

LUISS GIUDO CARLI  
LIBERA UNIVERSITÁ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2013/2014

TESI IN Diritto Privato Comparato Commerciale  
TITOLO: L'Hardship Clause nei Principi UNIDROIT

RELATORE Prof. Benincasa Domenico

CANDIDATO Federica Milazzo  
MATR 102983

CORRELATORE Prof. De Donno Barbara Santa

## S o m m a r i o

<b>Introduzione .....</b>	<b>3</b>
<b>Capitolo I: Il contratto commerciale internazionale .....</b>	<b>11</b>
1. Definizione di contratto commerciale internazionale .....	11
2. Le fonti che disciplinano i contratti commerciali internazionali .....	23
2.1 Le Convenzioni internazionali: la Convenzione di Vienna del 1980.....	46
2.2 La lex mercatoria .....	81
2.3 Principle of European Contract Law .....	84
2.4 ICC Rules .....	92
2.5 I Principi Unidroit .....	99
2.5.1 Origine, natura e redazione dei principi Unidroit .....	99
2.5.2 Le diverse versioni dei Principi Unidroit.....	105
2.5.3 Rilievi conclusivi .....	108
<b>Capitolo II: La clausola hardship .....</b>	<b>109</b>
1. Definizione di hardship e struttura della clausola.....	109
2. La clausola di hardship nei principi Unidroit .....	125
2.1 <i>Obbligatorietà del contratto</i> .....	129
2.2 <i>Definizione di Hardship</i> .....	132
2.3 <i>Effetti dell'hardship</i> .....	144
2.4 <i>Hardship e Force Majeure</i> .....	157
3. L'hardship nei PECL .....	170
4. ICC Hardship clause 2003 .....	180
<b>Capitolo III: Analisi comparata dell'hardship nei vari ordinamenti.....</b>	<b>187</b>
1. Introduzione .....	187
2. L'ordinamento tedesco .....	188
3. Common law .....	198
4. L'imprévision nel diritto francese.....	211
5. L'approccio avanguardistico del Codice civile italiano .....	222
<b>Conclusioni.....</b>	<b>227</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>237</b>

## Introduzione

Un principio basilare del diritto dei contratti è, senza dubbio alcuno, il *pacta sunt servanda*. L'importanza e l'essenzialità di questo principio sono tali per cui esso rappresenta, da tempo immemore, un dogma pressoché universalmente riconosciuto ed accettato. Nonostante questa preminenza rivestita nella contrattualistica globale, esso è, in realtà, un concetto semplice. Difatti, tale principio, altrimenti definito della *sanctity of contract*, altro non implica se non che le parti siano vincolate al rispetto del contratto cui si sono volontariamente obbligate. Pertanto esse saranno responsabili nel caso in cui non eseguano le prestazioni in esso dedotte <sup>1</sup>.

La centralità di questo principio trae origine, non solo dall'alta considerazione che la contrattualistica ha dell'autonomia del volere, ma anche nel valore di cui esso è foriero ai fini della certezza del diritto. E proprio per questa ragione, sono rari i casi in cui ne sia stata messa in discussione la cogenza. Tuttavia, è esperienza comune osservare come il contratto, nel corso della propria esecuzione ed efficacia, subisca un'inevitabile evoluzione. In particolare, è nei contratti commerciali internazionali, generalmente caratterizzati da un'esistenza duratura, che risulta altamente probabile che le circostanze poste alla base dell'accordo si modifichino<sup>2</sup> col passare del tempo. Pertanto, la vincolatività di questo principio non può essere assoluta. Sussistono, infatti, ipotesi in cui il rispetto incondizionato di

---

<sup>1</sup> J. RIMKE, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1999-2000, 197.

<sup>2</sup> C. CASTRONVO, *Manuale di diritto privato europeo*, Volume 2, Giuffrè, Milano, 2007, pag 521.

siffatta regola aurea comporterebbe conseguenze ingiuste ed inaccettabili: nei casi più estremi si potrebbe giungere al paradosso di esser tenuti ad eseguire una prestazione divenuta impossibile a causa dell'imprevedibile mutamento sopravvenuto nelle circostanze; in altre situazioni, meno drammatiche, ci si potrebbe trovare a dover eseguire un'obbligazione che, per quanto ancora possibile, sia nondimeno divenuta eccessivamente onerosa<sup>3</sup>. Così, per far fronte ad ipotesi del primo tipo, s'invoca la cosiddetta "force majeure", la seconda tipologia di episodi ricade, invece, nel concetto di hardship. Le problematiche legate alla forza maggiore ed all'hardship nei contratti commerciali internazionali, non son altro che la trasposizione d'una ineliminabile tensione che da sempre sussiste tra l'esaminanda regola ed un altro principio, parimenti centrale nell'ambito del diritto dei contratti, ossia il principio *rebus sic stantibus*<sup>4</sup>.

Secondo questa massima, come noto, un contratto rimane vincolante finché le circostanze su cui si basa rimangano anch'esse inalterate<sup>5</sup>.

In merito occorre avvertire che questa tesi, per evidenti ragioni di economia euristica, dovrà giocoforza restringere il proprio campo d'indagine, focalizzandosi sui molteplici, complessi e variegati aspetti connessi al perimetro concettuale dell'hardship, pur non dimenticando, per quanto pertinente ed opportuna, l'analisi *de plano* delle questioni legate ai casi di forza maggiore.

---

<sup>3</sup> "Naturalmente più a lungo i rapporti commerciali internazionali dureranno maggiore sarà il rischio di un mutamento di circostanze, che possono rendere l'esecuzione della prestazione di una della parti assai più onerosa, rispetto all'equilibrio economico iniziale del contratto, che tali mutate circostanze vengono a sconvolgere." A. FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged by-out, Hardship clause, Countertrade Cash and carry, Merchandising*, Giappichelli, Torino, 392.

<sup>4</sup> U. DRAETTA, *Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans Les Contrats Internationaux* in *International Business Law Journal* 2002, No 3-4, 347.

<sup>5</sup> H. VAN HOUTTE, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda* in Gaillard ed. *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ICC Publ. Nr. 480, Paris 1993, 4, in <http://www.trans-lex.org/117300/>.

È notorio come la locuzione “*hardship*”, descrittiva d’un fenomeno d’importanza crescente nell’ambito della contrattualistica internazionale, si riferisca a quegli eventi in cui una delle parti d’un contratto subisca le conseguenze d’accadimenti imprevedibili ed esterni che abbiano reso più onerosa l’esecuzione dell’obbligazione a proprio carico, al punto che, l’adempimento della stessa sarebbe possibile solo a condizione di sopportare un sacrificio eccessivo e di subirne il relativo pregiudizio<sup>6</sup>.

È di fronte a simili evenienze che i contraenti manifestano la necessità di tutelarsi o d’esser tutelati, mediante molteplici soluzioni, alternativamente percorribili, che *in itinere* andremo ad analizzare, non prima di effettuare una preliminare e propedeutica considerazione di base.

Avendo premesso che il fenomeno dell’*hardship* si sviluppa essenzialmente, ancorché non esclusivamente, nell’ambito dei contratti commerciali internazionali, appare opportuno, prima di procedere alla disamina di questo fenomeno e dei rimedi predisposti per fronteggiarlo, andare ad esplorare il contesto fattuale e normativo in cui esso s’è sviluppato.

Il primo passo è quello di definire il concetto di contratto commerciale internazionale, quale tipologia contrattuale che manifesta elementi di connessione con più ordinamenti giuridici, partendo dal presupposto che, per ottenere siffatto risultato sarà indispensabile raffrontare la nozione che dello stesso forniscono, direttamente o indirettamente, svariati strumenti *lato sensu* normativi del panorama internazional-privatistico. Il concetto sarà, quindi, precisato gradatamente.

---

<sup>6</sup> A. CASTRO - A. ZAPATA, *El Hardship en Los Contratos Internacionales* in *Revist@ e- Mercatoria*, Vol. 4, No. 2, 2005, 1-2.

Una volta delineata, questa nozione appare necessario stabilire quali fonti sono chiamate a disciplinarlo. Compito tutt'altro che agevole, dal momento che il *framework* del business internazionale odierno è chiaramente molto variegato<sup>7</sup>.

In primo luogo, l'iniziale risorsa cui far riferimento è, indubbiamente, il contratto medesimo, in ambito internazionale ancor più che in un ambito domestico. In tale contesto, infatti, è diffusa la tendenza ad includere nel regolamento contrattuale clausole che regolamentano le evenienze più diverse, con una pretesa di completezza ed esaustività, generalmente irrealistica”<sup>8</sup>.

Non è poi raro riscontrare che degli accorti contraenti si siano premurati di inserirvi un c.d. *pactum de lege utenda*, risolvendo *ex ante*, la problematica dell'individuazione della legge regolatrice della materia. Al contrario, quando una siffatta scelta non è stata compiuta il discorso si complica sensibilmente. In via di prima approssimazione la prima fonte a cui ricorrere per determinare la legge applicabile al contratto, saranno le norme di diritto internazionale privato del foro in cui la controversia, occasionata dal contratto, è stata incardinata.

Purtuttavia, va segnalato come le norme di diritto internazionale privato siano intrinsecamente latrici di un certo grado di incertezza.

La nascita degli Stati nazionali ha, difatti, portato con sé l'esigenza di accentrare a livello statale la produzione del diritto oltre che l'amministrazione della giustizia, segnando il tramonto dello *ius commune*.

Il particolarismo giuridico che n'è conseguito, ha fatto sì che anche le norme di conflitto, di cui si compone il diritto internazionale

---

<sup>7</sup> Così R. WAI, *The Interlegality of Transnational Private Law in Law and Contemporary Problems*, 2008, Vol. 71, 110.

<sup>8</sup> In contracts with indicia of internationalism, an actual or inferred choice on questions of applicable law and forum is supposed to bring clarity and certainty to the confusion posed by multijurisdictional overlap”. F. JOHNS, *Performing Party Autonomy*, in *Law and Contemporary Problems* Vol. 71, No 3, 2008, 243.

privato, pur essendo destinate a regolare quei rapporti che presentino elementi d'estraneità rispetto al singolo ordinamento, siano prodotte da ciascuno Stato, con la conseguenza di esser necessariamente difformi, in tutto od in parte, nei vari sistemi giuridico<sup>9</sup>.

Per ovviare a questa difformità, gli Stati hanno spesso redatto convenzioni internazionali con cui si stabiliscono uniformi norme di diritto internazionale privato. Si tratta di convenzioni che si compongono di norme c.d. strutturali, che non stabiliscono discipline a contenuto sostanziale, ma analoghi criteri d'individuazione dell'*applicable law*. Esempio principale di questa categoria, in ambito europeo, è senz'altro la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, oggi quasi integralmente sostituita dal Rome I Regulation.

Diverse da ciò sono, poi, le convenzioni internazionali di diritto uniforme, in cui norme di natura sostanziale disciplinano in modo analogo, in tutti gli Stati firmatari, determinate materie. Così fa, ad esempio, l'*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in materia di compravendita internazionale di beni mobili.

Malgrado ciò, essendo inverosimile, pur non di meno, immaginare di redigere convenzioni di diritto internazionale privato afferenti ad ogni possibile ramo del diritto, tale strumento, benché utile, non risolve ogni inconveniente<sup>10</sup>.

Per questo motivo, tra le fonti dei contratti commerciali internazionali si trovano anche strumenti regolatori di fonte non

---

<sup>9</sup> F. BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*, CEDAM, 2012, 34.

<sup>10</sup> "L'ordinamento giuridico potrebbe rinunciare all'introduzione di regole di questo tipo (i.e. norme dispositive n.d.r.) se fosse ipotizzabile che le parti stesse prevedano pattuizioni contrattuali che consentano di individuare i loro diritti in presenza di qualunque patologia della prestazione. In tal caso, il diritto dei contratti potrebbe limitarsi ad una sola frase "*pacta sunt servanda*" Tuttavia la conclusione di contratti contenenti pattuizioni prive di lacune è molto impegnativa." H. KÖTZ- S. PATTI, *Diritto Europeo dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 2006, 15.

statale. Questi strumenti, tra cui possono annoverarsi i Principles of European Contract Law e gli Unidroit Principles of International Commercial Contract, si caratterizzano per la loro natura non cogente. Essi, che costituiscono un icastico esempio della *soft law*<sup>11</sup>, sono nati per rispondere alle necessità degli operatori del commercio internazionale, spesso non soddisfatte delle risoluzioni proposte da fonti statali o interstatali, e rappresentano il frutto del lavoro di alcuni dei giuristi più autorevoli del settore. Mancando di una *binding nature*, essi saranno osservati per autonoma volontà dei contraenti e fintantoché continueranno ad essere in linea con le loro istanze.

Conclusa questa Prima parte della nostra analisi, nella Seconda parte ci occuperemo del tema centrale della ricerca: oltre all'analisi fattuale ed alla descrizione del fenomeno, saranno contestualmente e succintamente analizzate le *hardship clause*.

Esse rappresentano lo strumento a disposizione delle parti per proteggere i contratti, essenzialmente di lunga durata, dagli effetti di cambiamenti imprevedibili al di fuori dal controllo dei contraenti che potrebbero mettere a repentaglio l'equilibrio tra prestazione e controprestazione, sulla base del quale le parti avevano prestato il proprio consenso. Le suddette clausole fronteggiano, in modo dinamico, eventi imprevisi ed inevitabili con la normale diligenza, cercando di adattare i termini del contratto, in modo d'eliminare gli effetti pregiudizievoli prodotti dall'evento perturbativo, cosicché l'esecuzione del contratto possa proseguire ridistribuendo in maniera

---

<sup>11</sup> Per un' analisi sui Principi Unidroit e Principles of European Contract Law quali emblematici esempi di soft law nei contratti commerciali internazionali V. L. MEYER, *Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of the European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 34, No. 1, 2006, 119-144.



equa tra le parti il maggior onere che tale accadimento avrebbe, invece, interamente accollato ad una sola delle parti<sup>12</sup>.

Sarà chiarito però che non sussiste un solo modello di clausola di hardship, in quanto la stessa può presentarsi sotto diverse forme.

A questo punto, centro nodale della trattazione diverrà la disciplina dell'hardship contenuta nei principi Unidroit. Difatti, va chiarito come la portata innovativa di questo specifico strumento, anche solo limitatamente all'hardship, sia dirompente.

Tramite esso, infatti, le Parti predispongono, sulla scia di quanto verificatosi nella prassi, per la prima volta di norme ad hoc per la regolamentazione del fenomeno, elevandolo a concetto autonomo e distinto da nozioni affini, come ad esempio la *force majeure*. I *drafters* degli esaminandi principi hanno ritenuto preferibile scindere la normativa, *latu senso* intesa, in tre disposizioni.

Inizialmente l'articolo 6.2.1 ribadisce il principio dell'obbligatorietà del contratto e, quindi, la rilevanza del *pacta sunt servanda*, prospettando il carattere eccezionale della disciplina sull'hardship. di tutte le condizioni prescritte dalla norma precedente. In *secundis*, l'articolo 6.2.2 definisce il concetto di hardship, descrivendolo come l'alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale, quale conseguenza dell'incremento del costo della prestazione d'una parte ovvero della diminuzione del valore della controprestazione. A tenore della norma in esame questo disequilibrio deve essere dovuto ad un evento, imprevedibile ed estraneo alla sfera di controllo della parte svantaggiata, accaduto o conosciuto dalla stessa, dopo la conclusione del contratto, purchè questa non se ne fosse assunta il rischio.

---

<sup>12</sup> A. A. MONTAGUE, *Hardship Clauses*, in *International Business Lawyer*, International Bar Association (UK), 1985, Vol. 13, 135.

La terza ed ultima disposizione regola gli effetti che scaturiscono dal verificarsi dell'hardship. Innanzitutto, si prevede che la parte svantaggiata sarà abilitata a presentare un'istanza di rinegoziazione del contratto alla controparte. Se, tuttavia, le parti non riescono a raggiungere un accordo per emendare il contratto, è possibile far ricorso all'organo giudicante che dovrà adattare il contratto, ovvero risolverlo determinandone termini e condizioni<sup>13</sup>.

Quando l'analisi delle disposizioni cardine sarà stata ultimata, la disciplina dell'hardship verrà raffrontata con quella, contenuta nei medesimi principi, sulla *force majeure*.

Poiché le due fattispecie presentano, infatti, diversi punti di convergenza, per render chiara, comunque, l'autonomia dei due concetti, è parso opportuno mettere in risalto le evidenti analogie e le significative differenze.

Un ulteriore confronto sarà poi effettuato con la disposizione (i.e. art 6.111) dei Principi Europei di Diritto dei Contratti<sup>14</sup>; nonché, seppur sommariamente, il raffronto proseguirà con la ICC Hardship Clause 2003, ovvero sia il modello di clausola di hardship predisposto, a beneficio degli operatori, dall'*International Chambers of Commerce*.

Il capitolo conclusivo sarà, da ultimo dedicato ad un'analisi comparatistica, esaminando come, alcuni ordinamenti nazionali, affrontino, o abbiano nel corso del tempo fronteggiato, nel proprio diritto interno la tematica dell'hardship.

A tal uopo sono stati selezionati cinque ordinamenti.

---

<sup>13</sup> Unidroit Principles of International Commercial Contract 2010 disponibili in <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

<sup>14</sup> C. CASTRONOVO, *Principi Europei di Diritto dei Contratti* parte I e II, Giuffrè, Milano, 2001, art 6:111.

## Capitolo I: Il contratto commerciale internazionale

### **1. Definizione di contratto commerciale internazionale**

Un discorso incentrato sulla clausola di Hardship non può prescindere da una contestualizzazione della medesima. Tale clausola trova la sua scaturigine, la sua ragion d'essere e la sua funzione logica, eziologica e teleologica nei contratti commerciali internazionali. In particolare, l'importante clausola in esame "vive" in un contesto sostanzialmente sovranazionale, *in primis* quello degli operatori economici professionali.

Pertanto, un'analisi della clausola di Hardship, avulsa da una premessa sul suo originario ambito d'applicazione, sarebbe di limitata utilità ed, oltretutto, la comprensione della stessa ne sarebbe pregiudicata, stante la difficoltà di cogliere le molteplici sfaccettature d'un simile elemento contrattuale senza un espresso richiamo, quantomeno iniziale, al quadro generale in cui esplica i suoi effetti.

Nella realtà contemporanea, possiamo affermare come pressoché ogni aspetto della nostra vita, sia individuale, sia in qualità di soggetti economici e giuridici, abbia ormai assunto una dimensione transazionale, travalicando i tradizionali confini degli stati nazionali. Particolarmente rilevante, ai fini dell'analisi che c'accingiamo ad intraprendere, è la globalizzazione dell'economia. Questa terminologia ha iniziato ad essere utilizzata intorno agli anni '90 del secolo scorso, per descrivere fenomeni connessi con la crescita dell'integrazione economica, sociale e culturale tra le diverse aree del mondo. La globalizzazione ha inevitabilmente stravolto la struttura del commercio internazionale dando luogo a processi di liberalizzazione, apertura,

integrazione, interconnessione e interdipendenza dei mercati, dei servizi, dei flussi di capitali e di lavoro, che rappresentano l'aspetto dinamico dell'internazionalizzazione medesima. In particolare, in quella che viene definita la terza fase di questo fenomeno, il flusso dell'import-export è cresciuto in maniera esponenziale, affiancato da un'accelerazione della globalizzazione anche finanziaria, dallo sviluppo dei trasporti e dalla diffusione su vasta scala delle nuove tecnologie<sup>15</sup>.

Di conseguenza, in un mondo in cui gli scambi commerciali, i mercati e persino i consumi sono resi sempre più integrati ed interdipendenti è inevitabile riconoscere al contratto un ruolo di primaria importanza, maggiore persino di quella, già fondamentale, ad esso attribuita all'interno di ciascun ordinamento.

Se è, infatti, vero che le relazioni intersoggettive di natura economico-patrimoniale sono in genere lasciate alla volontà dei soggetti coinvolti anche se si tratta di relazioni interne, in queste situazioni le parti interessate fanno di operare all'interno di una cornice legislativa definita e tendenzialmente chiara, che è destinata ad essere presupposta dagli operatori.

Alle volte, essa è richiamata in modo più o meno esplicito, in altre circostanze, è tenuta presente in modo latente.

Quando, invece, tali relazioni assumono una dimensione che trascende una singola nazione, il contratto diventa di norma il fulcro pressoché unico attorno al quale le parti intrecciano i loro rapporti ben

---

<sup>15</sup> La prima fase, che ebbe luogo tra il 1870 e l'inizio del primo conflitto mondiale, vide una crescita significativa dei flussi di capitali e migratori, nonché al raddoppio del commercio transfrontaliero. Complici la guerra, la crisi del '29 e le politiche protezioniste e nazionaliste dei regimi totalitari tuttavia, gli effetti di questa prima fase furono del tutto cancellati e si tornò ai flussi del 1870. La seconda fase concentrata nel ventennio tra gli anni '60 e '80 assunse una portata maggiore coinvolgendo le economie non solo dei paesi industrializzati ma anche di molti di quelli in via di sviluppo, eccezion fatta per l'Africa, interessata in modo del tutto marginale. La terza fase, iniziata nel 1980, è tutt'ora in corso. V. [http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione\\_\(Enciclopedia-Italiana\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione_(Enciclopedia-Italiana)).

consapevoli dell'assenza di un *background* di riferimento facilmente richiamabile.

Tutto questo si riflette e si evince dalle tecniche di redazione delle due diverse tipologie di contratti.

I contratti internazionali infatti tendono ad essere quanto più possibile completi e dettagliati, hanno per così dire una vocazione all'autoregolamentazione tentando per questa via disciplinare in modo autosufficiente le questioni considerate rilevanti nel caso concreto, prescindendo da quella che sarà la legge che in concreto governerà il contratto.

Definire cosa sia un contratto commerciale internazionale tuttavia non è cosa semplice, non esiste infatti una nozione unica, fornita *ex auctoritate* di "contratto commerciale internazionale" (del resto, in caso contrario, sarebbe legittimo chiedersi quale avrebbe potuto essere la fonte di siffatta nozione unitaria)<sup>16</sup>.

Infatti, al contrario di quanto avviene per la definizione di contratto, presente in tutti o quasi gli ordinamenti nazionali (come ad esempio nel nostro codice civile, in cui la nozione di contratto è contenuta nell'articolo 1321 c.c. e così similmente nel *code civil* francese e nel *codigo civil* spagnolo), non troveremo mai una fonte che con altrettanta autorità espliciti il concetto in commento, purtuttavia, possiamo procedere per approssimazioni successive, cercando d'avvicinarci progressivamente ad un definizione generale, e per ciò stesso astratta, d'un concetto empiricamente molto concreto.

Per questa ragione, appare preferibile concentrarci su ciascuno dei predicati giustapposti, in funzione qualificativo-definitoria, al termine contratto.

---

<sup>16</sup> In Argomento vedi S. CARBONE - R. LUZZATO, *I contratti del commercio internazionale*, in Tratt. dir. priv., 11, Torino, 1987, A. FRIGNANI, *Il diritto del commercio internazionale*, Milano, 1990, F. GALGANO - F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004, M. BIANCHI, *Contratti internazionali*, 3, Milano 2002.

Prendiamo le mosse dall'elemento dell'*internazionalità*.

La dottrina, in primo luogo, ha ritenuto di poter descrivere in modo molto semplice e lineare il contratto internazionale come l'accordo tra due o più parti appartenenti a diversi Paesi o similmente come quel negozio che instaura una relazione economico-giuridica tra soggetti facenti capo ad ordinamenti diversi. Quindi, si tratta d'un contratto che presenta elementi d'estraneità rispetto ad un singolo ordinamento<sup>17</sup>.

Questa nozione generalissima può esser riempita di contenuto tramite il riferimento a criteri tra loro diversissimi, alcuni di natura soggettiva come la nazionalità delle parti o il loro domicilio, residenza o sede sociale in Paesi diversi, ovvero ad altri criteri fattuali di natura oggettiva, come ad esempio una scelta espressa circa il diritto applicabile contenuta nello stesso contratto, nonché prendendo in considerazione il luogo in cui il contratto dev'esser eseguito se questo è situato in un paese diverso da quello in cui entrambe le parti hanno la sede dei loro affari (ipotesi quest'ultima non troppo frequente) ovvero ancora nell'ipotesi in cui "il contratto presenti *collegamenti significativi con più Stati*" ed, altresì, quando il contratto "*interessi il commercio internazionale*"<sup>18</sup>.

Campanale<sup>19</sup> schematizza, al riguardo, le situazioni che possono dar luogo ad una transazione regolata dal diritto commerciale internazionale:

---

<sup>17</sup> S. CARBONE - R. LUZZATO, *Il Contratto Internazionale*, Torino, 1994; F. GALGANO - F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004. In senso parzialmente diverso A. DE PAULI - G. CAMPEIS, *Le operazioni del commercio internazionale - Regole giuridiche sostanziali e tutela processuale*, Milano, 2000, 31, 32.

<sup>18</sup> Commento al preambolo dei principi Unidroit 2004, in <http://www.unidroit.org/italian/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-i.pdf>.

<sup>19</sup> *Introduzione alle fonti di diritto commerciale internazionale*, S. CAMPANALE, in *Manuale di Diritto del Commercio Internazionale* a cura di U. PATRONI GRIFFI, Giuffrè, Milano 2012, 3 - 20.

- le parti di una trattativa commerciale hanno la loro sede di affari in stati diversi oppure diversa è la loro nazionalità;
- trattandosi di contratti conclusi a distanza, l'offerta e l'accettazione sono state inviate da sedi di imprese ubicate in stati differenti;
- una o più delle prestazioni che caratterizzano il contratto deve essere eseguita in uno stato diverso da quello in cui è stato concluso.

La *Vienna Convention on International Sale of Goods* del 1980, all'articolo 1, stabilisce il suo *scope of application*: “La presente Convenzione è applicabile ai contratti di compravendita di merci tra parti che hanno stabile organizzazione in Stati diversi”, per cui ai sensi della convenzione si considera *contratto*, nel caso di specie di compravendita, internazionale l'accordo concluso *tra parti che hanno stabile organizzazione in Stati diversi*. Poco oltre, nel medesimo articolo, si chiarisce, peraltro, che la cittadinanza delle parti non è presa in considerazione per l'applicazione della Convenzione stessa.

I Principi Unidroit, che sono espressamente qualificati come principi dei contratti commerciali internazionali, si astengono dal demarcare il loro ambito d'applicazione attraverso l'introduzione di una puntualizzazione del concetto di “contratto internazionale”, non optano quindi per nessuno dei criteri menzionati.

Questo apparente silenzio sottintende però che alla nozione di contratto internazionale “debba darsi la interpretazione più ampia possibile, così da escludere, in definitiva, solamente quei casi in cui non sia presente alcun elemento di internazionalità, ovvero in cui tutti gli elementi rilevanti del contratto in questione siano palesemente collegati con un solo paese o ordinamento giuridico nazionale”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> M. J. BONELL, *Un Codice Internazionale del Diritto dei Contratti*, Giuffrè Milano, 2006, 75.

Al fine di ricercare ulteriori riferimenti al concetto di internazionalità, è anche possibile far rinvio all'UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration* (1985), così come modificato nel 2006. Nella definizione del suo *scope of application*<sup>21</sup>, il testo in questione stabilisce quanto segue:

*An arbitration is International if:*

- 1) *The party to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their place of business in different States; or*
- 2) *One of the following places is situated outside the State in which the parties have their place of business*
  - \* *The place of arbitration if is determinated in, or pursuant to, the arbitration agreement*
  - \* *Any place where a substantial part of the obligation of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or*
- 3) *The parties have expressly agreed the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.*

Dall'articolo riportato è semplice desumere che il carattere dell'internazionalità, nel caso di specie dell'arbitrato, può esser fatto derivare da diversi fattori (le parti hanno la sede dei loro affari in paesi diversi, alcuni luoghi indicati si trovano in uno Stato diverso da quello in cui le parti hanno la sede dei loro affari, le parti hanno stabilito che l'accordo sia collegato con più di un paese).

Pertanto, l'UNCITRAL adotta svariati criteri per attribuire carattere internazionale alla procedura arbitrale in modo tale da estendere il più possibile l'ambito di applicazione delle regole in discorso.

---

<sup>21</sup> Part One, Chapter One, Article One.



Per cui, nulla osta, *mutatis mutandis*, all'applicazione di criteri analoghi anche al concetto di internazionalità relativo al contratto, ed in ogni caso ad adottare un'accezione di internazionalità piuttosto ampia facendo sempre salva la possibilità di accogliere una nozione più restrittiva o comunque diversa qualora una simile definizione sia ricavabile da una specifica normativa di volta in volta applicabile a particolari ipotesi.

Dopo aver delineato, seppur a grandi linee, l'elemento dell'internazionalità del contratto è opportuno a questo punto focalizzarsi sul secondo predicato ovvero quello della *commercialità*.

Procedendo in maniera analoga a quanto pocanzi fatto ci si accosterà anche a questo concetto mediante l'analisi di fonti differenti, stante, anche in questa circostanza, la mancanza di un'unitaria definizione di derivazione *lato sensu* normativa.

È primariamente opportuno riferire che la più illustre e ormai consolidata dottrina, da Bonell a Galgano<sup>22</sup> ritiene che il richiamo del carattere commerciale del contratto internazionale non ha lo scopo di reintrodurre anche in ambito internazionale la storica partizione del diritto privato in diritto "civile" e diritto "commerciale", scissione tuttora presente ad esempio in vari Paesi Europei<sup>23</sup>.

L'*opinio doctorum* trova agile conferma - o forse sarebbe meglio sostenere che abbia trovato chiaro fondamento - nell'*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1985), ove si legge che "Del termine *commerciale*, dev'esser fornita un'interpretazione molto ampia, al fine di poter prendere in

---

<sup>22</sup> GALGANO – MARELLA, *Diritto e Prassi del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 2004, 13.

<sup>23</sup> *Cfr. ex multis*: il diritto francese mantiene in vigore due codici di diritto privato il code civil e code de commerce; l'ordinamento tedesco ha visto entrare in vigore nel 1900 a fianco del BGB, codice civile, il codice di commercio HGB. Differentemente, altri sistemi giuridici nazionali, come quello italiano e quello svizzero, hanno ritenuto di dover abbandonare la concezione "dualistica" del diritto privato, unificando in un unico codice l'intera disciplina privatistica, ergo comprensiva sia del diritto *stricto sensu* civile, sia di quello commerciale.

considerazione le problematiche che sorgono da tutte le relazioni di natura commerciale (omissis). Le relazioni di natura commerciale includono, ma non sono limitate a, le seguenti transazioni: qualunque transazione per la fornitura o lo scambio di beni o servizi; accordi di distribuzione; rappresentanza commerciale o *agency*; *factoring*; *leasing*; lavori di costruzione; *consulting*; *engineering*; *licensing*; investimento; finanziamento; *banking*; assicurazione; concessioni o accordi di sfruttamento; *joint venture* ed altre forme di cooperazione industriale o commerciali; trasporto ferroviario, stradale, marittimo o aereo di merci o passeggeri”.

