Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: **Edizioni DuePuntoZero**