Non è richiesta una particolare attenzione nella lettura del testo per riscontrare l'intento ad esso connaturato, è infatti, percepibile che la definizione adotti una concezione decisamente estesa della commercialità, ancora una volta con lo scopo di mantenere un ambito di applicazione quanto più lato possibile.

Su di un piano ermeneutico non dissimile, s'attestano i Principi Unidroit che nel sullodato commento al preambolo, manifestano apertamente il dichiarato intento di non limitare il proprio ambito d'applicazione alle sole relazioni definibili come commerciali, in senso stretto, in quanto contrapposte a quelle civili.

Essi statuiscono, difatti, quanto segue:

*“La limitazione dell’oggetto ai contratti “commerciali” non vuole, in alcun modo, far rivivere la distinzione tradizionalmente presente in alcuni sistemi giuridici tra soggetti e/o atti giuridici “civili” e “commerciali”: non si intende, cioè, far dipendere la applicabilità dei Principi dalla circostanza se le parti abbiano o meno*

lo status formale di “commercianti” (*commerçants, Kaufleute*) e/o l’atto sia di natura Commerciale”<sup>24</sup>.

Enucleato ciò che non vuole sottendersi con il riferimento alla “commercialità”, è necessario comprendere ciò che in concreto viene considerato estraneo a tale concetto e, pertanto, i confini che l’analizzando predicato vuole demarcare.

A questo proposito, Galgano e Marella fanno notare “la tendenza... ad escludere” dai contratti commerciali internazionali, “i contratti conclusi con i consumatori”<sup>25</sup>.

Riallacciandoci ai Principi Unidroit, possiamo citare A. S. Hartkamp, il quale, riprendendo il commento al preambolo dei Principi nel libro *Towards a European Civil Code*<sup>26</sup> argomenta che il termine “commercial ... is meant to exclude-following the example of the CISG-the so called consumer contract”.

Lo stesso Hartkamp, nella sua analisi dei principi Unidroit, ci induce quindi a prendere contemporaneamente in considerazione la convenzione di Vienna del 1980, al fine di metter in risalto l’analogia accezione di significato conferita al concetto della commercialità.

È preferibile trattare contestualmente entrambi gli strumenti regolatori dei contratti commerciali internazionali, dal momento che ambedue hanno operato la medesima scelta di lasciar fuori del ambito della commercialità le transazioni tra professionista e consumatore.

A questo punto, tuttavia, diviene necessario definire quali siano i cosiddetti *consumer contracts*.

A tal proposito però le strade delle due fonti regolatrici dei contratti *de quibus* vanno nuovamente scisse.

---

<sup>24</sup> Commento al preambolo dei principi Unidroit 2004, in <http://www.unidroit.org/italian/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-i.pdf>.

<sup>25</sup> GALGANO - MARELLA, *Ibidem*.

<sup>26</sup> A. S. HARTKAMPT, *Towards a European Civil Code*, Paragrafo 4.1.1, 247.

La CISG, infatti, incorpora nel suo articolato la sua nozione di ciò che ai sensi della Convenzione medesima vada inteso come contratto del consumatore, o a voler essere precisi, avviene esattamente l'inverso, l'articolato della CISG, difatti, non utilizza mai la terminologia "contratto del consumatore" ma all'articolo secondo esplicita che "*La presente Convenzione non disciplina la compravendita di merci acquistate per uso personale, familiare o domestico, a meno che il venditore, in un momento qualsiasi prima della conclusione o in occasione della conclusione del contratto, non abbia saputo, né abbia potuto sapere che queste merci erano acquistate per tale uso*"<sup>27</sup>.

Il commento al preambolo dei Principi Unidroit, al contrario, si limita a rinviare al generico concetto dei contratti consumieristici senza enucleare la nozione, né elencare i criteri atti ad identificarli.

La posizione assunta dai Principi si spiega, tuttavia, agevolmente: *in primis*, i redattori hanno cercato d'evitare di rimanere imprigionati nel dedalo di criteri presenti nei diversi ordinamenti nazionali<sup>28</sup>; *in secundis*, la *ratio* di tale silenzio eloquente è quella di portare lo *scope of application* dei principi alla maggiore estensione possibile<sup>29</sup>.

Volendo andare alla ricerca di ulteriori ipotesi normative che si siano mosse in modo analogo in merito al concetto di contratto commerciale, ancorché non internazionale, possiamo porre la nostra attenzione, come già è stato fatto da Bonell<sup>30</sup> all'Uniform Commercial Code.

---

<sup>27</sup> [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal\\_Guide\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf)

<sup>28</sup> *I criteri adottati a livello nazionale ed internazionale per definire i "contratti con i consumatori" sono notoriamente vari. I Principi non forniscono alcuna definizione esplicita*, commento al preambolo dei principi Unidroit 2004.

<sup>29</sup> *I principi si basano sull'assunto che il concetto di contratto "commerciale" debba essere inteso nel senso più ampio possibile, così da includervi non soltanto i contratti di commercio per la fornitura o lo scambio di beni o servizi, ma anche altri tipi contrattuali come quelli di investimento e/o concessione, di prestazioni professionali, etc.* Commento al preambolo dei Principi Unidroit, 2004.

<sup>30</sup> M. J. BONELL, *op.cit.* 77

Lo UCC, dichiaratamente indirizzato alle *commercial transaction*, nel momento in cui dovrebbe espletare in termini positivi il significato del termine *commercial* abdica a questa sua prerogativa, questo *self-refrain*, tuttavia, non preclude la possibilità, ove ciò venga ritenuto necessario, d'escludere l'applicabilità delle regole dettate dallo UCC ai contratti dei consumatori, come s'evince, a titolo puramente esemplificativo, dall'articolo 2-102 "*not does this Article impair or repeal any statute regulating sales to consumers*"<sup>31</sup>.

Appare spontaneo, a questo punto, domandarsi da dove derivi questa tendenziale univocità di vedute (il richiamo, è ovviamente, all'esclusione dei contratti del consumatore dall'ambito della commercialità)<sup>32</sup>.

La logica sottostante è, in realtà, di facile intuizione: i contratti commerciali, così come l'intera *lex mercatoria*, sono nati, si sono perfezionati e vengono impiegati essenzialmente nella prassi e negli usi di operatori professionali che si suppone possiedano conoscenza e padronanza del commercio.

Prescindendo da eventuali status professionali riconosciuti o meno, il soggetto commerciante/professionista è all'uopo individuato sulla base di fattori esclusivamente pragmatico-esprienziali.

Tali attori economici *lato sensu* professionali, si distinguono nettamente dal soggetto consumatore, che possiamo definire, come la persona fisica che agisce per scopi *outside his business trade or profession*, secondo la nozione impiegata nella legislazione consumeristica europea<sup>33</sup>, ovvero secondo lo UCC, che adotta una

---

<sup>31</sup> In realtà, le esclusioni operate dallo UCC non riguardano sempre e solo i contratti dei consumatori, ma spesso esentano alcune categorie di *buyers*, come i *farmers*, a cui lo stesso §2-102 fa rinvio, dall'essere assoggettati alla disciplina in esso contenuta.

<sup>32</sup> "Come se alla tradizionale assenza di accordo tra gli ordinamenti statali sulla definizione del <<commerciante>> si fosse sostituito un accordo universale su ciò che <<commerciale>> non è: i contratti del consumatore", in GALGANO - MARELLA, op. cit., 13.

<sup>33</sup> In particolare, nella *Unfair Contract Terms Directive* 93/13.

definizione di consumatore del tutto simile, come *an individual who buys or contract to buy goods that at the time of contracting are intended by the individual to be used primarily for personal, family or household purposes* (§2-103).

La distinzione però tra queste categorie di soggetti, non si ferma ad una mera questione di ruoli, ma si riflette anche nelle diverse esigenze di cui le due categorie sono foriere.

Il consumatore, infatti, è universalmente individuato come destinatario d'una normativa che lo tutela<sup>34</sup>, in genere a carattere cogente ed inderogabile, stante la posizione d'inferiorità rispetto alla propria controparte (i.e. professionista), inferiorità derivata da un'inevitabile asimmetria informativa, nonché dalla totale desuetudine a destreggiarsi tra le complesse prassi commerciali poste in essere dagli operatori professionali, ed in ultimo, da un *bargain power* quasi inesistente, conseguenza d'una società caratterizzata da consumi massificati e contratti standardizzati.

Il bisogno primario di questa classe è quindi di tipo protettivo. Ed è al soddisfacimento di questo bisogno, che mirano gli istituti della *consumer law* (ad esempio le nullità di protezione, diritto di recesso entro 10 giorni dalla conclusione del contratto per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, etc.). Al contrario, le necessità più pressanti di un "commerciante" sono certamente la certezza e stabilità degli scambi, nonché la semplificazione degli stessi. Ed è a questi

---

<sup>34</sup> La *consumer legislation* in ambito europeo trovava le sue colonne portanti in diverse direttive:

- the Doorstep Selling Directive 85/57
- the Package Travel Directive 90/314
- the Unfair Contract Terms Directive 93/13
- the Timeshare Directive, 2008/122/EC
- the Distance Selling Directive 97/7
- the Price Indication Directive 98/6
- the Injunctions Directive 98/27
- the Consumer Sales Directive 99/44.

Nel 2011, tuttavia, è stata approvata The Directive on Consumer Rights (2011/83/EC) che, da giugno 2014, sostituisce le precedenti direttive 97/7/EC, 85/57/EEC, 99/44/EC, 93/13/EEC.

obiettivi che tende la disciplina del commercio internazionale, in massima parte creata dagli stessi operatori professionali.

Se a ciò aggiungiamo, che il *modus operandi* dei consumatori si diversifica notevolmente nelle diverse aree del globo, sulla base di una *consumer culture* differente<sup>35</sup>, al contrario, le pratiche commerciali poste in essere dai professionisti possiedono un intrinseco anelito d'internazionalità e sottendono una connaturata propensione all'uniformità.

I contratti dei consumatori, ergo, non possono rientrare nei Contratti Commerciali per un divario eccessivo tra le due sottospecie di contratti, alla cui assimilazione quindi nessuno ha interesse e da cui nessuno trarrebbe giovamento.

## **2. Le fonti che disciplinano i contratti commerciali internazionali**

Una delle questioni principali inerenti ai contratti commerciali internazionali riguarda inevitabilmente le fonti che li disciplinano. Infatti, il contratto commerciale internazionale si caratterizza, per un suo collegamento, non importa se derivato da fattori di tipo soggettivo o oggettivo, non con un singolo ordinamento, bensì, almeno a livello potenziale, con più ordinamenti.

---

<sup>35</sup> Wilhelmsson fa notare come, al contrario del diritto dei mercanti che ha sempre contenuto un elemento di transnazionalità, trattandosi di un diritto comune a commercianti di diversi paesi e scevro delle peculiarità che distinguono e allontanano i vari diritti nazionali, non vi si possa parlare di una comune "cultura dei consumatori". A titolo esemplificativo, mostra come il concetto possa esser compreso intuitivamente raffrontando il comportamento dei consumatori europei e nord americani con quello dei consumatori di aree sottosviluppate. Th. WILHELMSSON, *International Lex Mercatoria and Local Consumer Law: An Impossible Combination?*, in *Uniform Law Revue*, 2003, 141-150.

Ne deriva che la tipologia di contratti de qua necessariamente fuoriesca da un contesto legislativo unitario, potendo essa risultare legittimamente soggetta a discipline tra loro diversissime.

Ecco, quindi, che la nazionalizzazione del diritto privato, ha generato un problema, tutt'altro che secondario, per gli operatori commerciali, ponendosi in aperto contrasto con quella vocazione internazionalista tipica del commercio e, a sua volta, fatta propria dal contratto, strumento essenziale ed imprescindibile del commercio stesso.

La statalizzazione delle fonti, avvenuta a partire dall'inizio dell'Ottocento, ha dato vita alla nazionalità del diritto privato, cioè alla sua differenziazione per società nazionali.

Il che ha soddisfatto le esigenze d'accentramento della sovranità, proprie degli Stati moderni, ma ha contraddetto un'altra esigenza, connessa al carattere dei mercati, che erano e sarebbero sempre più diventati mercati internazionali, estesi a territori ben più vasti di quelli dei singoli Stati. La nazionalità del diritto privato si rivela un ostacolo ai rapporti economici, soprattutto per le imprese che operano su mercati internazionali <sup>36</sup>.

Ma se un tempo le relazioni economiche transnazionali potevano ancora essere considerate l'eccezione, un fenomeno ristretto che coinvolgeva ed interessava realmente solo agenti altamente specializzati nelle *global transactions*, negli ultimi cinquant'anni le relazioni commerciali transfrontaliere sono la regola, un fenomeno quotidiano coinvolgente ogni tipologia di soggetto, dall'operatore esperto a chi non ha alcuna padronanza dei traffici commerciali sovranazionali.

---

<sup>36</sup> Così GALGANO - MARELLA, in *Diritto e Prassi del Commercio Internazionale in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Diretto da F. GALGANO, Volume cinquantaquattresimo, 154.



*Quid iuris*, quindi, allorché ci troviamo di fronte ad un contratto che non si presta ad essere piegato alla logica della statualità del diritto in conseguenza del suo carattere internazionale?

La soluzione più immediata sembrerebbe quella d'affidarsi all'autonomia delle parti.

Una prima alternativa sarebbe quella d'ovviare al problema *ab origine*, cioè già in sede di redazione del contratto, ricorrendo alla stesura di testi negoziali quanto più completi possibili.

Contratti siffatti vengono definiti *self-regulatory*<sup>37</sup>, in quanto predisposti, o almeno questa sarebbe l'intenzione delle parti, in modo tale da prendere in considerazione ogni questione fondamentale relativa al redigendo accordo.

Il fine d'evitare il ricorso all'etero-integrazione del contratto mediante la legge vorrebbe quindi esser perseguito attraverso un'elaborazione del regolamento contrattuale dettagliata e precisa al punto da render superfluo il rinvio alla legge nazionale per risolvere, sia problematiche di tipo interpretativo, sia i probabili conflitti.

In altri termini, mentre nei contratti cosiddetti interni o domestici le parti tendono a predisporre un regolamento contrattuale nel quale inseriscono quelle norme derogatorie o integrative della disciplina legislativa (alla quale quindi il contratto rimane inevitabilmente legato specialmente quando viene adottato un contratto tipico e, pertanto, normato in modo preciso dalla legge), al contrario, nei contratti internazionali, i contraenti si approciano alla redazione del contratto con l'aspettativa di creare un regolamento articolato che non tralasci nessuna questione essenziale.

Questa aspirazione alla completezza e all'autosufficienza non può che rimanere, tuttavia, su di un piano meramente ideale. È poco

---

<sup>37</sup> In questi termini M. BIANCHI in *Tecniche di redazione dei contratti internazionali*, IPSOA, 2011, capitolo 4.

probabile, infatti, se non utopistico, immaginare di poter prevedere ex ante ogni potenziale e futura insorgenza.

Preso atto, quindi, che non è possibile giungere ad un contratto svincolato *tout court* da una qualsiasi legge che lo governi, i contraenti possono, tuttavia, giocare ancora un ruolo attivo.

Il principio dell'autonomia delle parti infatti, fa sì che, pressoché ogni ordinamento<sup>38</sup> consenta alle parti d'individuare autonomamente la legge applicabile.

Essi possono introdurre, infatti, nel testo un *pactum de lege utenda* stabilendo in anticipo, così, a quale fonte si dovrà far rinvio nell'eventualità che ciò si renda necessario.

La scelta delle parti, non necessariamente dovrà ricadere sull'ordinamento a cui appartiene una delle parti, essendo alle volte più conveniente individuare come *applicable law* la legge d'uno stato terzo (perché, ad esempio, foriera d'una normativa che meglio si confà all'ipotesi di specie), non è, altresì, richiesto che *les contractantes* debbano individuare come norme regolatrici del loro negozio una legge nazionale, potendo tranquillamente essere fatto rinvio a fonti a-statali (i.e. la *Lex Mercatoria*, i Principi Unidroit, i PECL, le ICC rules, etc.).

L'*electio iuris* ad opera delle parti è un rimedio preventivo, utile soprattutto in termini di certezza e prevedibilità, essendo, infatti, individuata dalle parti stesse in modo elettivo la *lex contractu*, non si corre il rischio d'imbattersi, in un momento successivo (essenzialmente quando una qualsiasi divergenza di vedute insorgerà tra le parti), in inaspettati risvolti.

---

<sup>38</sup> Eccezione fatta per alcuni Stati emergenti, o paesi ex socialisti. Ad esempio in Cina, fino al 2000 era previsto un regime differenziato a seconda che i contratti fossero conclusi tra cinesi ovvero tra cinesi e non-cinesi. La seconda ipotesi era infatti regolata da norme ad hoc la "Foreign Economic Contract Law" (FECL), che prevedeva una disciplina del tutto peculiare rispetto a quella che regolava la prima tipologia di rapporti contrattuali.

In assenza d'una *choice of law*, infatti, sarebbero in linea di massima le norme di diritto internazionale privato a dover individuare la legge applicabile; e non è mai scontato, capire a quali norme quest'ultima rinvierà.

“Il diritto internazionale privato è l'insieme delle norme di diritto interno che il giudice (...) deve applicare, nel caso in cui debba decidere una controversia relativa ad una fattispecie che presenti elementi di estraneità rispetto ”all'ordinamento giuridico a cui appartiene” per individuare la legge regolatrice della fattispecie, ossia l'ordinamento giuridico in base al quale deve essere decisa la controversia”<sup>39</sup>.

Il diritto internazionale privato quindi si compone delle *conflict rules* che ciascuno Stato elabora per individuare la legge applicabile quando un rapporto giuridico, e quindi ai fini del nostro discorso il contratto, non ricada all'interno d'un unico ordinamento.

Ciascuno Stato crea nell'ambito del suo potere sovrano un complesso di norme c.d. strumentali (in contrapposizione a quelle materiali che disciplinano gli aspetti sostanziali del rapporto), attraverso cui stabilisce i criteri per individuare, tra i diversi ordinamenti ai quali è potenzialmente riconducibile il rapporto, quello che lo disciplinerà.

Anche il diritto internazionale privato è, quindi, “espressione della statualità del diritto”<sup>40</sup>, ed ogni Stato nell'elaborarlo può decidere di non tener in alcun conto le corrispondenti discipline degli altri Paesi<sup>41</sup>.

Gli aspetti problematici del diritto internazionale privato sono di

---

<sup>39</sup> TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, diciannovesima edizione, Giuffrè Editore S.p.a., Milano, 2009, 60.

<sup>40</sup> *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Diretto da Francesco Galgano, Volume cinquantaquattresimo, F. GALGANO - F. MARELLA, *Diritto e Prassi del Commercio Internazionale*, 154.

<sup>41</sup> Nel nostro ordinamento il diritto internazionale privato è stato riformato con la legge l. n. 218/1995.

due ordini, in primo luogo l'*unpredictability* che lo caratterizza, in secondo luogo proprio la statualità che abbiamo visto essergli propria.

Nei rapporti giuridici l'elemento della certezza, "come prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti"<sup>42</sup> è un valore essenziale ed irrinunciabile.

Bobbio scriveva che la certezza "è un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto"<sup>43</sup>.

Quello in questione non è un problema di secondaria importanza. Il diritto internazionale privato, al riguardo, viene tacciato di *unpredictability* dal momento che esso differisce di Stato in Stato, per cui quando il giudice viene investito della controversia deciderà la questione relativa alla legge applicabile in base alle norme del diritto internazionale privato del proprio ordinamento e, per conseguenza, l'intera controversia sarà decisa sulla base della legge così individuata.

Per cui, se fosse stato adito il giudice di un diverso ordinamento questi avrebbe applicato le norme internazional-privatistiche del suo (diverso) ordinamento giuridico. È plausibile quindi che anche la legge applicabile risulterà diversa e così l'epilogo della lite stessa.

Si veda un esempio concreto: un esportatore di nazionalità tedesca conclude un contratto di compravendita con un compratore thailandese. Il contratto, concluso in Thailandia, non contiene una clausola di scelta del diritto applicabile. Quando, in un momento successivo, sorge una controversia tra le parti, viene sollevata la questione della legge che dovrà essere applicata.

Secondo il diritto internazionale privato thailandese, si deve far riferimento al luogo in cui il contratto è stato concluso: pertanto si dovrà applicare il diritto thailandese.

---

<sup>42</sup> G. GOMETZ, *La Certezza Giuridica come Prevedibilità*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, 22.

<sup>43</sup> N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Vol. 28, 1951, 150.

Secondo le norme di diritto internazionale privato tedesco (che rimandano al *Rome I Regulation*), s'applicherà, al contrario, la legge del paese in cui il venditore ha la residenza abituale.

Ciò significa che, nell'ipotesi in cui la causa venga istruita davanti ad un Tribunale thailandese si applicherà la legge di tale paese, mentre, nel caso in cui la controversia avrà luogo davanti ad un Tribunale tedesco, questo sarà tenuto ad applicare il diritto tedesco.

Tuttavia, se il venditore fosse thailandese ed il contratto fosse concluso in Germania, si otterrebbe il risultato opposto: il Tribunale thailandese dovrebbe applicare il diritto tedesco (essendo stato il contratto concluso in Germania), mentre il tribunale tedesco dovrebbe applicare la normativa thailandese sulla vendita, in quanto legge del venditore)<sup>44</sup>.

È evidente, a questo punto, come le due problematiche, apparentemente scisse, in realtà si intrecciano inevitabilmente tra di loro.

Per ovviare al secondo problema, ma sul presupposto di quanto appena detto anche al primo, “vengono spesso stipulate convenzioni internazionali, che non vanno confuse con le convenzioni di diritto uniforme, con cui gli stati s'impegnano reciprocamente ad adottare norme uniformi di diritto internazionale privato”<sup>45</sup>.

Infatti, mentre le convenzioni di diritto uniforme hanno l'obiettivo di dar vita ad un diritto uniforme, le analizzate convenzioni “concordano i criteri in base ai quali ciascuno Stato applica il proprio diverso diritto”<sup>46</sup>.

La differenza è quindi sostanziale.

---

<sup>44</sup> L'esempio è tratto da ” F. BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*”, CEDAM, Padova, 2012, 25.

<sup>45</sup> GALGANO - MARELLA, cit., 154.

<sup>46</sup> GALGANO - MARELLA, *ivi*, 155.

Nel primo caso sono introdotte, in ciascuno degli Stati sottoscrittori, norme dall'analogo contenuto sostanziale, in modo da rendere la materia *de qua* oggetto d'una disciplina comune;

Nel secondo caso, invece, non vengono introdotte norme sostanziali, ma si concorda il contenuto di quelle norme che abbiamo già definito come "strutturali".

Il ricorso a questa tipologia d'accordi internazionali è una soluzione efficace, ma non sufficiente, poiché le intese in discorso riguardano solo materie determinate, sarebbe, difatti, onirico immaginare il contrario.

Gli Stati dovrebbero riuscire a concordare l'intero complesso di norme di diritto internazionale privato. E ciò, implicherebbe una vera e propria limitazione, seppur volontaria, della sovranità statale, in nome d'una internazionalizzazione del diritto, a cui gli Stati non appaiono propensi.

Dunque, per quanto numerose siano, non è immaginabile pensare che siffatte convenzioni risolvano, *sic et simpliciter*, il problema, pur non volendo con questo sminuire l'importanza di questi strumenti internazionali.

In questo contesto non possiamo esimerci dal far un cenno alla Convenzione di Roma del 1980 e *Rome I Regulation*, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali

La convenzione in discorso, così come il regolamento che l'ha sostituita (vedremo qui appresso in che termini), costituiscono, forse, il miglior esempio di questa tipologia norme di diritto internazionale privato, di fonte interstatale (la prima) o sovranazionale (il secondo).

La convenzione, prima e il regolamento poi, hanno, infatti, svolto un funzione unificatrice essenziale, stabilendo "*uniform rules*

*concerning the law applicable to contractual obligations in the European Union*”<sup>47</sup>.

Regulation (EC) No. 593/2008, adottato dalla European Community il 17 Giugno 2008, ed entrato in vigore il 17 Dicembre 2009, regola l’identificazione della legge applicabile nell’eventualità che si verifichi un conflitto di leggi in materia relativamente alle “*contractual obligation in civil and commercial matters.*”.

Il regolamento trova applicazione quando la relazione contrattuale presenta “*elements foreign to the social system*”<sup>48</sup>, sia di natura oggettiva (se, ad esempio, le parti abbiano il loro domicilio o la residenza abituale in due differenti Paesi), sia oggettiva (se, ad esempio, la relazione contrattuale sorga in luogo diverso da quello in cui il contratto debba eseguirsi).

Come abbiamo poco sopra già fatto notare, il regolamento ha sostituito la Rome Convention 1980. Il cambiamento realizzato dalla transizione può essere considerato di grande importanza, dal momento che si è passati da una *convenzione* ad un *regolamento*.

Se la prima è “*an official agreement between states that makes rules relating to a particular activity*”<sup>49</sup>, ed ha lo scopo d’introdurre una comune cornice di regole in materie specifiche, la seconda è una fonte di diritto derivato dell’UE, immediatamente e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri simultaneamente, senza che sia necessario varare normative di attuazione. Inoltre, il regolamento, a differenza della convenzione, non ammette riserve ed, in caso di mancato rispetto della disciplina in esso contenuta, è possibile intraprendere la procedura d’infrazione, in quanto violazione d’un obbligo derivante dal diritto comunitario.

---

<sup>47</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/133109\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133109_en.htm)

<sup>48</sup> Rome Regulations, commentary on the European rules of the conflict of laws. G.P. CALLIES. Walter Kluwers law and business publisher, 2011, 41.

<sup>49</sup> Cambridge on line dictionary.

Una differenza di non secondaria importanza risiede, altresì, nel fatto che l'ultima parola sull'interpretazione del regolamento spetta alla ECJ (i.e. *European Court of Justice*), il che permette un'interpretazione uniforme all'interno dell'intero contesto europeo. Tuttavia, quest'affermazione va ridimensionata, in relazione all'ipotesi in discorso, dal momento che due protocolli, annessi alla Convenzione di Roma nel 1988, attribuiscono alla ECJ la potestà d'interpretare le previsioni incorporate nella convenzione.

Nonostante i non indifferenti effetti positivi della transizione dalla convenzione al regolamento, non sono mancate le opposizioni<sup>50</sup>.

L'argomento principale su cui erano fondate tali recriminazioni, era essenzialmente quello della mancanza d'una base legislativa sufficientemente solida.

Secondo questa dottrina, propugnata principalmente da alcuni esponenti della dottrina Francese, l'articolo 81 del TFEU (ex articolo 65 del EC-Treaty) non attribuirebbe alla Comunità il potere d'adottare regolamenti che armonizzino le norme dei diversi stati membri in tema di conflitto di leggi.

L'articolo in questione, infatti, sempre seguendo questa dottrina, attribuirebbe al legislatore europeo la potestà di rendere reciprocamente compatibili le suddette *conflict rules*.

Proseguendo la nostra analisi, vediamo che, a parte questo cambiamento di natura formale, le modifiche d'ordine sostanziale sono meno profonde di quanto possiamo immaginare. Infatti, un cospicuo numero di previsioni racchiuse nel regolamento, non sono altro che la

---

<sup>50</sup> Così, ad esempio, Wildersin, sostiene che “*The overwhelming sentiment is one of doubts as whether it was really necessary to change a convention which, when the proposal for a Regulation was tabled, had been in force for less than 15 years and before the EcJ, which acquired jurisdiction to entertain references for a preliminary ruling on the interpretation of the convention only in 2004, had been given the chance to iron out the divergences of interpretation apparent in the case law of the contracting States.*” M. WILDERSPIN *The Rome I Regulation: Communitarisation and modernization of the Rome Convention*, in *ERA Forum*, 2008, Vol. 9, fascic. 2, 259 ss.



sistematica riproduzione delle norme della convenzione, alcune con cambiamenti minimali, altre, addirittura, senza cambiamento alcuno.

Tra l'altro, in alcuni casi le modifiche apportate rispecchiano semplicemente l'interpretazione fornita dalla ECJ in relazione a norme della Convenzione di Roma che avevano dato adito a dubbi o incertezze nella loro ermeneutica o nella loro applicazione pratica.

Non mancano, ovviamente, modifiche rilevanti e innovazioni, come vedremo più nel dettaglio nelle pagine che seguono.

In ogni caso, il cambiamento più rilevante, che possiamo riscontrare, non attiene al contenuto intrinseco dei due strumenti regolatori della materia, ma al contesto dell'analizzando regolamento.

Come scrive Galgano "Esigenze di certezza del diritto, hanno indotto gli Stati Membri a conferire tramite il Trattato di Amsterdam, un particolare slancio al diritto internazionale privato di origine comunitaria, attribuendo alla Comunità Europea nuove competenze in materia.

Così, negli ultimi anni, s'è assistito ad una frenetica attività normativa, che ha portato all'adozione sia del regolamento sostitutivo della Convenzione di Bruxelles del 1968 nelle relazioni tra gli Stati Membri, sia di *Rome Regulation II* sulle obbligazioni extracontrattuali<sup>51</sup>.

Per questa ragione, quando si analizza ed applica il Regolamento, è necessario tenere nella giusta considerazione l'indissolubile legame che intercorre tra i tre strumenti regolatori.

Rome I Regulation lo rende esplicito nel recital 7: "*The substantive scope and the provisions of this Regulation should be consistent with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of*

---

<sup>51</sup> F. GALGANO - F. MARELLA. *Diritto e Prassi del Commercio Internazionale*, CEDAM, 2010, 316.

*judgments in civil and commercial matters (Brussels I) and Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (RomeII)*”<sup>52</sup>.

Ciò rende evidente, contrariamente a quanto avviene con la Rome Convention, che quando l'interprete è chiamato ad effettuare l'ermeneutica delle norme contenute nel regolamento, egli non potrà obliterare la connessione con Rome II e Bruxelles I, il cui nesso essenziale è *ictu oculi* evidente.

A conclusione della disquisizione concernente l'adozione del Regolamento, è opportuno mettere in evidenza le due principali funzioni che, secondo l'opinione della Professoressa Umbertazzi<sup>53</sup> costituiscono la pragmatica *ratio*, che ha giustificato l'adozione del Regolamento.

La prima delle funzioni individuate dalla Umbertazzi, da noi già messa in evidenza nelle pagine precedenti, è rappresentata proprio dal bisogno d'uniformità. Quest'uniformità è voluta, chiesta, necessitata dalle pressioni degli imprenditori, che invocavano già da tempo una comune cornice di regole in relazione alla *conflict rules* nell'ambito delle obbligazioni contrattuali.

Le previsioni che costituiscono il regolamento, dovrebbero essere applicate sia alle relazioni che coinvolgono esclusivamente operatori di Stati Membri, sia a quelle che hanno legami con *non-Member States*.

Parte della dottrina non ha mancato di criticare l'eccesso di zelo manifestato dall'UE nel suo tentativo di creare un complesso di norme uniformi di matrice esclusivamente europea. “È facile prevedere,

---

<sup>52</sup>[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?jsessionid=YVrrT3SG5MdlGWWwyybSy8dhp61vm1v0Th2dJ2xbJ0Hw1bpnQkWO!-716757626?uri=CELEX:32008R0593#ntr5-L\\_2008177EN.01000601-E0005](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?jsessionid=YVrrT3SG5MdlGWWwyybSy8dhp61vm1v0Th2dJ2xbJ0Hw1bpnQkWO!-716757626?uri=CELEX:32008R0593#ntr5-L_2008177EN.01000601-E0005)

<sup>53</sup> B. UMBERTAZZI, Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, Giuffrè, Milano, 2008, 13-14.

infatti, che questo processo regionale produca effetti benefici su larga scala...esiste, tuttavia, il rischio che l'armonizzazione regionale possa tradursi, almeno in certi casi, in un freno per l'armonizzazione universale”<sup>54</sup>.

Accanto all'argomento dell'uniformità, si esalta, come avevamo poc'anzi sottolineato, anche l'aspetto della prevedibilità. “Il regolamento vuole poi garantire all'interno della Comunità, la prevedibilità del diritto applicabile ai contratti, introducendo regole di conflitto che generalmente non attribuiscono discrezionalità al giudice, non gli consentono quindi soluzioni flessibili dei diversi casi concreti, ma sono formulate in modo rigido, per rendere certo ai contraenti quale sarà il diritto applicabile, a prescindere dal foro competente”<sup>55</sup>.

È lasciato quindi poco spazio di “manovra” all'interprete, nel nome di quell'anelito di prevedibilità del sistema giuridico, che gli operatori economici hanno più volte reso manifesto. Citando la professoressa Umbertazzi, questo è il motivo per cui, il regolamento, nel contesto intrecciato che questo crea con Bruxelles I e Rome II, “promuove l'uniformità delle decisioni, riduce il fenomeno del forum shopping e contribuisce al mutuo riconoscimento delle decisioni in territorio UE”<sup>56</sup>.

L'art. 1 del Regolamento Roma I designa il *material scope of application* del regolamento stesso. L'articolo è idealisticamente diviso in tre parti:

---

<sup>54</sup> A. BONOMI, *Il Diritto internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*. A cura di Andrea Bonomi. Giappichelli Torino, 2009, 2.

<sup>55</sup> B. UMBERTAZZI, in *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008. Introduzione, 13-14.

<sup>56</sup> B. UMBERTAZZI, in *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, Introduzione, 14.

la prima stabilisce che: *This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters*<sup>57</sup>.

Di seguito, la seconda parte (i.e commi 2 e 3) contengono un catalogo di esclusioni. *The matter listed... are expressively excluded from the material scope of the regulation that, at least potentially, would otherwise be applied*<sup>58</sup>. Per quanto concerne gli ambiti che non sono inclusi nel regolamento, gli Stati Membri rimangono del tutto liberi di regolarli con norme nazionali, sempreché, ovviamente, non sussistano altre norme comunitarie o internazionali atte a regolarli.

Infine, la terza parte (i.e. comma quattro) ne stabilisce l'ambito "soggettivo" d'applicazione, chiarendo cosa si intende per Stato Membro ai fini del regolamento in discorso. “

Essi”, non son tutti gli Stati che, ad oggi, compongono l'Unione, ma solo quelli vincolati dal regolamento stesso. Infatti, il Regno Unito ha esercitato il diritto di *opt-in* solo in un momento successivo e, come abbiamo visto, la Danimarca, tutt'oggi non ha manifestato il proprio consenso ad essere vincolata dal regolamento.

L'ambito d'applicazione non si discosta molto da quello della Rome Convention, tanto da farci dire che non sussistono modifiche rilevanti.

Probabilmente, l'unica innovazione che merita d'essere presa in considerazione riguarda le obbligazioni pre-contrattuali, che per la prima volta sono state inserite nel catalogo delle esclusioni.

Dopo aver così designato il *material scope of application*, il regolamento prosegue, introducendo il concetto di “*universal application*” (introdotto dall'art 2).

---

<sup>57</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/en/ALL/?jsessionid=YVrrT3SG5MdlGWWwyybSy8dhp61vm1v0Th2dJ2xbJ0Hw1bpnQkWQ!-716757626?uri=CELEX:32008R0593#ntr5-L\\_2008177EN.01000601-E0005](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/en/ALL/?jsessionid=YVrrT3SG5MdlGWWwyybSy8dhp61vm1v0Th2dJ2xbJ0Hw1bpnQkWQ!-716757626?uri=CELEX:32008R0593#ntr5-L_2008177EN.01000601-E0005)

<sup>58</sup> G. P. CALLIES, *Rome Regulations, commentary on the European rules of the conflict of laws*, Walter Kluwers Law and Business publisher, 2011.

Questo concetto sostanzialmente significa che le *conflict rules* si applicano non solo quando viene identificata, come legge applicabile, la legge di uno Stato Membro, ma anche se esse rinviano alla legge di uno Stato Terzo. “*As a result, The regulation within its scope replace the conflict rules of the Member States and the Courts of these member States shall apply only the conflict rules of the regulation whether or not is the law of a Member State*”<sup>59</sup>, indipendentemente dal fatto che le norme di diritto internazionale privato di, ciascun Paese, rinviino alla medesima o ad una diversa legge applicabile.

Il legislatore Europeo ha scelto di fare del principio dell'autonomia delle parti il punto nodale dell'intera disciplina del regolamento. Il principio, consacrato nell'art. 3, può esser rintracciato in ciascuno degli ordinamenti giuridici degli Stati Membri, anzi ne costituisce una delle colonne portanti, quale estrinsecazione e peculiare declinazione del dogma della volontà, ma ciò che possiamo considerare<sup>60</sup>, una novità assoluta è la sua collazione all'interno del diritto internazionale privato dei contratti di matrice europea.

La sua introduzione in questo campo si era avuta già a partire dalla Convenzione e sin da allora si consentiva alle parti di manifestare la propria autonomia attraverso la stipula di un *pactum de legem utenda*. L'idea che ha sorretto la scelta fatta in tal senso dai redattori della Convenzione prima, e del Regolamento poi, è che attraverso la *choice of law clause* si possa raggiungere quella certezza del diritto e quella prevedibilità che costituiscono condizioni indispensabili per favorire le relazioni contrattuali, consentendo alle parti stesse di determinare quale legge confermerà il contratto da loro concluso. La scelta può ricadere sulla legge di uno Stato Membro così come su quella di un uno Stato terzo, tuttavia può trattarsi di norme di legge in

---

<sup>59</sup> G. P. CALLIES. *Rome Regulations, commentary on the European rules of the conflict of laws*. Wolter KLUWERS, 2011, 56,

<sup>60</sup> F. GALGANO – F. MARRELLA, *op. cit.*, 316

senso proprio. Ai sensi del comma 1 dell'art. 3, la scelta della legge applicabile “*shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case*”<sup>61</sup>.

Quindi le possibilità a disposizione delle parti sono: effettuare una dichiarazione espressa, ed in questo caso *nulla quaestio*; ovvero effettuare una scelta in modo implicito, ma in questo caso l'esistenza di un *pactum de legem utenda* dev'esser dimostrata in modo chiaro ed inequivoco. Il che sta a significare, in altre parole, che debba essere sufficientemente agevole dimostrare l'esistenza di una volontà delle parti in tal senso.

La locuzione “*clearly demonstrate*” rappresenta una modifica rispetto alla precedente formulazione del corrispondente articolo della Convenzione di Roma. Tuttavia, alla modifica testuale non corrisponde una modifica in senso sostanziale. Il cambiamento è unicamente dovuto all'esigenza di eliminare la differenza terminologia esistente tra la versione Inglese e Tedesca del testo e quella Francese, dal momento che il testo Francese ha da sempre utilizzato la formulazione “*résulte de façon certaine*”, non così quello tedesco, né quello inglese (che si limita ad usare il verbo *demonstrate*)<sup>62</sup>. Non rileva, tuttavia, se la “*clear demonstration*” sia implicitamente ricavabile dal testo del contratto o invece *per facta concludentia*.

Alle parti è rimessa la scelta se la legge selezionata governerà l'intero contratto o solo parte di esso. Queste possono, altresì, decidere che ciascuna parte del contratto sia governata da diverse leggi (questo fenomeno viene definito *dépeçage*).

Alle parti è consentito effettuare la scelta sin dal momento della conclusione del contratto ovvero *ex post facto*, in qualsiasi momento.

---

<sup>61</sup><http://eurlex.europa.eu/legalcontent/en/ALL/?jsessionid=YVrrT3SG5MdLGWWwyybSy8dhp61vm1v0Th2dJ2xbJ0Hw1bpnOkWQ!-716757626?uri=CELEX:3>

<sup>62</sup> A questo proposito V. G. P. CALLIES, *idem*.

Tuttavia, in quest'ultimo caso, sono introdotte due cautele. Innanzitutto, non deve arrecare pregiudizio ai diritti quesiti dai terzi. In secondo luogo, non deve pregiudicare la validità del contratto stesso.

La legge scelta dalle parti sarà il parametro attraverso cui valutare l'esistenza, così come la validità, della scelta stessa, anche se dovesse poi risultare l'invalidità dell'*electio iuris*. Inoltre, la validità o meno della scelta fatta, non risente in alcun modo dell'eventuale invalidità del contratto cui si riferisce.

“Tuttavia, ogni libertà per non sfociare in arbitrio, possiede dei limiti e la *lex voluntatis* viene delimitata e opportunamente compressa attraverso alcune norme come quelle previste dall'art. 3 al paragrafo 3 e 4. Nonché da altre norme come, ad esempio, quelle sulla tutela dei consumatori (art. 6 ) o dei lavoratori (art. 8).”<sup>63</sup>.

Quando un contratto presenta una connessione con un unico Stato, è ancora possibile scegliere la legge applicabile, ma la scelta non può impedire l'applicazione delle *mandatory rules* del paese con il quale il contratto è collegato. La previsione era già contenuta nella Convenzione di Roma, ma il regolamento è andato ben oltre, applicando la stessa previsione anche alle norme d'applicazione necessaria del diritto comunitario.

*“Although the main pillar of the Rome I regulation (e prima ancora nella Convenzione n.d.r) is the principle of party autonomy, art 4 appears to be the most important provision of the whole regulation”*<sup>64</sup>

Le parti sono libere di scegliere la legge applicabile, ma *“a necessary corollary to parties' autonomy is a default rule”*<sup>65</sup>, che

---

<sup>63</sup> F. GALGANO – F. MARELLA, *Diritto e Prassi del Commercio Internazionale* CEDAM, 2010, 333.

<sup>64</sup> F. FERRARI – S. LEIBLE, *“Rome I Regulation. The law applicable to contractual Obligation in Europe, Sellier European law publishers, 2009, 27, lines 5 to 6.*

<sup>65</sup> F. FERRARI – S. LEIBLE, *“Rome I Regulation. The law applicable to contractual Obligation in Europe. Sellier European law publishers, 2009, 27, lines 2 to 3.*

s'applica quando una scelta delle parti non sussista. L'art 4 s'applica quando i contraenti non hanno stipulato un *pactum de legem utenda* e non vi sia, altresì, una *lex specialis* sulla base della quale identificare la legge applicabile.

Questa disposizione sembra essere una delle maggiori innovazioni fatte dal legislatore Europeo nella transizione dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I.

L'art 4 della Convenzione è strutturato in questi termini:

- Il comma 1: contiene la previsione in base alla quale la legge applicabile debba essere quella dello Stato con cui il contratto presenta la connessione più stretta;
- I commi 2 e 3: contengono una presunzione generale e due speciali attraverso cui identificare la suddetta connessione più stretta. La presunzione generale, stabilisce che la connessione più stretta si abbia con lo stato in cui la parte che deve eseguire la prestazione caratteristica, ha la sua residenza abituale o la sua amministrazione centrale, al momento della conclusione del contratto. Le due presunzioni speciali sono riferite a particolari tipologie contrattuali: la prima, stabilisce che il contratto di trasporto merci manifesta la connessione più stretta dove il vettore ha la sua residenza abituale; la seconda, prescrive che il contratto relativo a beni immobili, ha la connessione più stretta con il paese in cui l'immobile è situato.
- Il comma 5: introduce la regola secondo la quale la presunzione può essere superata quando esiste una connessione più stretta con un altro Stato.

La struttura della Convenzione è stata totalmente rinnovata nel Regolamento.



L'articolo 4 di quest'ultimo può, infatti, esser diviso in questo modo:

- Il comma 1 contiene un'elencazione di tipi contrattuali e per ciascun tipo è stabilito il criterio per determinare la legge che regolerà la relazione contrattuale. La norma generale risulta quindi molto dettagliata dal momento che incorpora una lunga lista di contratti.
- Il comma 2 si occupa di disciplinare le sorti, cioè di identificare la legge applicabile a quei contratti che non ricadono all'interno dell'elencazione dell'art 1 e che, altresì, non si possono ottenere dalla combinazione di due o più contratti tra quelli ivi elencati. In questi casi la legge applicabile sarà quella del paese in cui la parte, tenuta ad effettuare la prestazione caratteristica, ha la sua residenza abituale.
- Il comma 3 sancisce la cosiddetta << *escape clause* >>. Sulla base di questa clausola, ad un contratto che presenta una connessione manifestamente più stretta con uno stato diverso da quello identificato in base ai commi precedenti, sarà applicabile la legge di quel Paese.
- Il comma 4 infine sancisce quale regola residuale, quella della connessione più stretta, volta a colmare ogni possibile ed eventuale vuoto normativo.

Il dispositivo in questione non si limita a stabilire differenti regole da applicare ad ogni possibile circostanza, ma prescrive anche l'ordine logico e cronologico d'applicazione dei diversi criteri contenuti nei commi che lo compongono.

La struttura innovativa del regolamento, rappresenta un cambiamento, sia formale che sostanziale, rispetto alla Convenzione,

poiché, dietro al cambiamento formale, possiamo identificare l'intento di perseguire il valore della certezza del diritto.

Infatti, la norma è stata creata in modo da rendere più agevole per *les contractants* la comprensione *ex ante* della legge che governerà il contratto.

Lo scopo della norma è, altresì, di dar priorità alla regola consacrata al primo comma, in quanto foriera di un criterio più rigido e meno malleabile, per rendere più difficoltoso l'utilizzo dell'*escape clause*, portatrice, invece, d'un ineliminabile margine di discrezionalità.

Sussistono ulteriori importanti differenze che possiamo enucleare qui di seguito.

Innanzitutto, il silenzio serbato dal regolamento in relazione al *depeçage*, che era invece espressamente consentito nella Convenzione.

Tuttavia, ragionando sul fatto che esso è espressamente consentito nel regolamento stesso all'art. 3, possiamo dire che il dubbio verrà risolto in accordo col brocardo latino *ubi lex voluit dixit ubi noluit taquit*.

In secondo luogo, solo il regolamento affronta e risolve il problema dei contratti misti.

Infine, sembra che non sussistano più presunzioni.

Tuttavia, la lista in realtà funziona come una presunzione, rispetto alla regola della *closet connection*, anche se si presenta come una presunzione particolarmente difficile da vincere.

Riassumendo brevemente, quindi: la *Rome Convention* e *Rome I Regulation* offrono un quadro abbastanza chiaro, in quanto, da una parte, danno priorità alla scelta non arbitraria - poiché è soggetta a limiti e condizioni - delle parti, ma, dall'altra, si preoccupano di regolamentare i criteri uniformi per individuare la *lex contractu* se non vi sia stata una scelta in merito ad opera dei contraenti, onde consentire

un *up-grade* in termini di prevedibilità e certezza per le parti, che possono in questo modo conoscere *ex ante* la legge che governerà il contratto (*rectius* le obbligazioni contrattuali), a prescindere dall'ordinamento in cui la controversia venga incardinata. L'articolo 9 del regolamento si relaziona col problema delle c.d. "*overriding mandatory rules*", dandone la seguente definizione al comma 1: "*Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.*"

Questa è la prima definizione data dalla legislazione europea di queste particolari norme.

Nella Convenzione, infatti, era già presente un articolo dedicato alle norme imperative, tuttavia, ne mancava una definizione. Ma questo non è né l'unico, né il più importante dei cambiamenti realizzati nel regolamento. Il regolamento, infatti, abilita all'applicazione delle norme imperative del foro, le quali prevalgono anche se è stata fatta una scelta della legge applicabile ad opera delle parti. È, altresì, ammissibile, ai sensi del comma 3, che vengano applicate le norme inderogabili di uno stato terzo, quando "*the obligations arising out of the contract have to be or have been performed*", *in that country*, "*in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful*"<sup>66</sup>.

Chiara frutto di compromesso, il regolamento cerca di trovare un equilibrio tra le differenti posizioni degli Stati. Da una parte, ridimensiona, in senso restrittivo, il ben più *broad-based approach* della

---

<sup>66</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal\\_content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593#ntr5-L\\_2008177EN.01000601-E0005](http://eur-lex.europa.eu/legal_content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593#ntr5-L_2008177EN.01000601-E0005).

Convenzione, la quale ammette l'applicazione delle norme inderogabili di uno Stato terzo sulla semplice base dell'esistenza di una stretta connessione con lo Stato stesso.

D'altra parte, proprio perché si tratta di un regolamento (i.e. strumento di diritto derivato europeo immediatamente e direttamente applicabile negli stati membri), non ammette riserve.

L'articolo *de qua* è una delle previsioni più controverse e per questa ragione, la nostra esposizione deve limitarsi ad un'analisi, la più oggettiva possibile, senza alcun intento di far luce su tutte le tensioni interpretative che sono sorte a cagione di questa norma.

Il regolamento contiene, agli articoli 23 e 25, una disciplina specifica per regolare il rapporto tra il regolamento ed altre norme di fonte comunitaria, nel primo caso, o internazionale, nel secondo.

L'obiettivo dell'art 23 è quello d'evitare *ab origine* un *overlapping* delle discipline del regolamento con altre poste da altre fonti comunitarie.

Ovviamente, il riferimento è limitato ad altri regolamenti o a direttive, stante il fatto che solo questi due strumenti a disposizione del UE si collocano sullo stesso piano in cui si trova il regolamento e ne condividono per questo la medesima autorità.

L'articolo, per evitare interferenze, prescrive che eventuali conflitti vengano risolti sulla base del criterio della *lex specialis*. Per cui qualunque norma comunitaria che stabilisca o stabilirà regole di conflitto relative a particolari materie, prevarrà sul regolamento, che quindi si pone come norma generalissima.

L'ambito in cui questa norma trova più frequente riscontro pratico è sicuramente il diritto dei consumatori. Un gran numero di direttive, relative alla *consumer protection*, stabiliscono delle *conflict rules* ad hoc. *"This is particularly important with regard to the still existing and continuing special conflict rules in certain directive, including*

*those to say a “country of origin” principle like in e-commerce directive”*<sup>67</sup>.

La norma è sostanzialmente analoga all’art. 20 della Convenzione di Roma, quantomeno se non ci si ferma ad un’analisi superficiale, limitata al *wording* della norma. L’art. 25 contiene disposizioni del medesimo tenore, che hanno lo scopo di evitare la sovrapposizione con le *conflict rules* delle convenzioni internazionali di cui gli Stati Membri sono parte. Limiti a questa previsione sono però predisposti. Innanzitutto per aversi la prevalenza delle norme delle convenzioni internazionali, gli Stati devono esserne firmatari prima dell’adozione del regolamento. *In secundis*, la regola della prevalenza non trova spazio quando gli stati contraenti della convenzione in contrasto col regolamento, siano solo ed esclusivamente Stati Membri.

Infine, per terminare la nostra analisi di *Rome I Regulation* e *Rome Convention*, è opportuno segnalare il rapporto di continuità che sussiste tra i due.

Questa scelta di evitare soluzioni di continuità rispetto allo strumento ancestrale, ha il duplice vantaggio di consentire, da un lato il ricorso ad esperienze precedenti e durature, formatesi sotto la vigenza della convenzione (il riferimento in particolare è alle interpretazioni della ECJ); dall’altro, di evitare acute fratture con quei paesi in cui il regolamento non si applica.

Questo *favor* per la continuità non deve però indurci ad intravedere in esso un immobilismo, perché, come abbiamo cercato di evidenziare, i cambiamenti ci sono e non sono sempre minimi o secondari.

---

<sup>67</sup> H. REICH, MICKLITZ, P. ROTT, *Understanding consumer law*, 285, par. 6, “relation to special EC instruments”, lines 2 to 5.

## 2.1 Le Convenzioni internazionali: la Convenzione di Vienna del 1980

A seguito della breve disanima svolta nelle pagine precedenti possiamo prendere atto del fatto che il nazionalismo giuridico, come fenomeno di matrice ottocentesca che porta alla statalizzazione del diritto attraverso le grandi codificazioni, ha travolto anche il diritto commerciale.

“Da allora, il commercio internazionale, la cui linfa vitale è una omogeneità di disciplina”<sup>68</sup>, si è trovato a fronteggiare nuovi ostacoli in relazione al complesso di fonti che lo regolamentano.

Il commercio internazionale, e il suo principale strumento operativo (i.e. il contratto commerciale internazionale), mal si adattano agli stretti legacci delle discipline Statali e per questo si sono “rimessi in moto per riguadagnare gradatamente un terreno comune”<sup>69</sup>.

In merito alla disciplina del commercio internazionale una soluzione maggiormente rispettosa del carattere globale del commercio e più consona alla vocazione internazionalista dei contratti, sembrerebbe essere quella di affidarne la regolamentazione a fonti di matrice interstatale o di matrice a-statale.

Tra le fonti interstatali vanno sicuramente analizzate le convenzioni internazionali.

Secondo Conforti “L’ accordo internazionale può esser definito come l’incontro delle volontà di due o più Stati. Dirette a regolare una determinata sfera di rapporti riguardanti questi ultimi”.

Le convenzioni internazionali possono distinguersi in 3 sottocategorie:

- Quelle in materia di diritto internazionale privato;
- Quelle in materia di diritto materiale uniforme;

---

<sup>68</sup> A. FRIGNANI, *Il Diritto del Commercio Internazionale*, IPSOA Informatica, 1990, 9.

<sup>69</sup> A. FRIGNANI, *Ibidem*.

- Quelle nel campo del diritto processuale uniforme<sup>70</sup>.

Abbiamo già accennato precedentemente alle Convenzioni di diritto internazionale privato con l'obiettivo d'armonizzare le *conflict rules*, ossia d'individuare la norma di diritto sostanziale regolatrice della materia, non attraverso l'introduzione di norme sostanziali uniformi, ma mediante analoghe norme strutturali.

Grazie ad esse, si percorre il primo miglio della tortuosa strada verso l'uniformità, evitando che la stessa fattispecie venga disciplinata da leggi diverse, a seconda del diritto internazionale privato che le si applica, a causa dell'utilizzo di parametri di collegamento difformi.

Come ricordavamo nel precedente paragrafo, la convenzione più significativa tra quelle in discorso è, certamente, la Convenzione di Roma del 1980.

In relazione alle convenzioni della terza specie, possiamo dire che esse sono “volte a facilitare la risoluzione delle controversie commerciali internazionali, vuoi attraverso la predisposizione di criteri uniformi per la determinazioni della competenza giurisdizionale ed il riconoscimento delle sentenze, vuoi attraverso una disciplina uniforme dell'arbitrato internazionale”<sup>71</sup>.

Tra queste, possiamo ricordare la Convenzione di Bruxelles 1968, oggi sostituita dal *Bruxelles I Regulation* (i.e. *Council Regulation*, No. 44/2001).

Ora rivolgiamo la nostra attenzione, invece, alle Convenzioni di diritto internazionale materiale uniforme.

Le convenzioni di diritto uniforme entrano a pieno titolo tra le fonti del commercio internazionale, infatti, per definirle possiamo prendere in prestito le parole di Frignani secondo il quale esse altro non sarebbero se non “l'espressione con la quale si indicano sì delle

---

<sup>70</sup> La classificazione è ripresa da F. BORTOLOTTI, *Diritto dei Contratti Internazionali*, CEDAM, Padova, 1997, 12-13.

<sup>71</sup> F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 12.

norme divenute di diritto interno, ma che trovano l'omologo negli altri Paesi che le hanno ratificate, sicché - dal punto di vista sostanziale - rappresentano, per altro verso, una tecnica di superamento dei diritti nazionali”<sup>72</sup>.

In questo specifico caso, difatti, l'armonizzazione riguarda il contenuto sostanziale della disciplina introducendo così, non semplicemente comuni criteri d'identificazione delle norme applicabili, ma norme sostanziali uniformi.

Le norme di diritto uniforme sono quindi un passo in avanti ulteriore rispetto alle convenzioni di diritto internazionale privato, sicché da un parte realizzano un'uniformità contenutistica della disciplina contrattualistica andando in contro a quell'ineliminabile esigenza di internazionalità di cui il commercio è atavicamente fiero, dall'altra però non si scontrano con la parimenti ineludibile affermazione di sovranità degli Stati; dal momento che sono destinate ad entrare a far parte del diritto dei paesi ratificanti, esse non escono dall'alveo del sistema di norme nazionali.

Per completezza espositiva, dobbiamo aggiungere che le Convenzioni di diritto uniforme possono essere latrici di discipline a carattere imperativo ovvero derogabile.

Questa ripartizione viene messa in luce da Bortolotti, il quale prende come esempio delle prime le intese relative ai trasporti internazionali (*ex multis* la Convenzione di Bruxelles del 1924 sul trasporto marittimo di cose, la Convenzione di Varsavia del 1929 sul trasporto aereo, etc.)<sup>73</sup>, come emblema delle seconde, la Convenzione di Vienna del 1980 sull'*International sales of goods* (CISG), [che analizzeremo tra breve in modo più dettagliato], nonché le convenzioni

---

<sup>72</sup> A. FRIGNANI, *op. cit.*, 10.

<sup>73</sup> F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 38.



Unidroit 1988 (Ottawa), sul leasing finanziario e factoring internazionali<sup>74</sup>.

In calce ad una disamina siffatta è bene metter in chiaro, però, che le convenzioni internazionali, per quanto rappresentino uno strumento d'indiscussa importanza, non sono, tuttavia, la panacea che elimina *tout court* ogni inconveniente derivato dal particolarismo giuridico che contraddistingue i diritti nazionali.

Il discorso vale in prevalenza per le norme materiali uniformi, posto che per le altre tipologie di convenzioni sarebbe quantomeno pleonastico ribadirlo.

La *ratio* sottostante a quest'opinione dottrinarica largamente condivisa si fonda essenzialmente sulla considerazione che le *uniforms rules*, nel momento in cui divengono parte del diritto nazionale, sono inevitabilmente "contaminate" dallo stesso. Questo fenomeno ha peraltro due sfaccettature.

In *primis* poiché appare impensabile una loro applicazione, in particolare da parte degli organi giudicanti, del tutto scevra dal rimando a principi ed elaborazioni concettuali radicate nel diritto nazionale cui accedono.

Il portato logico di questa prima modalità di contaminazione è l'inevitabile insorgenza d'un nuovo particolarismo giuridico, di secondo livello, se così vogliamo definirlo.

Se, infatti, tramite le convenzioni di diritto uniforme, si supera il primo *impasse*, rappresentato da norme legislativamente difformi, l'analizzando fenomeno genera un nuovo ostacolo, dal momento che introduce una nuova difformità, stavolta non dovuta a testi di legge diversi, ma a diverse letture del medesimo testo, alla luce del contesto ordinamentale in cui le norme uniformi sono chiamate ad operare.

---

<sup>74</sup> F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 39.

Va da se, quindi, che per ovviare a questa prima complicità, e consentire alle Convenzioni di diritto materiale uniforme di giungere con successo al risultato ambito, si dovrà improntare anche la fase ermeneutica delle stesse all'*uniformitas*.

“Si segnala, quindi, l’esigenza che l’interprete si svincoli dalle categorie e dal particolarismo delle esperienze giuridiche nazionali, per ricercare una valutazione ed un’interpretazione, appunto, <<autonome>> dei concetti e dei termini utilizzati nei vari strumenti di diritto uniforme”<sup>75</sup>.

Spesso sono le stesse convenzioni ad imporre l’omogeneità interpretativa per non vanificare attraverso un’esegesi disomogenea gli sforzi compiuti in sede di predisposizione del testo normativo.

A questo proposito, vediamo come nella Convenzione di Vienna siano stati elaborati criteri normativi destinati a guidarne l’interpretazione in tale direzione, in particolare, ha espletato, e continua a svolgere, una funzione leader nell’applicazione di tali normative<sup>76</sup> l’art. 7 della Convenzione *de qua*<sup>77</sup>, che s’è preoccupato di consolidare, i risultati delle più autorevoli indicazioni giurisprudenziali relative all’interpretazione e all’integrazione di quelle di diritto uniforme<sup>78</sup>.

In secondo luogo la corruzione dell'*uniformitas*, a seguito dell’inserimento delle *uniform rules* nel diritto nazionale, deriva dal fatto che queste ultime non sono idonee a generare “ un regime autosufficiente, dovendo la disciplina del singolo contratto inquadarsi

---

<sup>75</sup> S. M. CARBONE, *Interpretazione e integrazione degli strumenti di hard law relativi al commercio internazionale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, Fasc. 2, 871.

<sup>76</sup> d’interpretazione uniforme, ndr

<sup>77</sup> In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. In <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>

<sup>78</sup> S. M. CARBONE, *Ibidem*.

necessariamente nel contesto più ampio della disciplina delle obbligazioni”<sup>79</sup>.

Disciplina di derivazione unicamente nazionale e pertanto diversificata di Stato in Stato, salvo che, o fintantoché, non sia anch'essa interessata da un'opera unificatrice.

Pare necessario, data la sua innegabile importanza, dedicare un'analisi più dettagliata alla sullodata Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980.

Essa fu adottata a Vienna 11 Aprile 1980 a seguito della conferenza ivi tenutasi sotto l'egida dell'UNCITRAL, ed è entrata in vigore il primo gennaio 1988.

Innanzitutto, dobbiamo principiare dicendo che l'esistenza d'una disciplina di diritto uniforme nell'ambito delle compravendite internazionali era più che un'esigenza, una vera e propria necessità.

Scrivano, infatti, Carbone e Lopez de Gonzalo, che la necessità “di stabilire una disciplina internazionale uniforme di fattispecie che presentano momenti di collegamento con una pluralità di Stati”<sup>80</sup>, era presente già da molto tempo e lo era in modo particolare per la compravendita.

Il contratto di compravendita, infatti, ha sempre rivestito un ruolo centrale nel commercio in generale e l'acquisto e la vendita di merci rimane una delle attività cui sono precipuamente dediti gli operatori del commercio internazionale.

Sicché, appare perspicua la ragione sottesa all'adozione dell'esaminanda convenzione e di quelle che l'hanno preceduta, disciplinando alcuni aspetti della medesima materia.

Queste ultime sono essenzialmente:

---

<sup>79</sup> F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 14.

<sup>80</sup> CARBONE e LOPEZ DE GONZALO, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*. Commentario, coordinato da Bianca, CEDAM, Padova 1989 - 92, Art. 1, 2.

- 1) la Convenzione dell'Aia del 1955;
- 2) la Convenzione dell'Aia del 1964;
- 3) la Convenzione di New York del 1974.

La prima concernente la legge applicabile ai contratti di compravendita a carattere internazionale di cose mobili corporee<sup>81</sup>.

In essa sono state elaborate norme di conflitto uniformi per ciò che può essere ricompreso all'interno del concetto di vendita internazionale di cose mobili corporali, tuttavia, nel testo non è stata predisposta una definizione di tale concetto, limitandosi la stessa convenzione a delimitare il proprio ambito di applicazione attraverso l'esclusione delle compravendite aventi ad oggetto i titoli di credito, di navi, battelli o aeromobili registrati, alle vendite ordinate dall'autorità giudiziaria o per pignoramento.

Essa non si applica, altresì, alle vendite quando il loro carattere internazionale dovrebbe derivare esclusivamente dalla legge scelta dalle parti o dal giudice/ arbitro che esse si impegnano ad adire.

In altre parole, non possiamo sussumere sotto la nozione di internazionale, la vendita, ai sensi della presente convenzione, quando è la sola *voluntas partium* a decretarne il carattere internazionale.

Le *conflict rules* contenute in questa convenzione sono destinate a valere sulle norme uniformi in essere nella convenzione di Roma del 1980 e oggi nel Regolamento Roma I.

L'art. 25 del regolamento ha, infatti, lo scopo di evitare un fenomeno di *overlapping* tra le norme del regolamento e quelle contenute in preesistenti convenzioni che gli stati membri hanno ratificato. Le norme del regolamento, cedono il passo a quelle comprese in convenzioni internazionali anteriori, purché lo stato

---

<sup>81</sup> In <http://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19550095/200601120000/0.221.211.4.pdf>.

membro ne sia divenuto parte anteriormente all'entrata in vigore della fonte europea di diritto derivato in questione.

Tuttavia, la prevalenza delle convenzioni internazionali è esclusa nel caso in cui unici *contracting parties* siano solo ed esclusivamente *Member States*<sup>82</sup>.

Per quanto concerne la convenzione del 1964 dobbiamo riferire che ad essa si allegano la LUFC e la LUVI, entrambe redatte sotto l'egida dell'Unidroit.

La prima è relativa alla legge uniforme sulla vendita internazionale, mentre la seconda riguarda la vendita internazionale dei beni mobili corporali.

Queste convenzioni si caratterizzano per la scelta di un criterio *erga omnes*, "in virtù del quale a seguito dell'adozione della disciplina uniforme da parte di un ordinamento, tale disciplina risultava sempre e comunque applicabile a qualsiasi contratto internazionale con l'esclusione di qualsiasi etero-integrazione della disciplina"<sup>83</sup>.

Possiamo giudicare queste convenzioni fallimentari, se il nostro *yardstick* è quello del numero dei paesi aderenti (fattore oggettivamente primario quando l'obiettivo perseguito è l'uniformazione del diritto), tuttavia, non bisogna trascurare il valore storico di questi iniziali tentativi.

L'adozione della terza delle summenzionate convenzioni si rese necessaria dal momento che la LUVI aveva sempre tralasciato d'occuparsi del tema della prescrizione della vendita internazionale.

---

<sup>82</sup> Art 25. *This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to contractual obligations. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.*

<sup>83</sup> A. FRIGNANI - M. TORSELLO, *Il contratto internazionale*, Wolters Kluwer Italia, 2010, 442.

Nonostante lo scarso successo della convenzione, il tema non è certo di scarsa importanza. Infatti, lo scopo della convenzione è quello di perseguire la certezza del diritto sotto l'aspetto della definitività dei rapporti giuridici. Difatti, obiettivo dichiarato dell'UNCITRAL è quello di stabilire *"uniform rules governing the period of time within which a party under a contract for the international sale of goods must commence legal proceedings against another party to assert a claim arising from the contract or relating to its breach, termination or validity. By doing so, it brings clarity and predictability on an aspect of great importance for the adjudication of the claim"*<sup>84</sup>.

La convenzione sarà modificata da un protocollo adottato nel 1980 per armonizzarla con la CISG.

Da quanto accennato vediamo come il percorso per giungere ad una disciplina uniforme sulla vendita internazionale non sia stato certo semplice, tuttavia, la Vienna Convention ha rappresentato una svolta risolutiva, ed è tutt'ora una *corn-stone* della materia.

Può, a buon diritto, essere considerata il tentativo più riuscito d'uniformare ed armonizzare una vasta, quanto nodale, area del diritto del commercio internazionale e non solo perché dal momento della sua entrata in vigore nel 1988 ha visto accrescere progressivamente il numero degli aderenti, fino a racchiudere oggi un numero di oltre settanta Stati firmatari, ma anche per l'innovatività delle soluzioni elaborate, frutto di una revisione organica dell'intera materia, anche per tentare di giungere ad una soluzione compromissoria nell'eclittico panorama degli ordinamenti nazionali.

Portato ineludibile di questo anelito di compromesso è senza dubbio il carattere non rigido di molte norme della Convenzione.

---

<sup>84</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1974Convention\\_limitation\\_period.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html).

Ad esempio, per far valere i vizi della cosa venduta non è individuato in un termine fisso (i.e. otto giorni come nel nostro ordinamento), ma stabilito che la rilevazione avvenga entro un termine ragionevole.

Questa flessibilità si traduce, evidentemente, in un necessario rimando all'opera interpretativa della giurisprudenza, che riempirà di contenuto concreto i concetti indeterminati attraverso i quali è stata realizzata siffatta flessibilità.

Il ruolo, quindi, dei precedenti giurisprudenziali non può che essere di primaria importanza, anche perché, come già accennavamo nelle pagine precedenti, la convenzione pretende che l'opera ermeneutica effettuata sulla stessa, tenga in debita considerazione il suo carattere internazionale e la necessità di uniformità applicativa.

Tuttavia, nonostante quest'imprescindibile aspetto internazionalista, è preliminare all'analisi della convenzione sottolineare che da una parte questa è destinata a diventare comunque legge nazionale, una volta ratificata e dall'altra che essa è destinata ad essere completata dalla legge nazionale nel cui contesto è chiamata di volta in volta ad inserirsi.

Infatti, essendo il suo oggetto limitato al singolo contratto (*melius* ad alcuni aspetti del singolo tipo contrattuale "compravendita") gli aspetti non coperti dal dispositivo della convenzione andranno regolati sulla base delle norme nazionali.

Il *main aim* della CISG è quello di ideare ed attuare un sistema giusto e uniforme per la vendita internazionale di beni mobili rendendosi latrice di *certainty and predictability* nelle transazioni commerciali internazionali che ricadono nel suo ambito di applicazione, nonché di porsi come significativo strumento di decremento dei costi delle medesime.

I redattori della convenzione hanno cercato di porsi come obiettivo, ma anche come motivo ispiratore, l'intento di redigere un testo equilibrato, che riuscisse a stabilire un bilanciamento degli interessi essenziali sia del compratore che del venditore.

Chi, ad esempio, maggiormente beneficerà dell'applicazione delle *uniform and fair rules* in discorso, sono senza dubbio le piccole e medie imprese nonché gli imprenditori dei paesi emergenti, che in virtù delle minori risorse a loro disposizione non possono contare su un'assistenza e una consulenza legale paragonabile a quella a cui possono invece accedere le grandi multinazionali o comunque le imprese di ingenti dimensioni, restando per tale ragione più facilmente esposti ai rischi scaturenti dalla scelta della legge applicabile.

Ma vi è di più, i medesimi soggetti sono altresì, nella maggioranza dei casi, dotati di un potere contrattuale notevolmente ridotto in rapporto alle controparti con la conseguenza che questo potrebbe non essere sufficiente né ad influire sulla scelta della legge applicabile né a redigere un regolamento contrattuale equo, che consenta di mantenere l'equilibrio.

Il capitolo primo, parte prima della convenzione ne individua la *sphere of application*. L'articolo uno, al primo comma delimita l'ambito di applicazione da un punto di vista positivo, stabilendo le condizioni necessarie perché il contratto ricada sotto la disciplina della convenzione.

Segnatamente essa prevede che la normativa in seno contenuta verrà applicata quando il contratto è concluso tra parti "*whose places of business are in different States*" purché entrambi gli stati siano firmatari della convenzione.

In questo caso, la convenzione trova applicazione diretta. Ma è, altresì, possibile che la convenzione trovi spazio quando le norme di diritto internazionale privato conducano all'applicazione della stessa.



In questo caso l'applicazione è, per così, dire indiretta.

L'applicazione diretta, evitando il ricorso, a volte farraginoso ma in ogni caso mai agevole, alle norme di diritto internazionale privato consente un guadagno in termini di certezza, prevedibilità e stabilità.

L'applicazione indiretta invece, se comporta un sacrificio sotto il punto di vista degli aspetti menzionati, ha il vantaggio di estendere quanto più possibile lo *scope of application* della convenzione.

Tuttavia, diversi Stati ratificanti, a ciò abilitati dall'art 95, hanno dichiarato di non essere vincolati dalla norma che idonea all'applicazione indiretta.

Alla stessa logica ampliativa dell'ambito d'applicazione, risponde la previsione che consente alle parti di scegliere la disciplina in essa incorporata come regolatrice del contratto, senza avere riguardo in questo caso al fatto che il luogo in cui le parti hanno la sede dei loro affari sia situato in uno stato contraente.

Il motivo precipuo per una siffatta scelta è, essenzialmente, quello di volersi avvalere di un complesso di regole largamente accettate e di carattere neutrale. Non va invece tenuta in nessun conto, ai sensi di quanto stabilito nella convenzione medesima, la nazionalità delle parti.

L'articolo in esame ha anche una valenza ulteriore oltre a quella perspicua ed apertamente dichiarata; questo, infatti, ci consente di enucleare cosa in base alla convenzione possa essere qualificato come "contratto internazionale" (*rectius* contratto di compravendita internazionale), nonostante l'apparente assenza di una norma definitoria<sup>85</sup>.

La spiegazione della *sphere of application* prosegue tracciando i confini di applicabilità della convenzione, *ratione materiae*.

---

<sup>85</sup> Avevamo già preso in esame tale norma proprio quando ricercavamo una definizione del concetto di internazionalità.

Nel ribadire che la convenzione, del pari di quanto già avveniva nella convenzione del 1964, non contenga la definizione del contratto di compravendita, non possiamo non interrogarci sul perché di tale esclusione.

Parte significativa della dottrina attribuisce questa scelta alla tendenziale univocità che sussiste nelle definizioni del commentando concetto all'interno degli ordinamenti nazionali, scrive infatti Memmo che "sulla nozione di vendita non si ravvisano nei diversi ordinamenti giuridici differenze tali da richiedere un'esplicita definizione da parte del legislatore"<sup>86</sup>.

Altra autorevole dottrina sostiene, invece, che "la scelta è giustificata dalla difficoltà di raggiungere un consenso generalizzato da parte degli Stati con tradizioni giuridiche diverse quanto all'inquadramento dogmatico di tale fattispecie contrattuale"<sup>87</sup>.

La Convenzione, dal canto suo, procede elencando esplicite esclusioni ed inclusioni; tra le ipotesi escluse in primis capeggiano i contratti del consumatore<sup>88</sup> ed i contratti in cui la fornitura di merci è di secondaria importanza rispetto all'obbligazione preponderante consistente nella fornitura di mano d'opera o altri servizi.

In ordine ai primi abbiamo già ampiamente commentato la ratio sottesa alla loro esclusione e non ci pare opportuno tornare sull'argomento, per completezza tuttavia dobbiamo aggiungere che l'esclusione non opera se il venditore "*neither knew nor ought to have*

---

<sup>86</sup> MEMMO, *Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*, in Rivista di Diritto internazionale privato e procedura, 1983 pag 189, vedi anche PADOVINI, *La vendita internazionale dalle convenzioni dell'Aja alla convenzione di Vienna nella medesima rivista*, anno 1987.

<sup>87</sup> A. LANCIOTTI, *Norme uniformi di conflitto e materiali*, Edizioni scientifiche italiane, 1992, 119.

<sup>88</sup> *This Convention does not apply to sale: of good bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;* in [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal\\_Guide\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf)

*known that the goods were bought for personal, family or household use”.*<sup>89</sup>

Per quanto concerne i secondi è, invece, necessario mettere in risalto un fattore che ad una lettura non attenta può facilmente sfuggire. La norma in questione cela, infatti, una disposizione che ha natura inclusiva, camuffandola da esclusione.

Nel precisare che i citati contratti non sono soggetti alla Convenzione quando l'obbligazione preponderante è la fornitura di mano d'opera o servizi, essa, in realtà, non fa altro che includere nello *scope of application* i contratti di fornitura di mano d'opera e servizi, quando questa preponderanza non si verifichi. Ne deriva quindi che queste due tipologie contrattuali, che di per se non sarebbero riconducibili all'oggetto della convenzione vi vengono inclusi per via della loro connessione con il contratto di fornitura di merci, latore dell'obbligazione preminente.

Le altre esclusioni riguardano le compravendite:

- all'asta;
- effetto di pignoramento o altro ordine giudiziale;
- di valori mobiliari, effetti commerciali e valute;
- di navi, battelli, aliscafi, aeronavi;
- di elettricità.

Carattere esplicitamente inclusivo ha invece la previsione di cui all'art. 3, primo comma, che annovera tra i contratti inquadrabili all'interno della convenzione, quelli di fornitura di merci da fabbricare o produrre. Queste ipotesi nella nostra giurisprudenza sono, invece, sussunte sotto la disciplina dell'appalto. Pertanto è evidente come si ampli l'ambito di applicazione “a contratti che non sono tipicamente di

---

<sup>89</sup>[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal\\_Guide\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf)

vendita, cioè che non sono tipicamente di dare, ma che hanno ad oggetto un *facere*”<sup>90</sup>.

Infine, per terminare questo rapido focus sulla prima parte della convenzione è corretto soffermarci su due ultime precisazioni. In primis, che la convenzione regola solo ed esclusivamente la formazione del contratto e diritti e obblighi delle parti di esso. Le questioni relative ad aspetti afferenti l’oggetto della convenzione, ma da essa non regolati, andranno risolte sulla base dei principi generali della stessa o, in assenza, sulla base delle norme applicabili individuate alla luce delle *conflict rules* del diritto internazionale privato.

Ricadono, invece, fuori dall’ambito di applicazione della CISG gli aspetti relativi alla validità del contratto e delle singole clausole di questo e gli effetti che può produrre sulla proprietà dei beni.

La seconda precisazione riguarda la c.d. *product liability* per morte o lesioni personali cagionate dalla merce acquistata. Queste ricadono al di fuori dell’ambito di applicazione della CISG con il naturale risultato che le azioni contrattuali inerenti a ciò non potranno fondarsi sulla convenzione.

*Nulla quaestio* invece per le azioni aquiliane, che in ogni caso non si basano sul contratto e quindi non afferiscono alla disciplina della convenzione e al ruolo dell’autonomia della parti.

Come abbiamo già accennato le parti possono scegliere, in base all’autonomia loro riconosciuta di sottoporre il contratto alla disciplina della convenzione anche quando le condizioni di applicabilità dell’art. 1 non sono rispettate, ma esse hanno altresì il potere, loro attribuito dal dispositivo dell’art. 6, di escludere l’applicazione della convenzione al contratto siglato.

---

<sup>90</sup> F. FERRARI, *La vendita internazionale applicabilità e applicazione della convenzione di Vienna del 1980*, CEDAM, 1997, 104.

Le parti non sono, tuttavia, poste di fronte ad un out-out, se applicare in toto la convenzione o escluderla *tout court*, viene loro infatti concessa, dal medesimo articolo, la possibilità di derogare alle disposizioni della convenzione o modificarne gli effetti.

Limite a quest'ultimo aspetto dell'autonomia delle parti è però l'art. 12, inderogabile dalle stesse e imm modificabile nei suoi effetti.

La seconda parte della convenzione, che ricomprende gli articoli dal 14 al 24, è dedicata alla formazione del contratto.

L'art. 92, al comma uno, dispone quanto segue:

*“A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Part. II”<sup>91</sup>.*

Al secondo comma precisa, però, che lo Stato riservatario ai sensi del comma precedente non sarà considerato Stato contraente ai sensi dell'articolo uno, comma uno della convenzione medesima.

“Ne consegue che, quando una delle parti abbia la propria sede in uno Stato riservatario e il foro competente sia ubicato in uno Stato contraente, l'applicazione diretta della convenzione, sarà esclusa per gli ambiti riconducibili all'oggetto della riserva, ed il giudice investito dalla questione dovrà procedere all'individuazione della disciplina rilevante a mezzo della giustizia di diritto internazionale privato.

Qualora le norme di conflitto del foro richiamino la legge di uno Stato contraente non riservatario, la parte di disciplina convenzionale cui si riferisce la riserva potrà non di meno trovare applicazione”<sup>92</sup>.

In parole povere, una volta esclusa l'applicazione diretta non è detto che la convenzione non possa comunque operare in via indiretta (ex art. 1, comma 2).

---

<sup>91</sup>[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal\\_Guide\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf)

<sup>92</sup> F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Wolters Kluwer Italia, 2008, 118-119.

Tra i Paesi che si sono avvalsi di questa **opt-out option** fornita dall'art. 92, vi sono i c.d *Nordic Countries*, scrive infatti Lookofsky, "The four Scandinavian countries have all signed on to the 1980 Vienna Convention, but the Scandinavian attitude to the uniform sales law can hardly be described as run of the mill. It is surely the Article 92 declarations which most clearly have set the Scandinavians apart. Among the 50 CISG Contracting States, only the Scandinavians chose to "opt out" of CISG Part II (Articles 14-24). Only these four States declared that they would "not be bound" by the Convention's Contract Formation rules"<sup>93</sup>.

In questi paesi quindi, come in ogni eventuale altro Stato riservatario saranno le leggi nazionali a governare la fase di formazione del contratto.

Fatte queste precisazioni preliminari, vediamo più da vicino alcuna delle *core provisions* di questa seconda parte.

L'articolo 14 comma 1 si concentra sulla proposta volta alla conclusione di un contratto indirizzata ad una o più persone determinate.

Se infatti la proposta non è rivolta a persone determinate questa in base al comma secondo del medesimo articolo va intesa come invito ad offrire, salvo che il proponente manifesti chiaramente un intento contrario<sup>94</sup>. La proposta contrattuale, ai sensi della convenzione, si considera un'offerta quando è sufficientemente determinata<sup>95</sup> e mostra

---

<sup>93</sup> J. LOOKOFSKY, *Alive and Well in Scandinavia: CISG Part II* in *Journal of Law and Commerce* (1999), 289-299.

<sup>94</sup> La convenzione quindi pare non prendere in considerazione i contratti unilaterali di common law. Possiamo ad esempio citare un caso ormai classico in quanto piuttosto risalente nel tempo (1893), in cui la corte riconobbe l'esistenza di un contratto unilaterale. *La Queen's Bench Court of Appeal statuì che "Mrs Carlill was entitled to the reward as the advert constituted an offer of a unilateral contract which she had accepted by performing the conditions stated in the offer"* <http://www.e-lawresources.co.uk/Carlill-v-Carbolic-Smoke-Ball-Co.php>.

<sup>95</sup> In un caso austriaco del 1997, l'Oberster Gerichtshof stabilì che per determinare se l'offerta del venditore fosse sufficientemente determinata, ai sensi dell'articolo in esame, questa deve essere interpretata *according to the understanding that a reasonable person of*

l'intenzione del proponente di rimanervi vincolato qualora venga accettata.

Per essere sufficientemente determinata la proposta deve indicare le merci che ne formano oggetto e fissare, esplicitamente o implicitamente prezzo e quantità, ovvero i criteri per determinarli.

Queste specificazioni hanno lo scopo di distinguere una vera e propria proposta dal semplice *invitatio ad offerendum*.

L'offerta vera e propria, infatti, sottende la volontà di giungere alla conclusione del contratto se accettata dal destinatario, al contrario l'invito ad offrire è volto a far scaturire una proposta (quindi un'offerta non un'accettazione), da parte del soggetto a cui è rivolta.

L'offerta è effettiva nel momento in cui raggiunge il destinatario, ma può essere ritirata, anche se si tratta di proposta ferma, se la revoca giunge all'*offeree*, prima o contestualmente all'offerta<sup>96</sup>.

Oltre al ritiro la convenzione consente anche la revoca della proposta, purché la revoca giunga prima che l'*offeree* abbia inviato l'accettazione.

La revoca è però esclusa se la proposta è definita espressamente irrevocabile, ovvero se appare ragionevole per il destinatario contare sulla proposta come se fosse irrevocabile. L'accettazione è regolata nell'articolo 18. Essa può assumere la forma di una dichiarazione dell'offerta, ovvero può desumersi per *facta concludentia*, cioè da un comportamento compatibile in modo non equivoco con la volontà di prestare il proprio consenso alla proposta.

Il silenzio di per se stesso non equivale ad accettazione. Tuttavia, è possibile, al pari di quanto avviene nel nostro ordinamento ai sensi

---

*the same kind as the receiver would have had in the same circumstances*" <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=254&step=Abstract>.

<sup>96</sup> Il principio accolto differisce quindi solo in minima parte da quanto stabilito nel nostro ordinamento. Secondo il nostro codice infatti il ritiro (*withdrawal*) "precede (sempre) la ricezione della proposta e vale ad avvertire il destinatario di non tenere conto della proposta" F. GALGANO, *Il Contratto*, CEDAM, Padova, 2011, 143

dell'art 1327 c.c.<sup>97</sup>, che il consenso alla formazione del contratto venga espresso senza preavvisare l'offerente dell'avvenuta accettazione ossia "by performing an act, such as one relating to the dispatch of the goods or payment of the price"<sup>98</sup>.

In questo caso l'accettazione è effettiva al momento della performance.

Ovviamente ciò è possibile solo se l'offerta lo prevede, se è una prassi consolidata tra le parti, o se gli usi lo stabiliscono.

Nella convenzione, quindi, "si parla espressamente di consenso prestato mediante l'esecuzione della prestazione"<sup>99</sup>.

Non si considera accettazione, ma controfferta, la risposta ad una proposta che contiene aggiunzioni, limitazioni, o altre modifiche rispetto all'offerta originaria (c.d. *mirror image rule*).

Fin qui, *nulla quaestio*, la convenzione sembra rispettare il principio di conformità nella conclusione del contratto del pari di quanto avviene nella maggioranza degli ordinamenti sia di *civil law*, che di *common law* (ex multis art. 1326 c.c., § 150 n. 2 BGB). Tuttavia, il dispositivo del secondo comma sembra introdurre una disposizione che mina l'incondizionata validità del principio alla base del comma precedente, infatti, ammette che la risposta ad un'offerta costituisca accettazione anche se contiene clausole difformi ovvero modifichi in altro modo il contenuto della proposta, quando l'alterazione della medesima non ne muti in modo sostanziale il contenuto.

Perché la previsione operi è necessario che non vi sia una tempestiva opposizione del proponente.

---

<sup>97</sup> Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.

<sup>98</sup> Art. 18, comma 3.

<sup>99</sup> F. GALGANO, *Il Contratto*, CEDAM, Padova, 2011, 133.



Se tutte queste condizioni sono soddisfatte il contratto sarà perfezionato senza una nuova dichiarazione di volontà dell'originario proponente ed il contenuto del regolamento contrattuale rispecchierà la proposta così come modificata o integrata dell'accettante<sup>100</sup>.

A questo punto, però, ci pare necessario indagare più a fondo.

Innanzitutto, possiamo vedere come “la necessità che conformità tra proposta e accettazione venga valutata in maniera letterale e il relativo grado di congruenza sia pieno e incondizionato, ha sempre costituito la regola di base nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei.

Tuttavia, mentre in Italia non sembra per il momento soggetta ad alcuna significativa limitazione, all'estero dottrina e giurisprudenza hanno, da tempo, elaborato e accolto diversi temperamenti, recepiti in alcuni casi dal legislatore”<sup>101</sup>.

In Germania il § 150 n. 2, BGB così stabilisce: ”un'accettazione con ampliamenti, limitazioni o altre modifiche vale come rifiuto collegato ad una nuova proposta.

Ciononostante, già nel 1973, il *Bundesgerichtshof* osservava che l'articolo in esame avrebbe dovuto essere applicato tenendo conto dei principi di correttezza e buona fede e del combinato disposto dei successivi §154 e 155 BGB, di modo che il disaccordo su alcune condizioni generali non esclude necessariamente la conclusione del contratto, per lo meno, quando una parte provveda ugualmente ad eseguire la propria prestazione e questa venga ricevuta senza obiezioni dall'altra<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> *However, a reply to an offer which purports to be an acceptance, but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offer or, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect.*

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>

<sup>101</sup> P. DUVIA, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Giuffrè Milano, 2012, 37-38.

<sup>102</sup> P. DUVIA, *op.cit.*, 38-40.

In secondo luogo, ci sembra di poter condividere la tesi affermata da Galgano<sup>103</sup>, secondo cui la norma non limiterebbe il consenso necessario alla conclusione del contratto, ai soli punti essenziali dello stesso, ma introduce, altresì, un'ipotesi di silenzio concludente.

Quindi, la mancata opposizione del proponente in un tempo ragionevole equivarrebbe ad un tacito consenso alle modifiche apportate dall'*offeree* (il silenzio, di norma, non ha valore d'assenso, ma secondo l'antico brocardo latino, *tacere consistere videtur si loqui debuisset ac potuisset*)<sup>104</sup>.

Da questo deduciamo che la convenzione accoglie il c.d. principio della ricezione, “in virtù del quale il contratto si perfeziona quando l'accettazione perviene all'indirizzo del proponente”<sup>105</sup>.

Il principio è però temperato nella convenzione medesima dall'art. 16 sulla revoca della proposta che abbiamo già analizzato. In questo caso, la proposta può essere revocata, finché l'*offeree* non abbia inviato l'accettazione.

“Dalla CISG, poi, il principio è stato trapiantato sia nei principi Unidroit<sup>106</sup>, che nei PECL, e nel DCFR, cosicché oggi appare pressoché universalmente accolto dal commercio internazionale”<sup>107</sup>. Nella Convenzione, così come nei principi Lando, la ricezione “si considera realizzata allorché la dichiarazione venga consegnata a quest'ultimo (il proponente) o venga recapitata presso la sua sede d'affari, oppure (ma questo è un criterio che vale solo in via sussidiaria), al suo indirizzo postale o presso la sua residenza”<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> F.GALGANO *ibidem*

<sup>104</sup> Ai sensi dell'art 18 comma secondo, l'accettazione diventa effettiva quando il consenso prestato dall'oblatore viene ricevuta dal proponente, analogamente l'art. 23 stabilisce che: “*A contract is concluded the moment when an acceptance or an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention*”,

<sup>105</sup> A. FRIGNANI, M. TORSELLO, Wolters Kluwer Italia, 2010, 219.

<sup>106</sup> Cfr. art. 2.61.6, comma 2.

<sup>107</sup> A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *op.cit.*, 220-221.

<sup>108</sup> A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *op.cit.* 219; F. RAGNO *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Wolters Kluwer Italia, 2008, 281.

Nei diversi ordinamenti nazionali invece manca una siffatta armonia. Nel nostro codice invero viene accolto il c.d. principio della cognizione, in base al quale il contratto si perfeziona allorché ciascuna delle parti sia edotta dell'esistenza della concorde volontà dell'altra. Quindi, "Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte" (art 1326 c.c.).

È stata, quindi, scartata la *mail box rule*, vigente nella maggioranza degli ordinamenti di *common law*, detta anche principio della spedizione. "Secondo questo principio il contratto è concluso quando c'è l'obiettiva coesistenza di volontà conformi: è concluso, perciò, nel tempo e nel luogo in cui il destinatario della proposta spedisce la propria accettazione, con la conseguenza che il vincolo contrattuale si perfeziona prima ancora che il proponente ne abbia conoscenza"<sup>109</sup>.

Tale principio, oggi, può essere considerato vigente anche in Francia. Poiché il *code civil* non contiene una norma a ciò relativa, per questa ragione la dottrina ha lungamente dibattuto la soluzione da adottare.

Il *punctum dolens* della questione era "se per la conclusione del contratto fosse sufficiente la *coexistence des volontès*, ovvero se fosse anche necessario"<sup>110</sup>, il *rencontre des volontès*. Dopo un periodo di pronunce altalenanti e *revirement* repentini, la giurisprudenza sembra essersi definitivamente assestata sulla regola dell'*expédition*.

Soluzione mediana viene accolta in Austria e Germania, attraverso il ricorso al principio della ricezione.

Il codice Svizzero poi, al pari degli altri di area tedesca, accoglie il principio della ricezione, tuttavia, nonostante sulla base di tale

---

<sup>109</sup> F. GALGANO, *opera ultim cit.*, 131.

<sup>110</sup> A. FRIGNANI - M. TORSELLO, Wolters Kluwer Italia, 2010, 220.

principio, il contratto si consideri concluso quando l'accettazione perviene all'indirizzo del proponente, gli effetti della conclusione vengono retrodatati al momento della spedizione.

Passiamo adesso alla Parte Terza della Convenzione, intitolata *Vendita di merci*.

Questa si compone di cinque capitoli. In apertura troviamo le “*General provisions*”, cioè il complesso di disposizioni relative all'intera parte soggetta alla nostra disamina.

I capitoli Due, Tre e Cinque riguardano le obbligazioni delle parti; il capitolo Due si focalizza su quelle del venditore, specularmente il Terzo capitolo si concentra su quelle del compratore, mentre il Quinto, capitolo di chiusura, disciplina le obbligazioni comuni ad entrambi i soggetti del contratto di compravendita (i.e. venditore e compratore). Il capitolo Quarto è, invece, dedicato al trasferimento del rischio.

Prima di addentrarci nell'analisi di questa parte premettiamo che anche per essa vale l'art. 92. Come già abbiamo visto, per la parte seconda, quindi, uno Stato potrà dichiarare di non volersi considerare vincolato alla parte terza, pur continuando ad essere considerato Stato contraente<sup>111</sup>.

Tra le disposizioni generali merita un più accurato esame l'art. 25. Esso è relativo al *fundamental breach (contravention essentielle)*. L'importanza di questa norma non può sfuggire.

Infatti, tracciare i contorni che delineano un inadempimento essenziale rispetto ad un adempimento non essenziale o comunque di gravità secondaria, non è privo di rilevanza pratica.

La conseguenza riconnessa ad inadempimenti contrattuali sussumibili sotto il concetto d'adempimento essenziale, potremmo definirla, seguendo molta parte della dottrina, come estrema.

---

<sup>111</sup> V. *supra* per maggiori dettagli sulla disciplina contenuta nell'art 92.

Essenzialmente il portato ineludibile di una siffatta rottura degli obblighi contrattuali, è, e non potrebbe non essere, che la risoluzione del contratto.

Al contrario, quando l'inadempimento è considerato di minore gravità, in virtù di un principio di conservazione del contratto si può ovviare ad una soluzione tanto estrema.

Il *favor contractus*, spinge infatti a salvaguardare per quanto possibile l'accordo raggiunto favorendo il ricorso a rimedi meno tranchant. Si cerca in queste ipotesi di trovare un equilibrio tra le opposte esigenze delle parti: la parte diligente, che subisce l'altrui inadempimento, vuole essenzialmente evitare di trovarsi costretta a ricevere una prestazione a cui non è interessata; dall'altro lato, la parte non ottemperante ha ovviamente interesse, nonostante il proprio inadempimento, a non patire una conseguenza così netta.

Nell'intento di perseguire questo *fair balance*, ecco la formulazione a cui è giunta la CISG: “*A breach of contract by one of the parties is fundamental if in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result*”<sup>112</sup>.

Bortolotti, nella sua analisi della norma in questione, enuclea, quindi, gli elementi che rendono giustificato il ricorso al rimedio risolutivo:

- il pregiudizio subito dalla parte ottemperante, a causa dell'inadempimento altrui deve privarla di ciò che legittimamente si aspettava dal contratto;

---

<sup>112</sup> [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal\\_Guide\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf)

- la previsione del detrimento cagionato ad opera della parte manchevole o la sua prevedibilità ad opera di una persona ragionevole posta in una situazione analoga.

“Si tratta quindi innanzitutto d’accertare la gravità dell’inadempimento sotto il profilo del suo riflesso sulle legittime aspettative della controparte”<sup>113</sup>.

Per chiarire meglio il concetto vediamo come non sia stata riconosciuta, dalla *Stokholm Chamber of Commer* la possibilità di risolvere il contratto, a causa del difetto dei sensori di pressione che ne costituivano l’oggetto.

Per quanto la corte arbitrale abbia riscontrato il difetto delle merci, ha ritenuto che si trattasse di difetti minori che potevano essere facilmente eliminati dall’utilizzatore finale. I difetti in questione, quindi, non son tali da giustificare il rimedio più estremo, dal momento che l’inadempimento non può considerarsi essenziale<sup>114</sup>.

Ad un analogo diniego del rimedio risolutorio è giunta la Corte d’Appello di Turku in un caso del Febbraio 1997.

La Corte ha così deciso ritenendo che, nonostante la consegna delle merci da parte del venditore tedesco fosse avvenuta sei settimane oltre il termine considerato ragionevole e questo costituisse, quindi, un ingiustificato ritardo, non si trattasse di un *fundamental breach of contract*<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, CEDAM, 1997, 534.

<sup>114</sup> Il Caso è stato deciso nel 1997, mentre l’esempio è stato tratto dal materiale del corso di UK and EU company and Commercial Law, tenuto dal Professor D. FLATCHER presso la Faculty of Law di Helsinki University, nell’anno accademico 2013/2014.

<sup>115</sup> *A German seller and a Finnish buyer concluded a contract in 1992 for the sale of animal food. Following the delivery in 1993 the seller sent an invoice on the total amount due to the buyer, but the purchase price remained unpaid by the buyer. Subsequently the seller filed a lawsuit against the buyer claiming payment of the purchase price. The buyer submitted that it had declared the contract avoided even prior to the delivery as it had some problems with its new factory. Upon the delivery the buyer repeatedly declared the contract avoided and at the same time the buyer gave notice of fundamental delay of the delivery. The seller submitted that the buyer had not declared any avoidance of the contract, and that the buyer had shown his acceptance of the delivery of the goods by arranging and paying for the transportation of the goods under the Ex works term. The case was on appeal from*

Portiamo a questo punto la nostra attenzione sugli obblighi delle parti, iniziando dal venditore (Cap. 2), così come fa il testo della convenzione stessa.

Gli obblighi del venditore sono espressi in modo sintetico nell'articolo di apertura del capitolo *de qua*. Si tratta di obblighi semplici, prospettati con un linguaggio scarno ed essenziale<sup>116</sup>.

*“The seller must deliver the goods hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention”.*<sup>117</sup>

Per maggiore chiarezza visiva possiamo scomporli in tre gruppi:

1. obbligo di consegnare le merci;
2. obbligo di trasferirne la proprietà;
3. obbligo di consegna, se del caso, dei relativi documenti.

Per quanto concerne l'obbligo di consegna vediamo che la convenzione si astiene dal predisporre una definizione di consegna enucleando invece singoli comportamenti dovuti dal venditore<sup>118</sup>.

Opta, pertanto, per un punto di vista pragmatico.

“L'impostazione ... consente anche di configurare la consegna in una prospettiva procedimentale, come una serie complessa di singoli

---

*the Lower Court (District Court of Turku, June 16 1995, case number S 94/4988). The Appeal Court held in favour of the seller and found that buyer had to pay the full amount due according to the contract. In reaching this conclusion the Court applied CISG on the contract (Art. 1 (1) (a) CISG). The Court found that the delivery had been delayed. The usual reasonable time of delivery in this field of business was a maximum of 8 weeks, but in this case the time of delivery had amounted to 14 weeks. In the Courts opinion however, this delay did not amount to a fundamental breach of contract as it did not substantially deprive the buyer of what he was entitled to expect under the contract (Art. 25 CISG). In this connection the Court took into consideration the quality of the goods and that the buyer was engaged in a wholesale business selling daily goods and that the delivery was delayed about 6 weeks. The Court then held that the buyer had no grounds to declare the contract avoided as the delay did not amount to any fundamental breach of the contract.*  
<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=797&do=case> .

<sup>116</sup> <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>

<sup>117</sup> [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal\\_Guide\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf)

<sup>118</sup> S'indicano altresì i corrispettivi doveri del compratore nel prendere in consegna le merci.

comportamenti del venditore, ciascuno dei quali ha una sua rilevanza e produce determinate conseguenze”<sup>119</sup>.

È opportuno notare come in questa parte venga rimarcata più volte la preferenza che la convenzione attribuisce al contratto, le norme in discorso sono norme di default destinate ad operare in via sussidiaria.

La priorità tributata quindi all'autonomia delle parti in questo specifico ambito si accorda con la prassi, ormai da tempo invalsa, di determinare direttamente all'interno del regolamento contrattuale una disciplina molto dettagliata.

Le disposizioni sono quindi definite “*gap filling provisions*”<sup>120</sup>, per questo, di applicazione non così frequente. “Si può addirittura dubitare che il ruolo così marcatamente sussidiario delle norme... finisca per sminuirne la rilevanza pratica”<sup>121</sup>.

In relazione all'obbligo di trasferimento della proprietà, abbiamo già avuto occasione di notare come gli effetti che il contratto possa avere sulla proprietà dei beni non siano oggetto di disciplina all'interno della convenzione, sono infatti esplicitamente esclusi dallo *scope of application* della convenzione.

Solo l'art. 41 funge in qualche modo da raccordo tra la disciplina degli obblighi del venditore e gli effetti traslativi della proprietà connessi al contratto di compravendita stabilendo che “*The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party*”<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> M. LOPEZ DE GONZALO, *La posizione del venditore in Contratto e Impresa*, Europa, 2012, fascicolo 2, 914-915.

<sup>120</sup> L'espressione si trova in *International Sales Law*, DI MATTEO, DHOOGHE, MAURER e PAGNATTARO, Cambridge, 2005, 102.

<sup>121</sup> M. LOPEZ DE GONZALO, *La posizione del venditore in Contratto e Impresa*, Europa, 2012, fascicolo 2, 915.

<sup>122</sup> <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>



Prendendo, in fine, in considerazione l'obbligo di consegna dei documenti, "oltre che solo eventuale, si configura come accessorio e complementare all'obbligo di consegna delle merci"<sup>123</sup>.

La merce consegnata deve avere le caratteristiche pattuite in contratto e deve essere consegnata nel luogo e nel termine dedotti in contratto, priva di difetti.

Per un'analisi come la nostra, scevra da pretese di completezza, ci pare sufficiente ed opportuno focalizzarci solo su quest'ultimo obbligo (i.e. la consegna di merce non difettosa) stante la frequenza con cui scaturiscono controversie a ciò relative.

L'obbligo è sancito nell'articolo 35, a tenore del quale: "*The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract*".

Il primo comma stabilisce quindi quale criterio prioritario, al fine delle valutazione dell'assenza di difetti, la conformità della merce a quanto dalle parti concordato e stabilito in contratto.

In mancanza di siffatte pattuizioni le "*gaps filling provisions*"<sup>124</sup> provvedono a dettare criteri sussidiari, statuendo che, "*except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:*

- *Are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used:*
- *Are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract;*

---

<sup>123</sup> M. LOPEZ DE GONZALO, *La posizione del venditore in Contratto e Impresa*, Europa, 2012, fascicolo 2, 913.

<sup>124</sup> V. nota precedente.

- *Are contained or packaged in the manner usual for such goods or where there is no such manner in a manner adequate to preserve and protect the goods”.*

Quindi, l’art. 35 *“is based on a uniform concept of “lack of conformity that include not only discrepancy in quality, but also in quantity, delivery of aliud ad packing defect. However... the CISG upholds the distinction between the goods possessing defects in quality and defects in titles”*<sup>125</sup>.

Il compratore è tenuto a denunciare eventuali difetti di conformità entro un termine ragionevole dalla scoperta, o dal momento in cui avrebbe potuto scoprirli, ma comunque entro un massimo di due anni (art.39).

Stante l’obbligo, per il compratore, d’esaminare la merce *“as short a period as is practicable in the circumstances”*<sup>126</sup>, questo termine ha decorrenze diverse, dalla consegna, se si tratta di vizi apparenti, dalla scoperta, per i vizi occulti.

La denuncia deve precisare la natura del vizio, e la giurisprudenza mostra di avere un atteggiamento molto restrittivo al riguardo, non dando seguito a denunce non sufficientemente circostanziate.

Nell’ipotesi in cui si verifichi l’inadempimento del venditore, la convenzione non lascia privo di tutela il compratore predisponendo una serie di rimedi.

1. Richiesta d’adempimento. *“Art. 46 grants the buyer to require the seller to actually perform its obligation (46.1), to make a substitute delivery (46.2), to repair a lack of conformità (46.3)”*<sup>127</sup>. La richiesta d’adempimento delle prestazioni non eseguite, che può essere presentata quando non siano stati

---

<sup>125</sup> C. FOUNTOULAKIS - I. SCHWENZER - M. DIMSEY, *International sales law*, Routledge Cavendish, Mar 12, 2007, Business & Economics, 237.

<sup>126</sup> <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>

<sup>127</sup> C. FOUNTOULAKIS, I. SCHWENZER, M. DIMSEY, *op.cit.* 351.

richiesti rimedi alternativi incompatibili. “*Domestic laws were of great significance in the rafting of Art. 46.1. The regulation of this right represents a mixture of various legal traditions. Whereas the right, in itself is derived from continental European legal systems, the construction of the right as a remedy is based on common law*”<sup>128</sup>. Il compratore può richiedere la sostituzione delle merci non conformi al contratto solo quando la *lack of conformità costituisce un fundamental breach of contract*. Al contrario, può in generale essere richiesta la riparazione delle merci, in caso di difetto di conformità fuorché nei casi in cui appaia irragionevole in considerazione di tutte le circostanze.

2. Risoluzione del contratto. Questa “può essere richiesta solo in presenza di un adempimento essenziale (come avevamo già chiarito) o in caso di mancata consegna delle merci entro ragionevole termine supplementare fissato dal compratore ai sensi dell’art. 47”<sup>129</sup>.
3. Riduzione del prezzo. La riduzione del prezzo può essere richiesta quando si verifica il difetto di conformità. La riduzione prescinde dal fatto che il prezzo sia già stato pagato o meno. La riduzione è proporzionale al valore che le merci effettivamente consegnate avevano al momento della consegna, rispetto al valore che le merci avrebbero dovuto avere se fossero state conformi al contratto. La riduzione tuttavia non può essere richiesta se il venditore pone rimedio all’inadempimento dell’obbligazione in cui è incorso, qualunque esso sia, ovvero se

---

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, CEDAM, 1997, 541.

il compratore rifiuta di ricevere la prestazione offerta dal venditore<sup>130</sup>.

4. Risarcimento del danno. Questo rimedio può conciliarsi con i precedenti, nel senso che la convenzione consente al compratore, che subisca gli effetti dell'altrui inadempimento, purché questo non sia dipeso da forza maggiore, è consentito richiedere congiuntamente al risarcimento del danno gli altri rimedi apprestati. In altre parole il ricorso ad un qualsiasi altro rimedio non depriva il compratore del diritto di chiedere di essere risarcito per danni subiti. "Il danno è costituito dalla perdita subita in conseguenza dell'inadempimento, comprensiva del mancato guadagno. Il fatto che il danno comprende anche i cosiddetti *consequential damages*, e cioè danni che non sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della controparte, costituisce una regola comune alla maggior parte delle legislazioni sulla vendita"<sup>131</sup>. In ogni caso, il danno risarcibile è solo il danno prevedibile al momento della conclusione del contratto.

È, altresì, valida, anche nell'ambito della vendita internazionale, la regola presente nel nostro ordinamento, in base alla quale non è risarcibile il danno che il creditore avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza. Infatti, s'esprime in termini analoghi l'art. 77 della CISG, quando stabilisce che: "*A party who relies on a breach of*

---

<sup>130</sup> Esemplificando vediamo brevemente una decisione della Pretura di Locarno-Campagna. "*In 1988 an Italian seller and a Swiss buyer concluded contracts for the sale of furniture (Omissis). The buyer further claimed that a living-room set delivered by the seller was defective and, upon the seller's refusal to repair it, requested a refund of repair costs. The court found that the buyer was entitled to a reduction of the price, calculated as provided in Art. 50 CISG. The court held that, in the absence of evidence to the contrary, the value that conforming goods would have had is determined by the price agreed upon in the contract. The court further specified that the sum by which the price is to be reduced may not correspond to the repair costs actually suffered by the buyer.*" in *Journal of Law and Commerce* Vol 17, 1998, 263- 274

<sup>131</sup> F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, CEDAM, 1997, 542.

*contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss”.*

Gli articoli dal 53 al 65 sono dedicati alla disciplina degli obblighi del venditore. *“The obligations of the buyer under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) can be succinctly summarized as the obligations to take the goods and to pay for the goods. In most respects, any further qualification is a mere footnote or particularization of these two obligations”*<sup>132</sup>. Anche per questa sezione vale quanto abbiamo riferito in precedenza sulla natura sussidiaria delle norme che la compongono, ribadendo la supremazia del regolamento contrattuale nel determinare le obbligazioni delle parti.

Le *provisions* della CISG si applicheranno, infatti, solo nelle ipotesi in cui non sia stato raggiunto un accordo tra le parti.

Al pagamento del prezzo sono dirette le disposizioni contenute negli articoli dal 54 al 59, le quali prendono in considerazione i criteri per determinare il prezzo, il luogo e il tempo, in cui debba essere epagato, qualora le parti non abbiano provveduto a determinarli in contratto.

In conformità all’art. 54, *“buyer’s obligation to pay the contract price extends beyond the abstraction of owing the money. The obligation also includes whatever steps and costs that are necessary to ensure that the payment is actually made...the buyer must bear the costs for measures necessary to enable him to pay the price”*<sup>133</sup>.

Poiché la casistica nata attorno a quest’articolo è numerosa, vediamo, a titolo esemplificativo, che diversi casi hanno riguardato lettere di credito che, contrariamente a quanto pattuito in contratto,

---

<sup>132</sup> H.DEEB G. DeVan DAGGET *The Buyer’s Performance Under The CISG: Articles 53-60 Trends in Decisions*, in *Journal of Law and Commerce* Vol. 25,2005-06, 273.

<sup>133</sup> H.DEEB G. DeVan DAGGET *op.cit* 273

l'acquirente non sia riuscito a procurarsi, infrangendo così il proprio obbligo ex art. 54, ovvero problematiche inerenti alla valuta di pagamento etc.

Ultima precisazione in merito a ciò è che il prezzo va pagato senza nessuna richiesta apposita da parte del venditore e senza che sia necessario l'espletamento di particolari formalità da parte di quest'ultimo.

L'altro obbligo del compratore è sancito nell'art. 60. *“In addition to paying the price, the buyer must take delivery of the goods. This obligation encompasses both reasonable preparations necessary to take delivery as well as taking physical control of the goods”*<sup>134</sup>.

Ai sensi dell'articolo 61, i rimedi a disposizione del venditore, per le ipotesi d'inadempimento dell'acquirente, sono distinguibili, al pari di quelli predisposti per il compratore contro l'inadempimento del venditore, in tre categorie:

1. Rimedi in forma specifica, diretti a imporre alla parte inadempiente il rispetto della prestazione concordemente assunta; che in questo caso si sostanzia nella richiesta di adempimento; L'azione di adempimento non può che essere volta, in questo caso, ad ottenere il pagamento del prezzo, ovvero la presa in consegna della merce.
2. Rimedi sostitutivi, diretti a fare pagare al contraente inadempiente una somma di danaro per compensare la perdita provocata all'altro. Il risarcimento può essere richiesto anche se si è fatto ricorso ad altri rimedi. Tuttavia, *“if the buyer has payed the price but has failed to take the delivery of goods, the seller's right to avoid the contract is significantly restricted, according to art 64(2). In such a case a pragmatic remedy to which the seller will most frequently resort appear to be the*

---

<sup>134</sup> H.DEEB G. DeVan DAGGET op.cit 273

*granting of an additional period of time during which the buyer ought to take delivery*”<sup>135</sup>.

3. Rimedi risolutivi, diretti a sciogliere il vincolo contrattuale. La risoluzione, è ancora una volta bene ribadirlo, può essere richiesta solo se l’inadempimento è qualificabile come *fundamental breach of contract*, ovvero se il compratore non ha adempiuto il proprio obbligo entro il ragionevole periodo supplementare fissato dal venditore ai sensi dal comma uno dell’art. 63.

Per concludere il discorso sulla Convenzione di Vienna, ci si soffermerà brevemente sull’ultima parte della medesima. “Occorre innanzitutto segnalare che mentre non è regolato il passaggio della proprietà (che viene, perciò, lasciato alla competenza del diritto nazionale applicabile secondo le regole del diritto internazionale privato), viene dettata una disciplina dettagliata, per il trasferimento del rischio.

Disciplina che s’ispira, non al criterio di trasferimento della proprietà, bensì a quello della consegna della cosa, salvo il caso della vendita della merce viaggiante, in cui il passaggio del rischio coincide con la conclusione del contratto, e il caso della vendita con trasporto, nella quale coincide con la remissione della merce al primo vettore”<sup>136</sup>.

La disciplina del passaggio del rischio può essere talvolta cagione di difetti di coordinamento con la disciplina del trasferimento della proprietà in alcuni ordinamenti nazionali, in altri casi invece c’è perfetta sincronia.

---

<sup>135</sup> *Remedies for International Sellers of Goods* - I Dennis Campbell Editor, 2009, 11.

<sup>136</sup> A. LUMINOSO, *La Compravendita: corso di diritto civile*. Giappichelli, Torino, 2011, 504, § 153.

Così nei paesi in cui il trasferimento della proprietà avviene per effetto la *traditio*, il trasferimento del rischio e quello del dominio si verificano contestualmente.

Ciò avviene essenzialmente nei paesi di area tedesca, in cui vige il principio dell'effetto traslativo della consegna<sup>137</sup>.

Al contrario, nei “Paesi ove vige il principio consensualistico, si dirà che la vendita internazionale non segue il principio *res perit domino*, giacché il rischio incombe sul venditore fino alla consegna,

---

<sup>137</sup> Il principio dell'effetto traslativo della consegna trova giustificazione nel diritto romano classico, secondo l'opinione di Giuliano, e si è trasferito, tramite l'interpretazione del Savigny, nel BGB. Quindi i requisiti necessari per il trasferimento della proprietà in Germania e in tutti i paesi che seguono il modello del BGB sono, il consenso e la consegna. Qui si rende superfluo il *titulus acquirendi* così come non è indispensabile la “causa” quale elemento essenziale per rendere il negozio giuridico produttivo di effetti (c.d. contratto astratto). Contrariamente a quanto accade nei paesi dove vige il principio consensualistico, dove il venditore con la consegna trasferisce al compratore la materiale disponibilità di una cosa già sua, in Germania come in tutti i paesi in cui vige il principio della consegna traslativa della proprietà, quello di compravendita è un contratto con effetti meramente obbligatori: il venditore è obbligato a trasferire, mediante la consegna, la proprietà della cosa venduta al compratore. Ma fino al momento in cui la *traditio* non avviene, il venditore rimane anche proprietario. Così F. GALGANO *Il trasferimento della proprietà mobiliare per atto tra vivi. I. Il trasferimento della proprietà in common law e in civil law*. In *Atlante di diritto privato comparato*, II ediz, Zanichelli, Bologna, 1993, pag 103. Vediamo però più in dettaglio la disciplina del BGB. Secondo il § 929, per consegna non s'intende necessariamente il passaggio diretto dalle mani dell'alienante in quelle dell'acquirente. Fondamentale invece è che l'alienante e tutta la sua “sfera”(dipendenti etc.) perdano il possesso (il potere fisico) e che per contro il compratore o chi gravita nella sua orbita di influenza, lo acquisiscano per iniziativa dell'alienante. Tuttavia senso pratico ed esigenze di semplificazione hanno indotto il legislatore tedesco a rendere sufficiente l'accordo sul trasferimento della proprietà, quando l'acquirente è già in possesso della cosa (ad esempio egli vuole acquistare un oggetto che ha già preso in locazione). Si tratta della c.d. *traditio brevi manu*. Altro surrogato della consegna vera e propria, oltre alla *traditio brevi manu* è la conservazione della detenzione o secondo la terminologia tedesca il possesso “immediato”. Il § 930 stabilisce infatti che qualora l'alienante voglia mantenere il possesso della cosa venduta oltre al contratto di trasferimento della proprietà si dovrà stipulare tra alienante e acquirente un secondo accordo c.d. costituo possessorio attraverso il quale si renderà chiaro lo scopo per cui il godimento è attribuito all'alienante e gli obblighi reciproci delle parti. Infine il § 931, disciplina l'ipotesi in cui la consegna sia sostituita dalla cessione dell'azione di rivendicazione, quando la cosa venduta si trova in possesso di un terzo. La legge anche in questo caso fa prevalere esigenze di semplicità e velocità di circolazione dei beni al farraginoso meccanismo che l'applicazione rigorosa della prima parte del §929 comporterebbe, ovvero sia un transazione complessa così strutturata: risoluzione del rapporto tra alienante e terzo, riconsegna all'alienante e successiva consegna all'acquirente. Per quest'analisi del diritto tedesco vedi H. KRONKE *Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco in F. GALGANO op. ult. cit., 113-114.*



anche se si tratta di cose già individuate, benché il compratore ne sia diventato proprietario al momento della conclusione del contratto”<sup>138</sup>.

I Paesi che rientrano in questo gruppo sono quelli che seguono il modello del *Code Civil* francese<sup>139</sup>.

Giunti a questo punto possiamo, con maggiore cognizione di causa, comprendere la fondamentale rilevanza della CISG.

Dal momento che “*the contract of sale is the backbone of international trade in all countries, irrespective of their legal tradition or level of economic development, the CISG is therefore considered one of the core international trade law conventions whose universal adoption is desirable*”<sup>140</sup>.

## 2.2 *La lex mercatoria*

Un posto di riguardo tra le fonti a-statali e meta-nazionali, lo occupa la *lex mercatoria* o, per essere più accurati, la nuova *lex mercatoria*. Con questa denominazione, che tutt’altro che casualmente rimanda all’antica *lex mercatoria*, altrimenti detto *ius mercatorum*, si vuole fare riferimento ad un diritto uniforme, spontaneamente generato dalla prassi del commercio internazionale e prevalentemente amministrato dai tribunali internazionali<sup>141</sup>.

La peculiarità quindi, che contraddistingue la *lex mercatoria* è la sua autopoietica genesi. Infatti, questa viene “creata” senza il coinvolgimento, l’intervento o la mediazione della potestà legislativa

---

<sup>138</sup> F. GALGANO - F. MORELLA, *Diritto del Commercio Internazionale*, CEDAM, 2004, 277.

<sup>139</sup> Anche il principio dell’effetto traslativo del consenso, trova la sua origine nel diritto romano classico, stavolta secondo l’opinione di Ulpiano, che venne trasposta nelle istituzioni giustiniane e attraverso di queste rimase per tutto il diritto comune fino ad essere inserita nel Code Napoleon. In questo caso quindi i requisiti richiesti per il passaggio della proprietà sono il consenso e la causa, irrilevante è invece la *traditio*.

<sup>140</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html)

<sup>141</sup> Così Galgano in “Il Contratto”, CEDAM, 2011, 20.

dei legislatori nazionali. *La Merchant Law*, pertanto, generata dalla classe imprenditoriale e dai loro usi, senza la frapposizione di un'autorità costituita è destinata a disciplinare i rapporti commerciali in modo uniforme, andando oltre i confini geopolitici degli Stati stessi e soprattutto andando oltre la discontinuità e il particolarismo giuridico<sup>142</sup>.

Parte della dottrina<sup>143</sup> tende a definire quello attuale, come il terzo capitolo del “*Romance of the Law Merchant*”<sup>144</sup>.

Come ritiene autorevole dottrina<sup>145</sup>, il concetto di *lex mercatoria* è mutato nel tempo e possiamo definirne tre fasi, o proseguendo la metafora romanzesca di Bewes, capitoli appunto. Il primo stadio della *lex mercatoria* risale al Medioevo, e può essere descritto come “*a transnational set of norms and procedural principles, established by and for commerce in (relative) autonomy from states.*”<sup>146</sup>.

Quello che identifichiamo come il secondo stadio, coincide con “*the renaissance of the idea as a new lex mercatoria in the 20th century, an informal and flexible net of rules and arbitrators establishing a private international commercial law*”<sup>147</sup>.

Infine, la c.d. *new lex mercatoria* “*which moves from an amorphous and flexible soft law to an established system of law with*

---

<sup>142</sup> Per questa analisi GALGANO - MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, CEDAM, 2004, 227-229

<sup>143</sup> Ci riferiamo in particolare ad alcuni esponenti della dottrina estera tra cui R. MICHAELS, professore presso la Duke school of law, nostra fonte principale per questa riflessione ed a G.-P. CALLIESS, G. TEUBNER and P. ZUMBANSEN.

<sup>144</sup> Questo è parte del suggestivo titolo che Wyndham Anstis Bewes nel 1923 diede al proprio libro di diritto commerciale internazionale. Il titolo completo, per la verità, è “*The Romance of the Law Merchant: Being an Introduction to the Study of International and Commercial Law with Some Account of the Commerce and Fairs of the Middle Ages*”, Suet and Maxwell, London 1923. Si ritiene che l'autore abbia voluto così intitolarlo per sottolineare quell'ambivalenza o, se si vuole essere più estremi, ambiguità, che l'idea sottostante la *lex mercatoria* ha sempre portato con se, restando sempre in bilico tra “*fact and fiction*”.

<sup>145</sup> R. MICHAELS, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State* in Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14, 2007, 448.

<sup>146</sup> R. MICHAELS, *ibidem*.

<sup>147</sup> R. MICHAELS, *ibidem*.

*codified legal rules (first and foremost the UNIDROIT Principles of International and Commercial Law”*<sup>148</sup>.

A fianco dei quali possiamo anche aggiungere *I Principle of European Contract Law* della Commissione Lando (nonostante il loro più ristretto ambito di diffusione) e altre codificazioni private come gli Incoterms della International Chambers of Commerce di Parigi. Tuttavia, ad oggi, non vi è uniformità di vedute all'interno della dottrina nell'identificare le diverse componenti della nuova *lex mercatoria*, quindi i contenuti di questa sono tutt'oggi sfuggevoli, evanescenti e mutevoli, anche in relazione al punto di vista accolto. Premettendo che l'auto-poiesi della *lex mercatoria* non le rende un diritto senza Stato, ma un diritto che trascende gli Stati, vediamo quali fattori hanno portato alle genesi di questa regole uniformi del commercio globale.

- a. La diffusione di alcune prassi contrattuali a livello globale. Così possiamo prendere ad esempio contratti come il leasing, il factoring, il franchising, etc., la cui diffusione iniziale è stata spontanea, ideati da esponenti del business di un certo Paese sono poi utilizzati da operatori commerciali di altri paesi, in quanto modelli contrattuali in grado di rispondere alle esigenze del mondo degli affari.
- b. La ripetuta ed uniforme attuazione di pratiche commerciali da parte degli operatori di determinati settori imprenditoriali, che le ha rese dei veri e propri usi del commercio internazionale.
- c. L'affermarsi di una *court-like arbitral jurisprudence* costante. Il meccanismo di consolidamento è semplice ed analogo a quello della formazione dei precedenti giurisprudenziali. Eliminato *l'obiter dictum*, la *ratio decidendi* seguita dagli arbitri internazionali nella decisione del caso concreto, sarà

---

<sup>148</sup> R. MICHAELS, *ibidem*.

applicata in modo uniforme da altri arbitri internazionali, quando investiti da analoghe controversie. La prevedibilità delle decisioni fa sì che gli operatori professionali applichino il complesso di regole così generato alle loro relazioni, consapevoli del fatto che nel caso in cui sorgano controversie, è sulla base di queste stesse regole che verranno risolte<sup>149</sup>.

Sono state scritte intere monografie, saggi ed innumerevoli articoli sulla *lex mercatoria*, ma nell'economia della nostra analisi è sufficiente limitarci a prendere atto che tra le fonti dei contratti commerciali internazionali è impossibile trascurare il ruolo e l'ormai indubbia, inobliabile e sempre crescente importanza la *lex mercatoria*, nelle sue varie costituenti.

### *2.3 Principle of European Contract Law*

Le codificazioni private non sono parte del diritto statale, poiché non sono derivate dall'autorità nazionale, come avviene con le codificazioni tradizionali o con la ratifica delle convenzioni di diritto uniforme. Si tratta al contrario di norme di *soft law*, la cui *actoritas* non è imposta dalla *voluntas principis*, ma discende dall'autorevolezza di chi si occupa di predisporle e redigerle, dalla loro intrinseca e connaturata forza persuasiva, nonché dalla loro confacienza con interessi ed esigenze dei loro destinatari designati, è quindi questo *idem sentire* tra redattori e fruitori potenziali che ne costituisce la forza e ne determina la diffusione e la generale applicazione.

Tra queste codificazioni private rientrano i PECL, cioè i *Principle of European Contract Law*.

---

<sup>149</sup> Così GALGANO - MARRELLA nell'opera più volte citata, 228.

I principi sono stati redatti da un gruppo indipendente di esperti provenienti dai diversi *Member States* denominata *Commission on European Contract Law*. La Commissione è un corpo di natura non governativa di avvocati, la maggioranza dei quali accademici, ma non mancavano membri che fossero invece dediti alla prassi forense, senza escludere, ovviamente, che alcuni degli accademici fossero contestualmente operatori pratici. I membri prendono parte alla commissione in veste privata ed esclusivamente a titolo personale, essi non sono stati scelti da organi governativi o istituzioni europee né tantomeno sono portatori dei loro interessi o esecutori di loro direttive.

E questo nonostante il fatto che tra i patrocinatori e sovvenzionatori del progetto figurò non solo la Commissione della CEE, ma anche fondazioni con sedi in alcuni Stati Membri<sup>150</sup>.

L'indipendenza dei suoi membri, così come del gruppo nel complesso, era requisito necessario ed imprescindibile per raggiungere lo scopo che la Commissione Lando, dal nome del suo *chairman*, si era prefissa.

Lo stesso Ole Lando, scrive che il compito della Commissione è quello di redigere dei principi "*that are not influenced by special interests of any government*"<sup>151</sup>. L'ambizioso obiettivo che la Commissione si era prefissata era quello di portare avanti un progetto di armonizzazione sistematica del diritto dei contratti in ambito europeo. Appare quasi pleonastico ribadire la natura non modesta d'un siffatto obiettivo, che si prefigge l'idea di trascendere le innumerevoli

---

<sup>150</sup> Fino al 1994 la Commissione si era fatta carico di approntare la maggior parte dei fondi necessari a portare avanti i lavori, ma, sia prima, che successivamente, alla data riportata altri contributi finanziari erano stati forniti tra gli altri da: ARAG Insurance Co, Germany; Baker & McKenzie, Solicitors, London; Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg; Centre National de la Recherche Scientifique Institut de Recherche Comparée sur les Institutions et les Droit; The Law Department of the Copenhagen Business School; L'Università degli Studi di Roma. O. LANDO - H. BEALE, *Principles of European Contract Law, Part I and II*, Kluwer Law International, 2000, Preface, XV.

<sup>151</sup> O. LANDO "*European Contract Law*", in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, anno 1983, 653-659.

differenze che presentano i molteplici ordinamenti nazionali degli stati europei.

La commissione mirava ad occuparsi dei problemi legati al diritto dei contratti, che erano emersi dall'analisi dell'odierna prassi commerciale con l'obiettivo di redigere principi in grado di far evolvere e progredire il commercio intra-europeo. Tuttavia, questo non deve indurre in facili equivoci. Infatti, a differenza di quanto abbiamo visto nella CISG, questi non si applicano alle sole relazioni di natura *stricto sensu* commerciale, intese cioè tra soli operatori professionali del commercio, ma anche a relazioni tra professionisti e consumatori e a relazioni contrattuali tra *non-merchant*. Questa applicabilità a trecentosessanta gradi, per quanto concerne i soggetti artefici del contratto, ha comportato, di contro, che non siano state inserite delle regole diverse e speciali a protezione del contraente consumatore. Va, altresì, premesso che i PECL, per quanto nati tenendo primariamente presente *in primis* il mondo business internazionale o intra-comunitario, non sono destinati ad essere applicati nel solo ambito delle relazioni contrattuali non domestiche. Infatti, avrebbe poco senso introdurre “*two system of contract law, one for the purely domestic and one for the International and intra-community relationships*”<sup>152</sup>.

Questo significa che lo *scope of application* dei PECL non ha una coincidenza esatta con l'ambito interessato dal nostro discorso, (i.e. i contratti commerciali) essendo gli esaminandi principi suscettibili di applicazione a tutte le relazioni contrattuali. “Nel caso dei PECL la speranza che accomuna i giuristi che li hanno proposti è che essi possano essere adottati come <<un codice modello>> che anche le

---

<sup>152</sup> “*European Contract Law*”, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, anno 1983, 653-659.

parti aventi la medesima nazionalità possono seguire in alternativa alla loro legge nazionale<sup>153</sup>.

Il metodo seguito dalla commissione è molto interessante ed emerge chiaramente dal testo dei principi medesimi.

La commissione ha sempre tenuto in considerazione i sistemi giuridici che caratterizzano i diversi paesi, corollario di ciò è che nessuno degli ordinamenti de qua può essere considerato come guida o modello privilegiato.

Conseguenza, invece, di questo approccio è il fatto che non tutti gli ordinamenti giuridici possono aver avuto la medesima influenza, il medesimo peso nella stesura di ciascuna delle norme dei PECL.

Per di più, nonostante lo *starting point* da cui è scaturito il lavoro della Commissione siano i *Member States*, non è comunque mancato uno sguardo al panorama internazionale, quindi alle soluzioni adottate in paesi situati al di fuori dell'allora CEE. Anche regole che potremmo definire originali, nel senso di norme non, o non ancora, apparse tra le discipline legislative di nessun ordinamento nazionale.

La Commissione s'era persino interrogata sull'opportunità di seguire, in relazione al contratto di compravendita, norme della CISG. I fautori di questa tesi argomentavano facendo leva sull'opportunità di raggiungere per questa via l'armonizzazione nell'ambito dei contratti internazionali, stante la vasta diffusione che ci si immaginava già all'epoca avrebbe assunto la convenzione *de qua*; le argomentazioni contrarie ad una simile soluzione, propuginate da chi invece non sposava questo punto di vista, erano essenzialmente sull'idea che il principale, se non unico obiettivo del lavoro della commissione, fosse quello di predisporre il gruppo di regole migliori possibili per l'Europa, ed è irrilevante quindi se queste siano o meno in sintonia con quelle della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei

---

<sup>153</sup> G. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, CEDAM, 2006, 551.

beni mobili. La soluzione prescelta fu quella di evitare una scelta di principio, di evitare di accogliere o rigettare *tout court* le norme della convenzione e lasciarsi guidare dall'obiettivo di mettere insieme le norme maggiormente confacenti al contesto europeo. Chiaro che non mancarono le critiche, ad esempio i giuristi britannici consideravano il testo dei principi troppo aderente ai modelli di Civil law ed in particolare al Code Civil Francese.

Al contrario, la dottrina francese riteneva che l'influenza della common law inglese fosse preponderante<sup>154</sup>.

Lodevole l'approccio aperto e propositivo tenuto dai membri della commissione, che senza dimenticare mai di essere portatori delle tradizioni giuridiche dei propri ordinamenti giuridici, hanno mostrato "*willingness to overcome their prejudices and to adopt foreign ideas*"<sup>155</sup>. Apprezzabile la lungimiranza dimostrata della commissione nell'aver capito che, nonostante la necessità evidente per l'Europa di dotarsi di un complesso comune di discipline contrattuali e di un vero e proprio codice sulle obbligazioni, l'Europa non fosse pronta per tutto questo. Ed è per questo che s'è scelto d'introdurre le norme come *soft law*: la Commissione europea stessa le introdusse sotto forma di raccomandazione e non tramite strumenti più vincolanti.

Prima di passare all'analisi dei principi è, però, necessario sciogliere una questione preliminare: Quali ragioni rendono necessaria un'armonizzazione del diritto dei contratti in Europa?

Per rispondere al quesito possiamo prendere le mosse da un esempio elaborato dal *chairman* della *Commission On European*

---

<sup>154</sup> Scrive Lando sulla questione: "Venne detto a Londra che i Principi richiamavano il Civil Law e in particolare il Code Civil Francese, mentre a Parigi pensavano che fossimo stati troppo attratti dal Common Law Inglese O. LANDO, "*Lo spirito dei Principi del Diritto Contrattuale Europeo*" in *Il Codice Civile Europeo, materiali dei seminari 1999-2000* raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccio presentati da Remo Danovi, Giuffrè Editore, 2001.

<sup>155</sup> O. LANDO, "*Principle of European Contract Law: An alternative to or a precursor of European Legislation*", in *American Journal of Comparative Law*, vol 40., 573-585.



*Contract Law* in un suo scritto. Un fittizio quanto generico manager tedesco, desideroso di intraprendere un business intracomunitario avente ad oggetto la prestazione di servizi e la fornitura di merci, rivolge al proprio legale la faticosa domanda: <<*Is it too risky for us?*>>. La replica del legale evidenzia tutte la problematica centrale che ha spinto la Commissione Lando ad intraprendere l'ambizioso progetto: <<*if you get a contract in Member States, your employees, may go and work there. You can set up a branch of your company or form a subsidiary company. You can bring and sell your supplies there without paying import duties... However, in many respects you will still face local laws which are very different from ours, for instance the law of contract.*>><sup>156</sup>.

Questo esempio fa emergere come, per quanti progressi siano stati compiuti dalla Comunità Europea, prima, e dell' Unione Europea, poi, per render più agevoli, e perciò più appetibili, le transazioni commerciali intracomunitarie, per far crescere gli scambi all'interno del mercato unico, questi non saranno mai sufficienti, finché non si potrà contare su un contesto legislativo uniforme che incoraggi gli operatori commerciali.

Il timore, infatti, d'aver a che fare con una legislazione non familiare è un fattore non secondario da prendere in considerazione quando si vaglia la possibilità d'intraprendere un business all'estero, ancorché all'interno della UE stessa. Questo ostacolo, cagionato dalla difformità dei diversi ordinamenti giuridici può essere quindi un forte deterrente, non solo per l'idea stessa di doversi destreggiare all'interno di un ambito legislativo estraneo a se e spesso altresì ai propri legali, ma anche perché questo comporta l'ineludibile necessità di affrontare costi ulteriori come ad esempio quelli dei compensi versati per le

---

<sup>156</sup> O. LANDO, "Principle of European Contract Law: An alternative to or a precursor of European Legislation, in American Journal of Comparative Law, vol. 40, 573.

consulenze prestate da avvocati locali. Se, difatti, “*is it the aim of the European Community to abolish the legal restrictions on the intra-community trade, it follows from this objective that the legal differences that restrict this trade should also be abolished...*”<sup>157</sup>.

Il gruppo di esperti cominciò a lavorare ai principi di diritto europeo dei contratti nel 1982. Si può sollevare a questo punto la medesima critica che è stata mossa in precedenza al Regolamento Roma I. Vale a dire che il risvolto negativo di questo gruppo di norme uniformi tutte europee, nate in e pensate per l’Europa, porterebbe essere un decremento delle opportunità di sviluppo di norme condivise da Stati non-Membri. Tuttavia, Lando giustifica espressamente la sua scelta in termini icastici: “*The Commission believes that the European Countries should be offered principles of contract law which meet their requirement and those of the Communities and which do not have to pay heed to the traditions and views of nations with a political, social and economic background wide different from that of the EEC countries*”<sup>158</sup>.

Il gruppo di esperti cominciò a lavorare ai principi di diritto europeo dei contratti nel 1982.

“La parte prima fu pubblicata in inglese nel 1995. Nel 1992 la Commissione iniziò a lavorare alla seconda parte dei Principi. Un secondo volume, *Principi di Diritto Europeo dei Contratti Parte I e II*, fu pubblicato in inglese nel 1999. Nell’ultima riunione dedicata alla parte I e II, tenutasi a Stoccolma nel 1995, la Commissione decise di continuare il proprio lavoro in una terza fase. Con la Parte III, la Commissione ha concluso il suo lavoro”<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> O. LANDO *ibidem*.

<sup>158</sup> O. LANDO “*European Contract Law*”, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, 1983, 653-659.

<sup>159</sup> O. LANDO, Prefazione a “*Principi di Diritto europeo dei contratti*” di C. Castronovo, Giuffrè Editore, 2001.

I principi sono strutturati in forma di articoli, ciascun articolo è corredato da un *comment* preciso e dettagliato introdotto con l'intento di rendere chiara la ratio sottesa a ciascuna regola, lo scopo che si intende perseguire attraverso quella norma, gli effetti e la funzionalità della stessa, nonché le sue interazioni con le altre regole.

Effetti e funzionalità sono per altro analizzati più in dettaglio, tramite le c.d. *illustrations*. Nel testo ufficiale dei PECL figurano, altresì, *comparative notes surveying the national laws and other international provisions on the topic*<sup>160</sup>. Che spiegano come i diversi sistemi giuridici si confrontano sul medesimo istituto.

La Parte I riguarda l'adempimento, l'inadempimento e le tutele.

La Parte II contiene la disciplina relativa alla formazione, invalidità, interpretazione e contenuto del contratto, nonché una versione riveduta e corretta della Parte I.

La Parte terza infine riguarda le obbligazioni plurisoggettive, la cessione dei crediti, la sostituzione del debitore, la cessione del contratto, la compensazione, la prescrizione, la disciplina della contrarietà a norme imperative del contratto, il contratto supposto a condizione e la capitalizzazione degli interessi.

Lo stesso Ole Lando in molteplici scritti di sua paternità fa notare come sotto alcuni aspetti, i PECL possano essere assimilati con gli *American Restatement of the Law of Contract* pubblicati nel 1981.

In analogia con i *Restatement*, i principi sono, come abbiamo già accennato, regole non vincolanti, c.d. *soft law*. Tuttavia, mentre lo scopo dei primi vuole limitarsi alla riaffermazione della Common law degli Stati Uniti, in relazione ai secondi la riaffermazione e codificazione dei principi contrattuali del panorama europeo è solo lo scopo immediato, quello mediato invece è decisamente più ambizioso, volendo essi porsi come base, come una sorta di prima, elaborata

---

<sup>160</sup> <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomments.html>.

bozza per una parte di un futuro Codice Civile Europeo. Per di più, in Europa non sussiste una vera *Common Law* (basti, a questo scopo, ricordare la coesistenza di sistemi di *common* e *civil law*, nonché le diverse declinazioni che il diritto romano, base comune degli ordinamenti di *civil law*, ha nei secoli assunto all'interno degli ordinamenti nazionali), quindi l'opera di redazione dei principi è stata più profonda e radicale. Questa apparentemente sottile ma essenziale differenza circa il lavoro che si pone alla base dei *Restatement* e dei PECL è evidenziata anche da Rovelli, il quale scrive: “alla Commissione Lando va il merito di una << sintesi >> che è ben di più di una sorta di *re statement* delle regole applicate nei Paesi membri, ma si pone come un'unificazione di sistemi idonea ad armonizzare le regole del diritto civile dei contratti con quelle del diritto commerciale”<sup>161</sup>.

#### 2.4 ICC Rules

Tra le codificazioni private vanno inclusi anche i lavori della *International Chambers of Commerce*. La Camera del Commercio Internazionale fu fondata nel 1919 da un “*group of industrialists, financiers and traders...determined to bring economic prosperity to a world that was still reeling from the devastation of World War I*”<sup>162</sup>.

I fondatori della ICC, autodefinitisi “*The merchant of Peace*”, intrapresero questo pionieristico e avanguardistico progetto fermamente convinti che l'incremento delle relazioni commerciali di respiro globale avrebbe contribuito non solo a far ripartire l'economia postbellica, ma sarebbe stato foriero di una nuova e più duratura pace

---

<sup>161</sup> L. ROVELLI, “*I Principi del Diritto Contrattuale Europeo: Tendenze e Prospettive*” in *Il Codice Civile Europeo, materiali dei seminari 1999-2000*, raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccio presentati da Remo Danovi, Giuffrè, Milano 2001.

<sup>162</sup> <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/>.

tra le nazioni; si legge infatti della costituzione stessa della ICC che “*the international commercial exchange are conducive to both global prosperity and peace among nations*”<sup>163</sup>.

La carenza, in quel contesto storico, di organizzazioni internazionali<sup>164</sup> e la totale assenza di regole condivise in materia di finanza, investimenti e commercio spinse i fondatori, consapevoli della situazione, a non restare inerti nella vana attesa di un intervento dei governi, ed ad assumersi l’iniziativa di colmare vuoti e lacune in questi campi. Quindi, i *Merchant of Peace*, emancipatisi dai diversi contesti nazionali diedero vita a quest’organizzazione che nel tempo si sarebbe dimostrata un pietra miliare del commercio globale.

Gli obiettivi della ICC erano riassumibili in tre macrocategorie concettuali:

- Promuovere in ambito internazionale, il commercio, i servizi e gli investimenti;
- Eliminare gli ostacoli e le distorsioni che possono avere effetti negativi sul commercio internazionale;
- Incentivare una economia di mercato basata su una libera e leale concorrenza tra gli imprenditori<sup>165</sup>.

Oggi la ICC annovera tra i suoi membri oltre settemila imprese e *business associations* dislocate in oltre 130 paesi. I membri non sono soltanto grandi compagnie, ma anche imprese di medie e piccole dimensioni, tuttavia se il numero dei membri è cresciuto e il contesto globale è notevolmente mutato, gli obiettivi primari della *International Chambers of Commerce*, non sono cambiati. Che siano stati rimodulati e ricalibrati, in virtù dell’evolversi delle esigenze dei *treaders* e delle

---

<sup>163</sup> La citazione è tratta dalla Costituzione della International Chambers of Commerce nella versione revisionata il 5 Dicembre 2003, la fonte è comunque <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/>.

<sup>164</sup> solo la neonata di League of Nations di Woodrow Wilson iniziava a muovere i primi passi nel contesto globale.

<sup>165</sup> Per siffatta opinione si veda D. KELLY *The International Chambers of Commerce*, in *New Political Economy*, vol. 10 No. 2, 2005,259-271.

ambizioni della ICC stessa, è perspicuo, ma il nucleo fondamentale è di per se rimasto identico a se stesso.

Per il perseguimento dei suddetti scopi, validi quindi ora come allora, la ICC si è mossa in due direzioni: da una parte facendosi portavoce degli interessi del mondo degli affari nei confronti dei governi nazionali e delle organizzazioni internazionali, dall'altra mettendo a disposizione degli operatori commerciali una diversa gamma di servizi, tra i più importanti dei quali si hanno la creazione della International Court of Arbitration, e la predisposizione di pubblicazioni di *model contracts* e/o clausole<sup>166</sup>.

Tra queste un ruolo importante, nell'ottica assunta dal nostro studio lo ricoprono inevitabilmente gli Incoterms<sup>167</sup>.

La ICC a metà degli anni '30 del secolo scorso, spinta dal successo riportato dai Trade Terms, una raccolta di dettagliate indicazioni sull'interpretazione fornita, in tredici paesi (almeno questo era il numero originario che tuttavia crebbe nel succedersi delle diverse edizioni), ad alcuni termini consolidatisi nella prassi commerciale, pubblicava nel 1936 gli Incoterms<sup>168</sup>.

*“The Incoterms rules are an internationally recognized standard and are used worldwide in international and domestic contracts for the sale of goods. The Incoterms rules provide internationally accepted definitions and rules of interpretation for most common commercial terms”*<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Vedi ancora D. KELLY *op.cit.* 259-260.

<sup>167</sup> Oggi è la Commercial Law and Practice Commission ad occuparsi di siffatte pubblicazioni. Come riporta il sito ufficiale della ICC, attualmente i Business tools predisposti dalla commissione, oltre agli Incoterms, sono: 1) Commercial Agency; 2) Confidentiality; 3) Distributorship; 4) eContracting; 5) eTerms 2004; 6) Force majeure; 7) Legal Handbook for Global Sourcing Contracts; 8) Mergers and Acquisitions; 9) Model Subcontract; 10) Occasional Intermediary Contract; 11) Sale of goods; 12) Technology Transfer; 13) Trademark licensing; 14) Turnkey Transactions.

<sup>168</sup> Precisamente i termini erano sei: Franco Vagone, FAS, FOB, C&F, CIF, Reso Franco.

<sup>169</sup> <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/>

Nonostante il legame con i precedenti lavori della ICC medesima, coi quali potremmo dire che sussista una vera e propria derivazione evolutiva<sup>170</sup>, già dalla prima edizione fu chiaro che gli Incoterms erano qualcosa di più. Infatti mentre, ad esempio, i Terms si limitavano a prendere in considerazione mere indagini sulle prassi dei mercati nell'ambito della consegna delle merci, l'analizzanda pubblicazione arricchiva la raccolta con 11 clausole e regole uniformi preordinate ad assicurare agli imprenditori commerciali una disciplina comune e certa di cui beneficiare per regolare le operazioni di consegna delle merci oggetto della compravendita<sup>171</sup>.

L'obiettivo perseguito tramite gli Incoterms è quello di fornire regole sopranazionali per l'interpretazione dei termini di consegna delle merci. "Con la loro formula abbreviata, essi sintetizzano regole e clausole generalmente utilizzate dagli operatori commerciali internazionali per accordarsi sulla ripartizione degli obblighi e dei rischi connessi alle operazioni di consegna delle merci"<sup>172</sup>, allo scopo di ridurre per questa via, le incertezze derivate da interpretazioni difformi in vari paesi, o quanto meno ridimensionarle in senso decrescente. In linea con questa dottrina (cui Milan si rifà), si schiera la ICC medesima abbracciando questo punto di vista nella Guida agli Incoterm 1990<sup>173</sup>.

Parte della dottrina tuttavia non si trova a concordare in pieno con siffatta concezione, dando prevalenza ad una funzione accertativa dell'interpretazione fornita dagli operatori commerciali. Così Frignani, si fa portatore di questa tesi restrittiva sostenendo che essi non siano altro che norme per l'interpretazione inidonee ad essere fonti di

---

<sup>170</sup> Il riferimento in modo precipuo è proprio ai Terms.

<sup>171</sup> Così D. MILAN, in *"I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, XXVI, parte nona"*.

<sup>172</sup> D. MILAN, in *"I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, XXVI, parte nona"*, 635.

<sup>173</sup> Diversamente si esprimeva invece negli anni precedenti la stessa ICC.

obblighi. Essi piuttosto prendendo come dato fattuale di partenza l'obbligazione sorta da una vendita internazionale, "chiariscono quali [obblighi] spettino al venditore e quali all'acquirente"<sup>174</sup>.

Dopo la prima edizione del 1936<sup>175</sup>, varie se ne sono succedute nel tempo per adattarsi e meglio confarsi agli sviluppi nel commercio, ai progressi nel campo dei trasporti internazionali e alle evoluzioni della realtà economica globale<sup>176</sup>.

L'ultima edizione è del 2010 ed è entrata in vigore l' 1 Gennaio 2011. Gli *Incoterms*, vennero inizialmente presentati dalla ICC come "raccomandazioni a carattere facoltativo..., [ma in seguito] risalirono progressivamente la scala della fonti del diritto, per poi candidarsi all'ingresso negli usi normativi del commercio internazionale"<sup>177</sup>.

Ad oggi, possiamo dire che, mentre le corti arbitrali tendono a porsi in un ottica generalmente ben predisposta verso gli Incoterms facendone largamente uso in qualità di usi del commercio internazionale, la giurisprudenza non mostra un orientamento univoco in merito alla loro inclusione tra gli usi del commercio internazionale<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> A FRIGNANI, *Gli Incoterms, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano, Cedam, Padova, 1990, 338.

<sup>175</sup> Largamente accettata dalla maggioranza degli operatori commerciali dell'epoca, con le significative eccezioni degli entrepreneurs Americani e Inglesi.

<sup>176</sup> Così si esprimono S. PETRINA GRAVILA e A. ROSU in "*The implications of the Modernization of International Transactions: Incoterms*, 2010, in *European Integration Realities and Perspective*, 2011.

<sup>177</sup> GALGANO, MARRELLA, "*Diritto del commercio internazionale*", CEDAM 2004, 280.

<sup>178</sup> Così, la giurisprudenza italiana tende ad applicarli solo qualora vengano richiamati dalle parti e quindi altro non sarebbero se non usi convenzionali. Tra l'altro la nostra giurisprudenza contrariamente a quanto sostenuto dai giudici di molti altri Paesi, limita l'ambito disciplinato dagli Incoterms, sostenendo che disciplinino solo gli oneri relativi a spese di trasporto e quelli relativi all'obbligo di consegna, non avrebbero invece ripercussioni sul passaggio del rischio; questo, se non in aperto contrasto, quantomeno in modo disarmonico rispetto alle opzioni ermeneutiche indicate nella raccolta stessa e a cui si rifanno, al contrario, i precedenti giurisprudenziali alieni.



Gli *Incoterms*, sin dall'edizione del 1990, sono strutturati in quattro classi omogenee ed utilizzano abbreviazioni uniformi rappresentate da tre lettere in carattere maiuscolo<sup>179</sup>.

Attraverso l'iniziale s'individua il gruppo cui i termini appartengono. Nell'ultima pubblicazione, tuttavia, per quanto formalmente siano rimaste le quattro classi (gruppo E, F, C, D), da un punto di vista concettuale si possono distinguere solamente due gruppi: un gruppo di clausole potenzialmente applicabili a tutte le *ways of transport*; e un gruppo di clausole che, invece, può essere applicato nei soli trasporti di merci via terra e per via navigabile. In conclusione di questa brevissima disamina, è opportuno far un cenno alle principali novità dell'ultima versione, premettendo che i contratti di data antecedente a quella d'entrata in vigore della *latest version* degli *Incoterms*, continueranno ad esser soggetti alle regole degli *Incoterms*, così come previste nella versione del 2000.

Le principali ragioni che hanno reso opportuno l'aggiornamento dello strumento in discorso, dopo un lasso di tempo che è sempre bene tenere presente essere ragguardevole, sono essenzialmente due.

Sotto un primo profilo, il maggior grado d'integrazione raggiunto nell'area Europea, ove la messa in atto dei principi strutturali della comunità, ovverosia i principi di libera circolazione di merci, persone e capitali, ha reso le transazioni commerciali dell'Europa senza frontiere interne, "*domestic trade*". "*Traditionally, Incoterms were only applicable to international sales contracts, but with the introduction of Incoterms 2010, these rules can also be applied to domestic sales contracts*"<sup>180</sup>. Se la *ratio* più profonda di questo ampliamento può appunto esser riportata all'esigenza di render applicabili gli *Incoterms* alle transazioni intra-comunitarie, ormai

---

<sup>179</sup> D.MILAN *ibidem*.

<sup>180</sup> P. CASUCCIO, *A Modernization of the Incoterms in Global Trade and Customs Journal*, Kluwer Law International, Volume 7, n°2, 2012, 71

considerate non più come transazioni internazionali, ma come “*domestic trade*”, gli effetti sono andati ben oltre questo limitato aspetto. Così, per esempio, molti *professional seller* statunitensi, che in precedenza utilizzavano i termini dello UCC per le vendite interne e gli Incoterms per le vendite internazionali, hanno mostrato la tendenza<sup>181</sup> a prediligere l’uso degli Incoterms anche nel business interno<sup>182</sup>.

Sotto il secondo profilo, l’evoluzione e soprattutto la sempre maggior diffusione delle nuove tecnologie, hanno reso necessario che il linguaggio e i contenuti degli Incoterms si conformassero alle nuove sfaccettature e ai nuovi modi di atteggiarsi del commercio<sup>183</sup>.

Così, l’*electronic invoice* e la firma digitale sono stati espressamente riconosciuti e possono esser utilizzati come elementi probatori in caso d’eventuali controversie innanzi ad autorità giudiziarie o collegi arbitrali.

Da ultimo, sono state espunte dal nuovo testo degli *Incoterms* alcune clausole cadute in desuetudine o inutilizzate nella prassi commerciale. Gli *Incoterms* sono stati ridotti da 13 a 11 e si è cercato di porre rimedio a dubbi e difficoltà interpretative sollevate dalle clausole così come si presentavano nelle formulazioni anteriori, semplificando, ove possibile, il *wording* medesimo nel tentativo di eliminare ambiguità.

---

<sup>181</sup> Termini che alle volte potevano riportare la medesima denominazione a cui corrispondeva, però, un contenuto differente rispetto a quelli degli Incoterms (vedi ad esempio il termine FOB).

<sup>182</sup> Così Casuccio nell’opera citata 71.

<sup>183</sup> Sono, infatti, state tenute, ad esempio, in considerazione le nuove frontiere dell’Electronic Data Interchange e dell’E-commerce.

## 2.5 I Principi Unidroit

### 2.5.1 Origine, natura e redazione dei principi Unidroit

Nella disamina delle fonti del diritto dei contratti commerciali internazionali, per quanto esuli da ogni nostro intento una pretesa di completezza, non è comunque possibile non soffermarci, ancorché brevemente, sui Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali.

La nascita dell'istituto Unidroit si deve ad un eccelso giurista ed un impareggiabile uomo politico, Vittorio Scialoja, per diversi anni presidente della delegazione italiana presso la Società della Nazioni, il quale elaborò l'idea di coniugare la tradizione romanistica del diritto, innatamente imperniata all'uniformità, ai progressi compiuti nell'ambito del diritto privato comparato e dell'elaborazione giuridica di norme condivise da più Stati<sup>184</sup>, dando vita ad una nuova istituzione, rappresentata dalla sezione giuridica della Società delle Nazioni. L'ambizioso e futuristico, o forse sarebbe più appropriato dire futuribile, progetto di Scialoja incontrò il favore degli Stati membri, ma decisivo fu in particolare l'appoggio del governo italiano che si adoperò, non solo per dotare l'istituto di una sede, ma anche per sostenerne i costi<sup>185</sup>.

Così The International Institute for the Unification of Private Law venne fondato, grazie alla decisione del Consiglio della League of Nations del 3 Ottobre 1924. Creato, in concreto, nel 1926, l'istituto venne inaugurato a Roma il 30 Maggio 1928<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Essenzialmente tra quelli allora membri della Società delle Nazioni.

<sup>185</sup> Così M. MATTEUCCI, *The history of Unidroit and the Methods of Unification* in *Law Library Journal*, Vol 6, n°3, 1973, 286-289.

<sup>186</sup> R. MONACO, *I risultati dell'Unidroit nella codificazione di diritto uniforme in Il Diritto privato europeo: problemi e prospettive: Il Diritto privato europeo : problemi e*

Il ritiro dell'Italia dall'istituzione ginevrina prima, e la crisi dell'istituzione stessa poi, determinarono una situazione di crisi, risoltasi nel 1940 quando fu varata un'autonoma Convenzione Internazionale che conteneva lo Statuto dell'Istituto. Il sopravvenuto scoppio del secondo conflitto mondiale compromise l'attività dell'Unidroit, così come quelle di quasi tutte le organizzazioni internazionali, ma i lavori ripresero con serenità al termine dell'impegno bellico. I due principali ambiti d'attività, secondo lo Statuto del '40, avrebbero dovuto essere, da una parte l'unificazione legislativa vera e propria, consistente nella predisposizione di testi di convenzioni internazionali o di vere e proprie norme uniformi, dall'altra l'espletamento di quelle che Matteucci definisce<sup>187</sup> come attività complementari o ancillari, come ad esempio, lo studio dei problemi metodologici dell'unificazione.

L'Unidroit è una organizzazione intergovernativa, ed è concepita per avere carattere universale, da qui deduciamo che la possibilità di divenirne membri non è ristretta in relazione a regioni geografiche o continenti, ma è potenzialmente rivolta a tutti gli Stati del Globo. Primo progetto, cui per lunghi anni si dedicò l'Unidroit, fu l'unificazione della disciplina della vendita internazionale dei beni mobili. Il risultato scaturitone fu la Convenzione dell'Aja del 1964 (di cui sopra). Memore di questa e di altre esperienze, relative alla redazione di Convenzioni internazionali, l'Istituto decise di adottare un approccio differente quando si accinse ad intraprendere i lavori per la redazione dei *Principles*<sup>188</sup>. I giuristi dell'Unidroit decisero quindi di

---

prospettive: atti del Convegno internazionale, Macerata 8-10 giugno 1989, a cura di Luigi Moccia, 35-46

<sup>187</sup> M. MATTEUCCI, *ibidem*.

<sup>188</sup> Come riporta Monaco "Il metodo classico mirava anzitutto a predisporre i testi atti a rendere possibile l'unificazione, e questo è sempre stato l'impegno di Unidroit; nonché una volta definito un testo si doveva percorrere la lunga trafila della convocazione di un'apposita conferenza internazionale, ad opera di uno degli Stati membri. Se la Conferenza

avvalersi di un approccio che garantisse maggior rapidità e flessibilità. Come scrive, infatti, Marcel Fontaine, l'opera di redazione ed elaborazione dei principi è stata del tutto estranea a qualsivoglia interferenza politica. Gli illustri membri del gruppo di lavoro hanno svolto il compito, di cui erano investiti, in modo assolutamente disinteressato, tenendo presenti solo ed esclusivamente le esigenze di due astratte parti contrattuali, cercando di giungere a soluzioni che risultassero equilibrate per entrambi i contraenti<sup>189</sup>. Il progetto prese vita nel 1980, e nel 1994, il Consiglio di Direzione dell'Istituto diede l'*imprimatur* ai Principi<sup>190</sup>.

Tali *Principles* possono esser considerati una codificazione, anche se parziale e settorialmente circoscritta al settore dei contratti, della *lex mercatoria* e sono nati dall'esigenza di porre rimedio all'inadeguatezza dei diritti statali di adeguarsi all'esigenze del commercio internazionale. In buona sostanza, "alla mediazione politica degli interessi in gioco, che è propria del diritto legislativamente creato dagli Stati, è qui sostituita, la mediazione culturale dei giuristi. La nuova *lex mercatoria* è diritto unilateralmente creato dalla classe imprenditoriale, ma viene applicato dopo aver ricevuto il filtro culturale di Unidroit."<sup>191</sup> I Principi Unidroit, concepiti, almeno originariamente, come un *restatement* del diritto dei contratti commerciali internazionali, consistono in un complesso organico di regole e principi condivisi dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici del globo ed in sintonia con le esigenze del

---

aveva esito positivo, si doveva...attendere che i singoli governi adissero i rispettivi parlamenti per la ratifica della Convenzione." R. MONACO, *op. cit.* .

<sup>189</sup> M. FONTAINE *Les Principes Unidroit comme guide dans la rédaction des contrats internationaux*, in Institute of International Business Law and Practice, a cura di Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A new Lex Mercatoria?, Pubblicazione ICC n 490/1 1995, 73-77.

<sup>190</sup> Così M. J. BONELL, *Un Codice Internazionale del Diritto dei Contratti*, Giuffrè Milano, 2006, 75.

<sup>191</sup> F. GALGANO, *Lex mercatoria*, in Enc. Dir., Aggiornamento, V, Milano, 2001, 721.

commercio internazionale. Da questo risulta chiaro che essi, restando disancorati sia dal background giuridico-culturale di un singolo ordinamento, sia dall'autorità statale di qualsivoglia ordinamento, da cui non ricevono la propria legittimazione né tanto meno la propria vincolatività, si propongono come un strumento a disposizione degli operatori del commercio c.d. *cross border*, nella consapevolezza che non si tratta di norme dotate di forza vincolante e che la loro accettazione, in quanto chiaro esempio di *soft law*, dipende esclusivamente dalla loro autorità persuasiva<sup>192</sup>.

Innanzitutto, vediamo la struttura. I principi si compongono di un preambolo e di 221 articoli<sup>193</sup>.

Dal preambolo dei *Principles* si possono ricavare da una parte, l'ambito di applicabilità dei principi, i quali si autodefiniscono come *general rules for international commercial contracts*<sup>194</sup>, dall'altro è possibile mettere in evidenza le funzioni dei principi medesimi, delimitate attraverso l'elencazione delle diverse circostanze in cui possono essere adoperati.

“I presenti Principi enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali:

1. *I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato.* In questo caso è il principio dell'autonomia della parti a consentire che il contratto venga governato dai principi in discorso. D'altronde, che le

---

<sup>192</sup> In questi termini S. M. CARBONE. *I Principi Unidroit quale soft law applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del commercio internazionale*, fascicolo 4, 2012, 809-824.

<sup>193</sup> Il capitolo 1 contiene le disposizioni generali, il secondo è dedicato alla formazione del contratto e alla rappresentanza, il capitolo 3 alla validità, il capitolo 4 all'interpretazione, il quinto al contenuto del contratto e al contratto a favore del terzo. Il capitolo sesto e settimo riguardano rispettivamente l'adempimento e l'inadempimento, l'ottavo invece alla compensazione e il nono alla cessione del contratto, del credito e al trasferimento delle obbligazioni, il decimo alla prescrizione. L'undicesimo ed ultimo capitolo infine disciplina le ipotesi della pluralità di debitori e creditori.

<sup>194</sup> Rinviamo a quanto detto nel primo paragrafo in merito ai concetti di *internazionalità e commercialità*.

parti si servano di “principi” e “*rules of law*” non riconducibili ad un qualsiasi ordinamento nazionale è ormai una realtà di fatto da molti anni ed è confermata dei più recenti trend normativi in ambito internazionale<sup>195</sup>. I principi possono essere richiamati in questo primo caso:

- a) come norme contrattuali, ed in questo caso si tratta della c.d. incorporazione *per relationem* dei principi nel regolamento contrattuale, il che li renderà operanti purché non risulti la loro contrarietà a norme imperative e la legge regolatrice verrà individuata sulla base del diritto internazionale privato;
- b) come legge applicabile, in questo caso i principi vengono visti come sistema normativo autonomo, alternativo a qualsivoglia ordinamento nazionale; resta, tuttavia, il ricorso al diritto internazionale privato per quanto non previsto dai principi medesimi<sup>196</sup>;
- c) come più generico rinvio alla *lex mercatoria*;
- d) come usi del commercio. In siffatta ipotesi consente il rinvio ai principi pur seguitando a individuare una legge nazionale quale legge regolatrice del contratto;
- e) eletti *ex post* rispetto alla conclusione del contratto. Ovviamente ci si riferisce all’ipotesi in cui sopravvenga un contrasto tra le parti successivo alla conclusione del contratto da cui scaturisce una controversia, in particolare se questa viene portata davanti ad una corte arbitrale.

---

<sup>195</sup> Così S. M CARBONE *ibidem*, il quale a titolo esemplificativo rimanda ai risultati della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato. Nel documento preliminare alla stessa datato gennaio 2012, si è tentato di concedere alle parti la possibilità di scegliere, quale diritto applicabile anche le *rules of law*. L’espressione, lasciata senza ulteriori precisazioni ha indotto ad un’interpretazione quanto mai lata, lasciando il massimo spazio possibile all’autonomia privata.

<sup>196</sup> Il rischio in questo caso è che i giudici nazionali non accettino tale scelta, e li considerino solo alla stregua di quanto detto sub a).

2. I Principi possono applicarsi quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “lex mercatoria” o simili. La differenza rispetto all’ipotesi sub c) sta nel fatto che qui manca un esplicito richiamo ai principi ad opera delle parti ma essi vengono impiegati quale parte integrante della lex mercatoria, a cui le parti hanno invece fatto esplicito rinvio.
3. I Principi possono applicarsi quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto. Se di regola, in mancanza d’una scelta ad opera dei contraenti l’applicable law viene selezionata sulla base delle norme di diritto internazionale privato, è possibile, tuttavia, che le corti arbitrali “*shall apply the rules of law which it determines to be appropriate*”<sup>197</sup>. Ed in diversi casi, queste regole considerate appropriate, sono state individuate proprio nei principi *de quibus*<sup>198</sup>.
4. I Principi possono essere utilizzati per l’interpretazione o l’integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme. Negli ultimi anni si è riscontrata la tendenza a colmare le lacune o ad interpretare le norme uniformi attraverso i Principles, invece che con le norme di diritto interno, per non vanificare lo scopo sotteso alle norme uniformi e cioè quello di garantire un disciplina uniforme nel mondo<sup>199</sup>.
5. I Principi possono essere utilizzati per l’interpretazione o l’integrazione del diritto nazionale applicabile.
6. I Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali. Molteplici sono gli esempi a

---

<sup>197</sup> Art 17 *Applicable law Rules*, ICC Rules of Arbitration 1998.

<sup>198</sup> *Ex multis*, lodo arbitrale n 15089 ICC International Court of Arbitration, 2003.

<sup>199</sup> Così la Corte di Cassazione Belga ha interpretato la CISG alla luce dei Principi Unidroit per colmare le lacune della Convenzione di Vienna in materia di Hardship. Analogamente ha agito la nostra Corte di Cassazione quando è stata chiamata ad interpretare il Bruxelles Regulation 44/2001.



riguardo, la già citata modifica alla Cinese del 1999, il codice estone e lituano, nonché il codice della Russian Federation<sup>200</sup>.

Inoltre, va sottolineato, come fa notare Galgano, che i principi, in quanto esito di un processo di specializzazione del diritto volto a eliminare l'incertezza e l'eccessiva incoerenza della *lex mercatoria*, potranno essere applicati non solo ai contratti interindividuali ma a quelli intergovernativi e quelli tra Stati e stranieri<sup>201</sup>.

### 2.5.2 Le diverse versioni dei Principi Unidroit

Partendo dal presupposto che i Principi Unidroit sono privi di forza vincolante *ex se*, ma si sono affermati grazie alla favorevole accoglienza dei loro destinatari designati, non è sufficiente che essi incontrino il favore della *business community* al momento della loro pubblicazione e nel periodo immediatamente susseguente, ma è necessario, per garantire che vengano utilizzati con costanza nel lungo periodo, che rimangano sempre al passo con le esigenze degli operatori economici. Questo costante adeguamento dei *principles* all'evolversi della prassi commerciale, *condicio sine qua non* del loro perdurante utilizzo pratico, ha portato al varo, dopo la prima edizione del 1994, di una seconda nel 2004 e di una terza nel 2010. I principi Unidroit edizione 2004, i cui lavori preparatori sono iniziati già nel 1997, ad appena tre anni quindi dalla pubblicazione della prima edizione dei principi, in buona sostanza non alterano i principi della precedente edizione. Essi piuttosto, mantenendo i principi precedenti, si pongono in funzione integrativa degli stessi. Hanno aggiunto, ai sette capitoli di cui si componeva il testo precedente, i capitoli 8, 9,10 che disciplinano

---

<sup>200</sup> Per questa analisi delle ipotesi di applicazione dei principi vedi R. CALDERAZZI, *I Principi Unidroit, in opera cit.*

<sup>201</sup> In questi termini GALGANO - MARRELLA, *op. cit.*233

rispettivamente la compensazione, la cessione dei crediti, la cessione dei contratti e il trasferimento dei contratti e da ultimo la prescrizione. Oltre a questo sono stati inseriti alcuni articoli all'interno di capitoli già esistenti. Non dissimile è stata l'opera attuata dall'edizione 2010. Il fatto che si sia proceduto ad un aggiornamento, non deve però indurre a credere che la nuova edizione si proponga come revisione delle precedenti.

Vista l'accoglienza generalmente positiva e l'assenza di particolari difficoltà interpretative ed applicative, l'obiettivo primario non era emendare il testo previgente (solo cinque articoli sono stati riscritti e solo due di questi hanno visto una revisione di natura sostanziale), ma ampliare il contenuto dei Principi medesimi, toccando campi in precedenza non coinvolti ma di indiscusso interesse non solo accademico, ma anche eminentemente pratico. Sono quindi Stati aggiunti 26 nuovi articoli, che hanno per oggetto le restituzioni in caso di dissoluzione del contratto, le condizioni, obbligazioni con pluralità di debitori e creditori e l'illiceità.

Per quanto concerne le condizioni, nella prassi commerciale spesso le parti legano la validità del contratto o di singole clausole da quell'avvenimento futuro ed incerto che appunto costituisce la condizione. Nonostante il frequente utilizzo, la questione non viene affrontata negli strumenti di diritto uniforme. La nuova edizione dei principi ha perciò dedicato una sezione apposita all'argomento. È bene, però, precisare che anche nei principi la questione è affrontata in pochi succinti articoli che affrontano solo questioni essenziali. Più dettagliata appare la disciplina relativa alle obbligazioni plurisoggettive, a cui è dedicato un intero capitolo<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> Quanto ad una pluralità di debitori prendiamo ad esempio le numerose ipotesi in cui una banca concede un prestito a favore di più persone. Quanto alla pluralità di creditori possiamo semplicemente ribaltare l'ipotesi precedente, immaginando il caso in cui più banche aderiscono un accordo di prestito sindacato per finanziare un unico cliente. Queste,

Qualche attenzione in più la merita l'inserzione della parte relativa all'*Illegality*, cioè l'illiceità o contrarietà a norme imperative. Può, infatti, sembrare strano che uno strumento di *soft law* si occupi di un siffatto argomento. Tuttavia, i principi si mostrano sensibili ai valori inderogabili degli ordinamenti statali che hanno risvolti sui contratti commerciali internazionali, limitando l'oggetto della sezione a quei contratti che violano le *mandatory rules* dello Stato, che manifesta uno stretto collegamento con il contratto in questione e che risultano applicabili sulla base delle regole di conflitto ed a quelle limitate disposizioni contenute nei *Principles*, e che i medesimi considerano dotate di *mandatory character*, per via della loro importanza rispetto all'intera architettura dei principi<sup>203</sup>.

Per promuovere maggiormente la diffusione dei principi Bonell<sup>204</sup>, a seguito della pubblicazione dell'edizione 2004, auspicava un *endorsement* dei principi Unidroit da parte dell'UNCITRAL.

Basandosi sul fatto che la United Nation Commission on International Trade Law, lo avesse già concesso ad altri strumenti di *soft law* come gli Incoterms ed alle Regole e usi uniformi relativi ai crediti documentari.

L'*endorsement* da parte dell'UNCITRAL è stato concesso per l'edizione 2010 dei Principi, raccomandando l'uso dei principi. In quell'occasione l'UNCITRAL<sup>205</sup> porse le proprie congratulazioni

---

nel commercio internazionale sono ipotesi tutt'altro che rare. P- Così M.J.BONELL *I Principi Unidroit 2010: Le novità*, in *Diritto del commercio internazionale*, fascicolo 4, 2012 par 795-807.

<sup>203</sup> CARBONE S. M., *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 1, 2012,53

<sup>204</sup> M. J. BONELL *Un "codice" internazionale del diritto dei Contratti*, Giuffrè Milano,2006, 390.

<sup>205</sup> L'UNCITRAL, The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), fu istituita dalla risoluzione 2205 (XXI) 17 December 1966 (see annex I), dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Essa svolge un ruolo importante nello sviluppo dell'armonizzazione e della modernizzazione del diritto del commercio internazionale, preparando e/o promuovendo l'uso e l'adozione di strumenti legislativi e non legislativi in un certo numero di aree della *commercial law*. Questi testi offrono soluzioni

all'Unidroit “per aver contribuito alla facilitazione degli scambi commerciali internazionali attraverso l’elaborazione di regole generali per i contratti commerciali internazionali”<sup>206</sup>.

### 2.5.3 Rilievi conclusivi

Alla luce di quanto sopra illustrato, appare opportuno mettere un primo punto conclusivo al riguardo, riportando le parole di Paul Finn, giudice della *Federal Court of Australia*, al fine di mettere in evidenza l’importanza sempre crescente dei principi anche all’interno delle corti statali e non più soltanto nell’ambito dei tribunali arbitrali: “Non vi è dubbio che i *Principles* contengano molto di quanto sia riscontrabile in diversi *legal systems* del globo pur non collimando integralmente, nei dettagli, con nessuno ordinamento giuridico in particolare. Nonostante questo, vi sono sicuramente regole innovative quando vengo giudicate alla stregua del diritto interno di molti, se non della maggior parte, dei Paesi (...). L’ovvia attrazione esercitata dai principi risiede nel fatto che essi siano *principled, coherent, intelligibile* (...). I principi riflettono un distillato di saggezza sul diritto contrattuale di tutto il mondo. Non sorprende che abbiano influenza nel rinnovamento della *contract law* negli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali. Possiamo forse imparare da esse per scopi domestici”<sup>207</sup>.

---

appropriate alle diverse tradizioni giuridiche e ai diversi stadi di sviluppo economico dei differenti paesi.

<sup>206</sup> Così M. J. BONNEL. Op.cit in nota 202, 806

<sup>207</sup> P. FINN, “*Symposium Paper: The Unidroit principles: An Australian Perspective*”, in *Australian International Law Journal* 2010, vol. 17, 193 ss.

## Capitolo II: La clausola hardship

### 1. Definizione di hardship e struttura della clausola

Quando le parti concludono un negozio tra loro, ciascuna di esse confida nel fatto che l'altra adempirà in modo fedele e soddisfacente le proprie obbligazioni, in conformità ai termini del contratto.

Allo stesso modo, quando un contratto, legalmente valido ed efficace, viene concluso, normalmente sarà fatto rispettare ed eseguire sulla base dei termini previsti nel regolamento contrattuale medesimo.

Ciò rappresenta *more solito* la fisiologia del contratto che si prospetta nella *magna pars* casistica. In molti casi, tuttavia, a prescindere dalle intenzioni originali che animavano le parti, esiste, ed è concreta, la possibilità che, a causa d'eventi imprevedibili, si verifichi un mutamento delle circostanze alla base del contratto.

Il *bouleversement* delle circostanze può, quindi, determinare diversi effetti negativi sul contratto, che vanno dall'assoluta impossibilità d'adempiere le proprie obbligazioni, a situazioni in cui l'adempimento rimane possibile ma diviene eccessivamente oneroso o cessa d'aver utilità per le parti contraenti<sup>208</sup>.

In linea di principio, infatti, il traguardo prioritario che un contratto commerciale internazionale si pone è quello di regolare ed organizzare la relazione tra le parti nel miglior modo possibile. Ciò, in via di prima approssimazione, sta a significare che esso determina i diritti e gli obblighi delle parti secondo un assetto tale per cui la

---

<sup>208</sup> Così H. KONARSKI, *Force Majeure and Hardship clauses in International contractual practice*, in *International Business Law Journal* (2003), No. 4, 405-428.

transazione funzioni agevolmente ed i costi della medesima siano minimizzati. Ma “*a contract is not only a momentary picture of the reality as it is according to the very contract, but it also initiates and covers processes which develop in the future*”<sup>209</sup>. In relazione alla materia cui l’accordo afferisce, questi processi possono anche estendersi per un periodo di diversi anni<sup>210</sup>.

Per questa ragione, diventa spesso essenziale prender in considerazione la possibilità che, per effetto d’evenienze impreviste, che esulano, sia dalla volontà, che dal controllo delle parti, l’equilibrio che originariamente sosteneva il sinallagma contrattuale, venga profondamente alterato.

Il rilievo dello squilibrio tra diritti e doveri delle parti, emerge con particolari intensità e modalità nei contratti commerciali internazionali.

Partendo dall’idea che questi sono espressione d’attività di operatori economici (c.d. “professionisti”) in un ambito sopranazionale, l’onere dei rischi che il regolamento contrattuale deve ripartire viene incrementato<sup>211</sup>.

Pertanto, in siffatto ambito le distinte, e talvolta contrapposte, esigenze di certezza di diritti ed obblighi, sintetizzate nella regola fondamentale *pacta sunt servanda*<sup>212</sup>, ed una considerazione delle

---

<sup>209</sup> D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, 657 ss.

<sup>210</sup> D. MASKOW, *ibidem*.

<sup>211</sup> N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, 2009, 235-236.

<sup>212</sup> Come, tra gli altri, fa notare V. Houtte questo principio è un principio cardine del diritto dei contratti, ed lo è in tutti gli ordinamenti statali. Il concetto è espresso in modo chiaro nel lodo arbitrale *Liamco v. Lybia* 12 Apr. 1977, *Yearbook Commercial Arbitration* in cui si legge: <<*The principle of the sanctity of contracts...has always constituted an integral Part of most legal systems. These include those systems that are based on the Roman Law, the Napoleonic Code and other civil codes, as well as Anglo-Saxons Common Law and Islamic Jurisprudence ‘Shari’a’.*>>Prosegue il professor Houtte sottolineando come la regola aurea *pacta sunt servanda* sia considerata come principio basilare anche della *lex mercatoria*. H. VAN HOUTTE *Changed circumstances and pacta sunt servanda* in Gaillard (ed.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC Publ. Nr. 480,4), Parigi, 1993, 105 ss.

necessità d'adattamento alle mutate circostanze, sulla base della massima *rebus sic stantibus*, devono trovare una composizione. La frizione che talvolta si genera, quindi, tra questi due principi, parimenti fondamentali, è evidente soprattutto, se si prende in considerazione la circostanza per cui mantenere o ristabilire l'equilibrio economico delle posizioni contrattuali significa, in linea di principio, limitare l'autonomia del volere, introducendo deroghe alla regola aurea *pacta sunt servanda*<sup>213</sup>.

La tensione che *toujours* esiste tra i due principi (i.e. *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*)<sup>214</sup> mostra come, piuttosto che porsi come alternativi l'uno all'altro, essi siano condannati a coesistere, dato che, né l'uno, né l'altro, possono prevalere in modo assoluto<sup>215</sup>. Ambedue, difatti, rappresentano esigenze meritevoli di tutela giuridica<sup>216</sup>.

Alla luce delle molteplici e variegata esigenze appena evidenziate, una delle possibili risposte che il diritto del commercio internazionale ha fornito a queste problematiche è la clausola di hardship, definita in estrema sintesi da Oppetit: “come la clausola attraverso la quale le parti hanno la possibilità di richiedere l'adattamento del contratto che li vincola, se interviene un cambiamento nelle basi iniziali su cui si sono obbligate e modifica

---

<sup>213</sup> Questa la posizione di D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi unidroit* in Europa e diritto privato, 2002, 23.

<sup>214</sup> Il termine venne, per la prima volta, menzionato agli inizi del sedicesimo secolo. Nel 1507 Jason de Mayno suggerì l'uso della dottrina “rebus sic stantibus” come principio generale del diritto dei contratti. Tuttavia, l'idea di adattare accordi e promesse ad eventi imprevedibili e straordinari, ha le sue radici nella filosofia di Cicerone e Seneca, rispettivamente nel *De Officiis* e nel *De Beneficiis*. Così I. SCHWENZER, *Force Majeure and Hardship in International sales contracts* in *Victoria University of Wellington Law Review*, No 39, 2008, 709 ss.

<sup>215</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 532-533.

<sup>216</sup> Così U. DRAETTA, *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux* in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, 297 e ss.

l'equilibrio del contratto al punto che una delle parti ne sopporti l'*hardship*<sup>217</sup>.

Sorge spontaneo, quindi, interrogarsi *in primis et ante nomina* su cosa sia l' "hardship".

Secondo il dizionario Collins si definisce l'*hardship* come "*conditions of life difficult to endure, something that causes suffering or privation*"<sup>218</sup>. A differenza, ad esempio, della *force majeure* o dell'*impossibility*, l'*hardship* non è un concetto giuridico, ma un'espressione descrittiva per indicare un evento che accade ad una delle parti. Proprio perché non è di per sé un concetto giuridico con un significato ben preciso, l'*hardship* può esser definita in modo restrittivo o più ampio<sup>219</sup>. Tra l'altro, se nella maggioranza dei casi la concezione di *hardship* viene rappresentata in termini di conseguenze economiche, la clausola di *hardship* può prender in considerazione anche eventualità di natura non economica<sup>220</sup>.

Ma, a questo punto, è opportuno domandarsi in che contesto si sia sviluppata la clausola di *Hardship*.

In una relazione su *Arbitration in Long-Term Transaction*, illustrata alla Conferenza dedicata all'Arbitrato Commerciale Internazionale tenutasi nel 1974 a Londra, Holtzmann, così come prima di lui Brautous<sup>221</sup>, faceva notare come il commercio internazionale si sia evoluto al punto che l'interesse primario degli operatori s'è spostato dall'import-export (settore che rimane, comunque, punto nevralgico delle relazioni economiche), a rapporti

---

<sup>217</sup> B. OPPETIT, *L'Aptation des contract internationaux aux changements de circonstances: la clause de << Hardship >>*, in 101 *Clunet*, 1974, 794 e ss.

<sup>218</sup> <http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/hardship>.

<sup>219</sup> S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè Editore, 2007 - ISBN 8814133476.

<sup>220</sup> H. ULLMAN, *Enforcement oh Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, in *California Western International Law Journal*, vol. 19, 1988, 81 ss.

<sup>221</sup> BRAUTOUS, *Arbitration and International Economic Cooperation Towards Industrial, Scientific and Thecnical Development*, (relazione al IV Congresso Internazionale sull'Arbitrato), in *The Arbitration Journal*, 1972, 239.



contrattuali inerenti al trasferimento di tecnologia, alla progettazione di grandi impianti, a join-venture, etc.<sup>222</sup>.

Queste tipologie di contratti hanno alcuni caratteri comuni:

1. i rapporti tra le parti non si limitano ad uno o più specifici negozi, ma realizzano un'ampia relazione d'affari tra i contraenti;
2. i tipi di controversie che possono sorgere vanno oltre quelle in passato più usate, sono diverse e spesso più complesse;
3. hanno tutti una durata molto lunga od, ove possibile, una durata indefinita;

Da queste varie caratteristiche, deriva una serie di conseguenze.

*In primis*, la maggior durata del contratto commerciale internazionale, farà crescere il rischio che si verifichi un mutamento delle circostanze e che, per conseguenza, l'esecuzione della prestazione possa esser più onerosa per una delle parti, alterando così l'equilibrio economico iniziale<sup>223</sup>.

In secondo luogo, contratti come quelli summenzionati, raramente possono risolversi *sic et simpliciter*: in virtù, ad esempio, di ragioni politiche (come, *e. g.*, può accadere con un contratto di somministrazione di prodotti petroliferi tra Paesi legati da vincoli di solidarietà politica, religiosa, etc.) o economiche (come un contratto per la costruzione di una *pipeline* collegato al contratto di somministrazione di gas per un arco temporale molto esteso)<sup>224</sup>. In più, è probabile, da una parte, che non sia nei fatti possibile o agevole

---

<sup>222</sup> HOLTZMAN, *Arbitration in Long-Term Transaction*, in SCHMITTHOFF *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers*, New York, British Institute of International and Comparative Law, London, 1974-75, 409.

<sup>223</sup> Le circostanze in questione possono essere le più diverse, possono essere accadimenti di cui è incerto o assolutamente imprevedibile il verificarsi (terremoti, inondazioni, epidemie...) così come avvenimenti prevedibili ma incerti nell'entità (aumento dei prezzi, scioperi manifestazioni sindacali...). L'equilibrio contrattuale può essere alterato da altre circostanze dovute all'assetto politico di un certo paese, all'assetto monetario internazionale, in breve da tutte quelle misure che possono turbare il commercio internazionale.

<sup>224</sup> V. in gen. V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli Editore, 2010 - ISBN 8834800052.

individuare un nuovo partner commerciale (come in mercati oligopolistici o se si tratta di risorse limitate, come nel settore energetico), dall'altra che la lunga durata della collaborazione abbia instaurato rapporti di fiducia che richiederebbero molto tempo per crearsi con eventuali nuovi *partner*, per non parlare delle reciproche acquisizioni di *know-how*.

Da ultimo, è necessario ricordare che i negozi giuridici a carattere commerciale stipulati in ambito internazionale, tendono ad esser sempre più svincolati da una particolare *domestic law*, oltre al fatto che in questi contratti è ben difficile ipotizzare il ricorso al giudice per una *specific performance* che obbligasse la parte sulla quale grava l'onerosità, dovuta alla circostanza imprevista, ad adempiere ugualmente alla propria obbligazione<sup>225</sup>.

Queste sono le principali ragioni che hanno portato la prassi del commercio internazionale a ricercare ed affinare strumenti idonei ad evitare soluzioni *tranchant*, quali erano conosciute nel bagaglio tradizionale degli ordinamenti statali e che hanno reso proprio tale settore, il terreno per così dire di coltura, ossia l'ambiente economico-commerciale ideale, in cui la clausola oggetto della nostra analisi si è sviluppata<sup>226</sup>.

La clausola di hardship, quindi, in estrema sintesi “*organize(s) the revision of the contract whenever upsetting circumstances significantly modify the economy of the contract*”.

La clausola s'applica, in particolare, quando si verifica un mutamento delle circostanze in cui le parti non hanno intenzione di dissolvere il contratto, ma bensì di mantenerlo<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> P. CENDON, *Commentario al codice civile. D. Lg. 6 settembre 2005, n.206. Codice del consumo*, Giuffrè Editore, 2010 - ISBN 8814150869.

<sup>226</sup> Per quest'analisi: A. FRIGANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising*. Giappichelli, Torino, 1991, 391 e ss.

<sup>227</sup> H. KONARSKY, *op. cit.*, 419.

Ciò presenta due ovvi vantaggi. Innanzitutto, abilita le parti ad un approccio flessibile per fronteggiare evenienze impreviste. In subordine, fornisce una cornice entro cui rinegoziare<sup>228</sup>. In sintesi, le clausole di hardship incorporano la volontà, espressa ex ante, delle parti di rinegoziare il contratto nel caso si verificano gli eventi contemplati dalla clausola. Essendo la *voluntas partium* la fonte del dovere di rinegoziazione, possiamo dire che esse rappresentano una forma di allocazione convenzionale del rischio, fondata sul principio dell'autonomia negoziale<sup>229</sup>.

Appare opportuno, una volta fornita una definizione di hardship, intraprendere una, seppur breve, disamina delle varie clausole elaborate dalla prassi, analizzandone le caratteristiche salienti, le modalità di redazione e gli effetti.

In via preliminare, è bene precisare che le clausole sviluppatesi nella pratica commerciale, seppur riconducibile ad un'unitaria categoria, possono presentare sensibili divergenze tra loro, sotto molteplici aspetti. Tuttavia, è possibile estrapolare degli elementi che le accomunano.

Innanzitutto, in linea di massima il raggio di azione delle *hardship clause* è idoneo a fronteggiare verosimilmente ogni possibile circostanza sopravvenuta, qualunque ne sia l'origine o la natura.

Questa portata potenzialmente amplissima, consente di superare le restrizioni poste da altre tipologie di clausole chiamate a disciplinare le sorti dei contratti, qualora fossero intervenuti singoli accadimenti che avessero reso eccessivamente onerosa la prestazione per una delle parti. Il limite di queste clausole risiede, infatti, nel fatto che esse possono operare solo ed esclusivamente, qualora lo squilibrio

---

<sup>228</sup> H. ULLMAN, *op. cit.*, 82

<sup>229</sup> In questi termini S. E. CIRIELLI, Clausola di hardship e adattamento del contratto commerciale internazionale, in *Contratto e Impresa*, Europa, vol 1, 1998, 733 ss.

contrattuale sia prodotto in virtù del singolo accadimento da esse specificamente preso in considerazione e nessun'altro( così ad esempio le clausole di revisione dei prezzi, le clausole d'indicizzazione, etc.)

In secondo luogo, esse sono generalmente inserite in contratti di internazionali di lunga durata.

Abbiamo già precisato le principali motivazioni che rendono questi contratti l'aristotelico logo naturale delle clausole di hardship, tuttavia questo non sta a significare che clausole siffatte non possano rintracciarsi in negozi di durata più breve, anzi è una tendenza diffusa già dalla fine degli anni settanta quella d'inserire tale tipologia di clausole in contratti con durata compresa tra i due e i tre anni ed, altresì, in contratti "domestici" o "nazionali", che dir si voglia.

Le *hardship clause* si riscontrano, poi, in alcuni particolari settori economici, più che in altri.

Ambiti elettivi di queste sono sicuramente i contratti di somministrazione, in particolare quando hanno per oggetto energie e carburante<sup>230</sup>, contratti per la costruzione di grandi complessi industriali, contratti d'appalto, di know-how ed assistenza tecnica, e via dicendo<sup>231</sup>.

Più raro trovare questa tipologia di clausole quando l'accordo cui accedono è stipulato tra imprese di Paesi industrializzati e di Paesi in via di sviluppo o sottosviluppati. Ciò si giustifica prendendo in considerazione il fatto che il buon esito del pratico utilizzo di queste clausole richiede, come condizione indispensabile, una collaborazione talmente leale, per cui è preconditione imprescindibile che gli operatori economici che se ne servano, facciano parte dello stesso mondo giuridico-economico e, se possibile, anche culturale, ossia che

---

<sup>230</sup> Su questa linea anche Ullman nell'opera citata.

<sup>231</sup> Per un elenco esaustivo vedi A. FRIGNANI *La Hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law* in Rivista di Diritto Civile, 1979, 680 ss.

già sussistano *good business relations* tra i contraenti. Il risultato di maggior pregio che questo genere di clausole consente di conseguire è non solo la prosecuzione del rapporto commerciale, anche in presenza di un mutamento significativo delle circostanze, ma anche la possibilità di mantenere sotto il controllo dei contraenti medesimi una serie di possibili elementi di frizione e di potenziali controversie. Il rischio è ovviamente quello di far prevalere le esigenze o, per meglio dire, le pretese della parte dotata di maggior potere contrattuale. Ed è questa una delle ragioni del rifiuto da parte dei Paesi meno sviluppati d'inserire queste clausole nei loro contratti commerciali con imprenditori di Paesi industrializzati. Tuttavia, in risposta a questa problematica è spesso invalsa la prassi di rivolgersi ad esperti o arbitri<sup>232</sup>.

Si può affermare, infine, che questa tipologia di clausole rientra tra quelle definite *midnight clauses*. Al momento della negoziazione di un contratto commerciale l'interesse primario dei futuri partner è quello di giungere ad un accordo sui punti cardine del medesimo e su tutti quegli aspetti da cui scaturisce il reciproco vantaggio economico. Per questa ragione le parti, spesso, nella fase delle trattative, non mostrano grande interesse per questo genere di componenti del regolamento contrattuale, ed è compito del giurista indurre gli operatori economici a prenderle in considerazione, dato che – come abbiamo avuto già occasione d'illustrare in precedenza – possono risultare d'estrema utilità durante la vita del contratto. Come ha fatto notare Perillo, in sofisticati accordi commerciali internazionali di lunga durata, sono tipicamente contenute clausole di rinegoziazione o altre tipologie di clausole in grado d'introdurre un certo grado di flessibilità nella relazione. L'assenza di queste clausole può essere il

---

<sup>232</sup> Vedi ancora A. FRIGNANI nell'opera ultima citata.

riflesso d'una scelta delle parti di non volerle includere nel regolamento contrattuale, ma è più probabile che delle *unsophisticated parties* le abbiano tralasciate<sup>233</sup>.

Malgrado le clausole di hardship abbiano iniziato ad esser utilizzate nei contratti internazionali nelle fasi più travagliate del XX secolo, il loro utilizzo s'è moltiplicato a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, grazie anche al contributo della giurisprudenza arbitrale internazionale, che, in assenza di un siffatta clausola, aveva spesso opposto un rifiuto alla possibilità rideterminare il regolamento contrattuale<sup>234</sup>.

Difatti, il rapido incremento dell'utilizzo delle clausole di hardship è stato proporzionale al miglioramento del loro livello di redazione: inizialmente caratterizzate da una struttura *très simple* e da una formulazione molto generica, in qualche anno hanno raggiunto un grado d'elaborazione ragguardevole.

Oggi, infatti, la tendenza ad un *upgrade* del grado di sofisticazione di queste clausole sembra, ormai, esser rallentata, avendo acquisito un significativo grado di stabilità<sup>235</sup>.

Analizziamo, quindi, la struttura di queste clausole, tenendo presente, ancora una volta, che la nostra trattazione prende quale campione d'analisi la generalità delle clausole, il che implica che non tutte quelle che la prassi è stata in grado di generare riflettano le caratteristiche che saranno discusse. Anzi, è opportuno evidenziare come ciascun settore economico, ciascuna tipologia di contratto e perfino il singolo contratto stesso, inevitabilmente adatta e plasma le clausole di hardship alle proprie esigenze.

---

<sup>233</sup> J. M. PERILLO, *Force majeure and hardship under the Unidroit*, in *Contractación Internacional Comentarios a los principios sobre los contratos internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México Universidad Panamericana, Mexico, 1998, 111 ss.

<sup>234</sup> S. E. CIRIELLI, *ibidem*.

<sup>235</sup> In questi termini M. FONTAINE - F. DE LY in *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2003.

In generale, le clausole di hardship si strutturano in due parti principali: la prima, detta in francese *hypothèse*, che ora analizzeremo, individua e definisce le ipotesi in cui la clausola trova applicazione; la seconda, invece, esplica il *règime* applicabile nel caso in cui si verifichi *hypothèse*.

Gli effetti, riconnessi all'insorgenza dell'hardship possono essere diversi, da un semplice onere di rinegoziazione in *good faith* del contratto senza ulteriori precisazioni, alla predisposizione di una vera e propria procedura per la rinegoziazione che preveda il coinvolgimento di arbitri o esperti, fino alla *termination of the contract*, ma questi saranno analizzati in un secondo momento.

Per completezza, vediamo poi come alcune clausole premettano un preambolo, generalmente breve, alla *hypothèse*<sup>236</sup>.

Nel *préambule* è contenuta, quindi, l'essenza stessa della clausola in questione, tuttavia, non essendo una parte essenziale, se manca, non pregiudica la comprensibilità della clausola, ne tantomeno la sua operatività in concreto. Le nozioni in esse contenute saranno comunque inserite, in modo esplicito o più spesso implicito, nel corpo stesso della clausola. La sua funzione è quindi quella di rendere chiara la filosofia o la *ratio* sottostante la clausola stessa.

Entrando più nel dettaglio, invece, della prima parte delle clausole di *hardship*, vediamo come questa presenti, secondo Fontaine, due sotto-componenti:

- a. certe circostanze più o meno determinate,
- b. che producono certe conseguenze sul rapporto contrattuale.

Al riguardo, un esempio renderà più chiaro il concetto: se, a causa di particolari circostanze d'ordine economico o commerciale,

---

<sup>236</sup> Ad esempio: *Les droits et obligations de la présente convention déterminent, contenu des circonstances, une position relative des parties au moment de la signature* ovvero ancora *les dispositions de la présent convention ont été arrêtées en fonction des donnes juridique...financière existant à la date de signature de la présente.*

successive alla conclusione del contratto, ed al di là della normale prevedibilità delle parti, l'equilibrio economico del contratto viene ad essere modificato al punto tale da rendere pregiudizievole per una delle parti l'adempimento delle sue obbligazioni<sup>237</sup>.

Quanto alle circostanze prese in considerazione dalle analizzande clausole, è stato riscontrato come possano essere le più varie e diverse, anche perché l'accezione data al concetto di *hardship* si presenta *narrowly or broadly*<sup>238</sup>, essendo ammissibile indicate circostanze più generali ovvero circostanze specifiche. Non mancano, poi, casi in cui circostanze specifiche e generali vengono combinate. Infine, è possibile che si escluda espressamente che l'insorgenza di determinate circostanze dia inizio alla procedura di *hardship*.

Se si sposta l'attenzione, invece, sulle *conséquences*, notiamo come l'ipotesi di *hardship* non si realizza per il semplice verificarsi degli eventi considerati nella clausola medesima (sub a.) ma quando a causa del *bouversement des circonstances* ha luogo, quello che nel modo più sobrio possibile viene definito un pregiudizio (i.e. le *conséquence* sub b.) per una delle parti.

Tuttavia, non si è sufficiente, nella maggioranza dei casi un qualsivoglia pregiudizio e per conseguenza uno squilibrio qualsiasi nell'economia contrattuale, ma è frequentemente precisato che debba trattarsi di un pregiudizio considerevole. In questo caso si utilizza un parametro oggettivo. In altre ipotesi, invece, al criterio oggettivo del pregiudizio considerevole, si affiancano o si sostituiscono criteri

---

<sup>237</sup> Per quest'analisi e gli esempi riportati, V. ancora M. FONTAINE - F. DE LY, *op. cit.* 497

<sup>238</sup> Vedi H. ULLMAN, *op. cit.* 83. Un esempio di definizione *narrowly* del primo tipo potrebbe essere "[S]i le prix du fuel subissait une hausse ou une baisse de plus de 6 francs A la tonne, les parties se rapprocheraient pour examiner les modifications A apporter au contrat..." See E.D.F. c. St6. Shell Française, Cour de cassation [Cass.], La Semaine Juridique [J.C.P.] II No. 18810 (1976) note J. Robert. Un esempio del secondo tipo di definizione può essere invece il seguente: "[A]ny gross proven inequity that may result in unusual economic conditions not contemplated by the parties at the time of the execution of this Agreement may be corrected by mutual consent .. " Georgia Power Co.v. Cimarron Coal Corp., 526 F.2d 101, 103 (6th Cir. 1975), cert. denied, 425 U.S. 952 (1976).



soggettivi per qualificare le conseguenze prodotte sul contratto dagli eventi considerati in ipotesi. In questo secondo caso entrano in gioco parametri come l'*inequity* o l'*unfairness* rapportate ad un grado minimo di *unbalance* del contratto.

La questione più complessa, però, a questo punto resta la valutazione della sussistenza dell'*hardship*. Le clausole spesso impongono alla parte svantaggiata di notificare all'altra parte la supposta esistenza della situazione di *hardship*. Il mancato rispetto di questo obbligo può, in dipendenza dal requisito di tempo necessario, e nelle clausole più rigide, comportare la perdita del diritto di avvalersi della clausola. La notifica ha una grande importanza dal momento che consente di innescare il meccanismo di consultazione delle parti per accertare la presenza di questa condizione. Non è di certo facile addivenire a siffatta verifica, stante la naturale vaghezza dei criteri utilizzati. Inoltre, non è raro che quando la parte svantaggiata invochi la clausola l'altra parte, che potrebbe invece beneficiare del mutamento intervenuto, possa cercare di sottrarsi alla rinegoziazione. Pertanto, se le parti falliscono e non si raggiunge un accordo sulla esistenza o meno dell'*hardship*, è plausibile che la clausola stessa preveda l'intervento di un terzo estraneo o di un arbitro per comporre il contratto. Se il terzo stabilisce che non siano rispettate le condizioni inserite nella clausola il contratto dovrà proseguire inalterato, altrimenti si produrranno le conseguenze prestabilite.

L'aspetto più interessante delle clausole oggetto della nostra analisi risiede senza dubbio in questa seconda parte della clausola, in cui è previsto il *régime* applicabile<sup>239</sup>.

Possiamo così schematizzare le *legal consequences* dell'accertata *hardship*.

---

<sup>239</sup> E. C. ZACCARIA, *The effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*, in *International Trade & Business Law Review*, 2005, 135 ss.

*1. Suspension of the performance.*

Così come avviene per le ipotesi di *force majeure*, quando gli effetti determinati dall'evento imprevedibile sono di natura esclusivamente temporanea, l'obbligo d'adempire è solo provvisoriamente sospeso. Dopo il periodo concordato per la sospensione, tuttavia, se le circostanze che hanno cagionato l'*hardship* sono ancora presenti, le parti possono decidere di risolvere il contratto.

*2. Adaptation of the contract.*

Dal momento che l'*hardship* consiste in un'alterazione fondamentale dell'equilibrio del contratto, il suo verificarsi da diritto alla parte pregiudicata di richiedere, all'altro contraente, di rinegoziare i termini originari del medesimo<sup>240</sup>.

In realtà, è proprio nella rinegoziazione che risiede la peculiarità e l'elemento caratterizzante le clausole di *hardship*. La rinegoziazione è in primis rimessa alle parti stesse che devono cercare di ricostruire l'equilibrio originario alterato dalle sopravvenienze impreviste. I parametri-guida per la rinegoziazione hanno formulazioni tra le più differenti e possono ancora un volta essere ricondotte a criteri di natura oggettiva, soggettiva o mista<sup>241</sup>.

A questo punto è opportuno riflettere, però, su cosa avvenga nel caso in cui le parti nonostante la negoziazione non riescano a trovare un accordo. Le parti hanno l'obbligo di negoziare, ma non di raggiungere un accordo, pertanto, se le parti negoziano in buona fede l'obbligazione è assolta. Se l'*agreement* non è raggiunto, ma il fallimento non è imputabile a nessuna delle parti, il contratto

---

<sup>240</sup> Così H. KONARSKY, *op. cit.*423.

<sup>241</sup> Le clausole che fanno ricorso ai criteri oggettivi spesso, fanno leva su concetti come il ripristino del riequilibrio iniziale delle prestazioni delle parti, ad esempio *de façon à replecer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat*. La maggioranza delle clausole tuttavia optano invece i criteri soggettivi che rinviano a concetti come lealtà, correttezza, equità, buona fede, etc. Ad esempio: *afin que tout se passe en parfaite loyauté réciproquement*, o ancora *appropriate and equitable in the circumstances* Vedi M. FONTAINE, F. DE LY, *op. cit.*514

proseguirà secondo i termini originari, sempreché non sia stata inserita nella clausola medesima una specifica previsione che stabilisca quale sia la via da intraprendere in siffatto caso<sup>242</sup>.

Per questa ragione Schmitthoff afferma acutamente che “*a hardship clause without sanctions is hardly worth the paper on which it is written*”<sup>243</sup>.

Di nuovo la soluzione al problema in questione può essere il ricorso ai servizi di un soggetto terzo. Il ruolo del terzo è in questo caso molto delicato, poiché egli sarà lo strumento, attraverso cui la clausola esplicherà i suoi effetti in concreto.

Infatti, in virtù del potere conferitogli dalle parti, egli adatterà il contenuto del regolamento contrattuale al mutamento delle circostanze. La qualificazione professionale, l’esperienza, e la competenza di questo soggetto sono quindi essenziali, onde evitare che l’intervento di un terzo, privo di una conoscenza specifica relativa al settore del business cui il contratto afferisce, possa trasformarsi in un esercizio arbitrario del proprio “potere” e possa arrecare un danno irreparabile, pregiudicando irrimediabilmente l’intero rapporto tra le parti<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> E. C. ZACCARIA, *op. cit.* 154 la quale rinvia ad lodo arbitrale a riprova della tesi sostenuta. Nel caso di specie, il contratto riguardava la fornitura di *crude oil*. Nel contratto le parti avevano inserito una clausola che li obbligava a rinegoziare i termini dell’accordo in caso di variazione del tasso di cambio. In seguito ad un aumento del prezzo del greggio una delle parti richiede la rinegoziazione, sostenendo di poter assimilare l’aumento del prezzo ad un mutamento del tasso di cambio. Quando la negoziazione fallisce la parte svantaggiata chiede di essere dispensata dall’adempimento dell’obbligazione e si rivolge al collegio arbitrale. Gli arbitri, oltre a negare la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione, (posto che l’aumento del prezzo non è riconducibile in alcun modo alla variazione del tasso di cambio) stabiliscono che in ogni caso anche qualora un’obbligazione siffatta fosse esistita questa sarebbe stata adempiuta semplicemente impegnandosi a condurre le trattative in buona fede e se queste non avessero condotto ad un accordo, il contratto avrebbe dovuto proseguire inalterato nei suoi termini. La risoluzione infatti non sarebbe stata possibile a meno di una specifica disposizione contrattuale che la preveda. Lodo No 2478, 1975 in *Clunet*, 1975, 925.

<sup>243</sup> C. M. SHMITTHOFF, *Hardship and intervent clause*, in *Journal of Business Law*, 1988, 82 ss.

<sup>244</sup> H. KONARSKY, *op. cit.* 424 ma anche M. PRADO, Conference Report, Force Majeure and Hardship, Paris, 8 March 2000, organized by the ICC at [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org).

### 3. *Termination of the contract.*

Nel caso di hardship, l'analizzanda clausola può prevedere la possibilità di risolvere il contratto. Tuttavia, va tenuto in mente che la *termination of contract* non è lo scopo principale delle parti, quando nel contratto è stata inserita una clausole di hardship<sup>245</sup>.

La *résiliation du contract*, in quanto soluzione drastica ed estrema, viene, di solito, utilizzata come risorsa ultima, rimedio tranchant all'esito fallimentare della rinegoziazione.

La principale critica che viene mossa a questo genere di clausole è quella di creare instabilità introducendo ambiguità nel contratto<sup>246</sup>.

Per controbattere a queste critiche è opportuno in primis ricordare che esse sono inserite in contratti già di per se esposti ad un alto livello di rischio<sup>247</sup>.

Per esemplificare e rendere maggiormente intellegibile l'idea ad essa sottesa potremmo dire che la clausola di hardship segue una kantiana "ermeneutica della finitudine". Kant, nel suo processo alla ragione, pone nei diversi ambiti esperienziali, un limite alla ragione umana, rendendola finita e condizionata: ma, allo stesso tempo, è proprio grazie a questa finitudine che riesce a riaffermarne il potenziale ed a individuare la legittimazione e il fondamento delle varie facoltà umane nell'ambito dei confini in cui essa è ricondotta.

Allo stesso modo "funziona" la clausola di hardship. Infatti essa, se da una parte introduce un elemento d'incertezza all'interno del

---

<sup>245</sup> H. KONARSKY, *op. cit.* 424-425.

<sup>246</sup> ULLMAN *op. cit.* 82; Doudko scrive " *the doctrine of hardship by its very nature injects into contract law an element of uncertainty that highly undesirable in commercial relations.*" A. G. DOUDKO, *Hardship in Contract: The Unidroit Principles Approach and Legal Developments in Russia in Uniform Law Review*, 2000, 483. D. TALLON *Hardship in Towards a European Civil Code*. Kluwer Law International, 2004, 499 e ss.

<sup>247</sup> Ovviamente non deve trattarsi di contratti c.d. aleatori. Si definiscono contratti aleatori i contratti nei quali vi è incertezza sui reciproci sacrifici delle parti. Qualunque contratto anche se non aleatorio in senso tecnico implica un certo grado di rischio c.d. alea normale, ma nei contratti aleatori il grado di rischio supera questa soglia. A. TORRENTE-P.SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, diciannovesima edizione, Giuffrè Milano 2009, pag 466.

regolamento contrattuale, sfidando in un certo senso l'assolutezza del principio della *sancity of contract*, dall'altra pone dei limiti tutto sommato certi entro cui le parti possono agire (come abbiamo visto nelle clausole di hardship spesso s'indicano le circostanze che possono dare luogo all'hardship e quelle che, invece, cadono fuori dall'ambito di applicazione della stessa, così come le conseguenze cui il contratto va incontro una volta verificata la sussistenza dell'hardship, nonché il régime a cui sarà sottoposto il contratto se si accerta l'intervenuta hardship). Attraverso la clausola de qua, non si vuole mettere in discussione un contratto per ogni minimo mutamento intervenuto dopo la sua conclusione, ma si dà alle parti uno strumento per introdurre un elemento di flessibilità onde evitare che la parte svantaggiata da un cambiamento notevole delle circostanze sia costretta comunque ad adempiere l'obbligazione secondo i termini originariamente pattuiti. Considerare l'adempimento non esigibile solo quando vi si opponga un'impossibilità fisica andrebbe ad oltrepassare il comune senso di giustizia ed equità, tutte le volte in cui la prestazione in presenza di sopravvenienze, ancorché materialmente possibile appaia onerosa in modo eccessivo per uno dei contraenti.

## **2. La clausola di hardship nei principi Unidroit**

Il verificarsi di uno squilibrio delle posizioni contrattuali in un momento posteriore alla conclusione del contratto, in particolare nella fase della sua esecuzione, è disciplinato nei Principi Unidroit con la previsione di regole che accolgono l'esigenza di non gravare solo su una delle parti le conseguenze di circostanze impreviste. Tali norme hanno l'obiettivo di giungere ad una soluzione che, nel bilanciamento degli interessi delle parti, privilegi per quanto possibile la

prosecuzione del rapporto. Con tutta evidenza, le scelte compiute dai redattori, cercano di dare risposta alle istanze degli operatori commerciali che, come si è già avuta occasione di notare, mostrano l'esigenza di fare affidamento nella continuità del rapporto e di sicurezza del suo equilibrio. I Principi Unidroit, nel prendere atto di questa situazione, stabiliscono norme valide anche per l'ipotesi in cui il singolo contratto non si preoccupi di disciplinare le sorti del contratto stesso in caso di hardship, e possono fungere da punto di riferimento quando si tratti di interpretare o integrare il contenuto di clausole contrattuali di hardship inserite nel regolamento contrattuale<sup>248</sup>.

Nel corso di questa analisi non si può non prendere in considerazione l'importanza che i Principi rivestono in questo specifico ambito. Infatti, come il professor Draetta<sup>249</sup> fa notare, anteriormente alla prima edizione del 1994 dei principi, l'hardship non trovava un proprio autonomo spazio al di fuori della prassi commerciale, di cui è il frutto.

Con la pubblicazione dei Principi all'hardship è stata dedicata una sezione ad hoc e delle disposizioni specifiche. L'edizione dei principi ha quindi sancito il riconoscimento del principio di hardship indipendentemente da una disposizione contrattuale ad hoc.

Va, altresì rilevato che, in precedenza nessun lodo arbitrale, o almeno nessun lodo reso pubblico, aveva mai messo in discussione il principio *pacta sunt servanda*, stabilendo l'adattamento del contratto alle mutate circostanze, in assenza di una clausola a ciò rivolta<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Così D. CORAPI, *op. cit.* 35

<sup>249</sup> U. DRAETTA, *op. cit.*, 297-298.

<sup>250</sup> C. KESSEDJIAN, *Competing Approaches to Force majeure and hardship*. in *International Review of law and Economic*, 2005, 420. In un lodo arbitrale del 1975 in effetti il collegio acconsentì all'adattamento del prezzo tuttavia non argomentò sulla base della clausola *rebus sic stantibus* ICC award in case no. 2291, JDI 1976, p. 989.

Premessa essenziale della nostra discussione è la collocazione delle norme sull'hardship nell'economia strutturale dei principi. Gli articoli 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, afferenti alla materia di cui si tratta, trovano collocazione all'interno del capitolo 6 rubricato "Performance". Averli situati in questo specifico capitolo rivela che, nell'intenzione dei redattori dei principi, l'hardship si situa in un contesto di esecuzione del contratto, nel senso che le disposizioni sembrano avere come obiettivo quello di renderla possibile a dispetto della situazione di hardship<sup>251</sup>.

Un'ulteriore osservazione preliminare, d'imprescindibile rilievo, riguarda il legame della teoria dell'hardship presente nei principi *de quibus* con due principi fondamentali del diritto, che ne costituiscono il *background* culturale e le precondizioni della sua elaborazione: il principio di buona fede ed il principio del *favor contractus*.

1) Il principio di buona fede.

La primaria importanza di questo principio, in tale contesto, nasce dal fatto che esso rappresenta contemporaneamente la "risorsa" grazie alla quale è possibile la riforma del contratto e il risultato di questa. Il principio di buona fede ha interiorizzato la funzione di introdurre flessibilità nelle relazioni contrattuali, incoraggiando la cooperazione al fine di mantenere in vita il negozio giuridico, attraverso l'*adjustment* del medesimo, nel caso in cui si verifichi un sensibile mutamento delle circostanze. Il principio di buona fede è inserito nell'art 1.7 dei principi Unidroit, in cui si stabilisce che esso rappresenta un valore fondamentale che deve permeare l'intera vita del contratto (i.e. fase precontrattuale, la fase di conclusione del contratto e la fase successiva alla sua *conclusion*). Questo principio riflette l'esigenza della prassi commerciale, la quale si aspetta che giudici ed

---

<sup>251</sup> U. DRAETTA, *ibidem*.

arbitri sappiano prontamente fronteggiare in modo giusto e corretto le rapide evoluzioni del settore commerciale stesso. Per questa ragione, l'affermazione della teoria dell'*hardship* si considera possibile solo sotto l'egida del principio di buona fede. È opportuno chiarire che, essendo state introdotte disposizioni specifiche sull'*hardship*, il principio di buona fede non serve come base in senso tecnico per reagire all'*hardship*, ma è il *presupposto* che ne ha consentito l'elaborazione e ne giustifica l'esistenza<sup>252</sup>.

2) Il principio del *favor contractus*.

In realtà si considera che questo principio sia una derivazione diretta del principio di buona fede<sup>253</sup>, tuttavia è di importanza tale da poter dire con tranquillità che se ne sia autonomizzato. Quest'importanza del *favor contractus* è connaturata all'esigenza delle parti di mantenere il contratto tutte le volte in cui ciò sia possibile, favorendo l'adempimento piuttosto che la *termination* dello stesso. In relazione all'*hardship* chiaramente si evince come lo scopo sottostante all'elaborazione delle clausole di *hardship* sia proprio quello di non lasciare nulla di intentato per adattare il contratto all'intervenuto mutamento delle circostanze, in ossequio proprio a questo principio. Come a breve si dirà, secondo i Principi Unidroit una volta constatata la sussistenza dell'*hardship*, la parte svantaggiata avrà la possibilità di chiedere la rinegoziazione del contratto. Se le parti non raggiungono un accordo in un tempo ragionevole, ciascuna di essere potrà rivolgersi ad un arbitro o ad un giudice, il quale avrà a sua volta il potere di adattare il contratto oltre che di rescinderlo. Il principio in questione è considerato, nella visione che permea gli Unidroit Principle, come un valore fondamentale a cui dovrà confarsi ogni fase della vita del

---

<sup>252</sup> Così A. DOUDKO, *Hardship in contract: The approach of the Unidroit principles and legal development in Russia*, in *Uniform Law Review*, 2003, 483 ss.

<sup>253</sup> <sup>253</sup> M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2nd ed., Transnational Publishers, Inc., N.Y., 1997, 117-119



contratto. La posizione assunta dai redattori dei principi mostra, a questo proposito, una coerenza tale da non avere precedenti di sorta, nemmeno la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili<sup>254</sup>.

Questa fondamentale importanza del principio in questione la si può anche evincere dall'impostazione sistematica accolta dai principi, che, come si è già detto, inserisce la disposizione sull'hardship nel capitolo relativo all'adempimento.

### *2.1 Obbligatorietà del contratto*

Le norme sull'hardship contenute negli Unidroit Principles, si aprono con la riaffermazione, quale regola generale, del principio del carattere vincolante del contratto. Esso impone che lo stesso trovi esecuzione anche qualora la prestazione diventi maggiormente onerosa rispetto a quanto originariamente previsto. L'articolo 6.2.1, rubricato *Contract to be observed* recita:

*Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.*

L'articolo in questione incorpora ed assorbe il principio *pacta sunt servanda*<sup>255</sup>. Esso stabilisce, in parole semplici, che le parti non possono liberarsi da un contratto per il semplice fatto che adempierlo

---

<sup>254</sup> Vedi ancora A. DOUDKO, *op cit.*490

<sup>255</sup> Principio fondamentale, universalmente riconosciuto del diritto internazionale generale, su cui si basano le relazioni internazionali tra gli Stati, secondo cui i patti, i trattati, le intese o più in generale gli accordi tra gli Stati vanno rispettati, come icasticamente sancisce l'art. 26 della Convenzione sul diritto dei trattati di Vienna (23 maggio 1969) rubricata, espressamente, *Pacta sunt servanda*, che afferma: «Ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere da esse eseguito in buona fede».

sia divenuto più oneroso di quanto originariamente preventivato e perciò, cessa di essere fonte di profitto<sup>256</sup>.

Come sappiamo, però, il testo degli articoli contenuti nei Principi Unidroit, non può che essere letto in connessione sia con il commento ufficiale, sia con le illustrazioni che li corredano. In effetti il commento in quest'ipotesi ha una funzione propedeutica all'ermeneutica della norma di non secondaria importanza. Il commento, rispetto a quanto già detto attraverso le parole dell'articolo, aggiunge che il principio *pacta sunt servanda*, per quanto fondamentale nell'importanza, non ha carattere assoluto. Dal momento in cui si verifica un cambiamento delle circostanze tale da condurre ad una fondamentale alterazione dell'equilibrio contrattuale, allora la regola in questione può essere derogata, secondo le regole precisate negli articoli che seguono. Il concetto che i redattori hanno così espresso, è stato fatto proprio, ad appena due anni dalla pubblicazione dei principi, da un lodo arbitrale della ICC International Court of Arbitration di Zurigo in cui si sottolinea che, la natura eccezionale dell'*hardship*, richiede una "*fundamental alteration*" dell'equilibrio originario del contratto e che non sia sufficiente un mero incremento dei costi nel caso di specie<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Così A. DAWWAS, *Alteration of the contractual equilibrium under Unidroit Principles*, in Pace International Law Review Online Companion. M vedi anche O. LANDO *The CISG and the UNIDROIT Principles in a Global Commercial Code*, in *Melanges offerts a Marcel Fontaine* 451, 465 (2003); A. CARLSEN, *Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied When the CISG is the Governing Law?*, disponibile in <http://www.jus.uio.no/pace/can-upicc-hardship-provisions-be-applied-when-cisg-is-governing-law,anja.carlsen/landscape.pdf>.

<sup>257</sup> Due contraenti, uno olandese ed uno turco, concludono un contratto per l'installazione di una macchina che produce zollette di zucchero. Dopo la conclusione del contratto il compratore turco rifiuta di pagare il prezzo pattuito come anticipo sulla base di difficoltà finanziarie dovute al crollo della domanda nel mercato dello zollette di zucchero. Le parti falliscono nel tentativo di rinegoziare il contratto e il venditore olandese dichiara il contratto risolto e chiede il risarcimento del danno. La Corte arbitrale non accoglie siffatta argomentazione sulla base del fatto che lo squilibrio verificatosi non può essere considerato fondamentale. Il contratto in realtà non era governato dai principi Unidroit, ma dal codice civile Olandese. La Corte arbitrale però sottolineò come i Principi sarebbero stati anch'essi legge applicabile, giustificando tale scelta sulla base del fatto che, applicando la legge

Secondo Maskow<sup>258</sup> riaffermare in questa sede la natura vincolante del contratto è qualcosa di superfluo, in quanto essa sarebbe già ovvia ed evidente di per sè, oltre ad essere già stata precisata in maniera analoga nell'art 1.3 dei Principi stessi. L'art 1.3, ribadisce il *binding character of the contract*, e il commento ufficiale spiega il riferimento al principio *pacta sunt servanda* in quanto principio basilare del diritto dei contratti. La scelta di puntualizzarlo nuovamente nella sezione dell'*hardship* si spiega con la volontà di rendere chiaro, ancora una volta, che i Principi prendono in considerazione la regola aurea *pacta sunt servanda* come norma fondante e che all'adattamento del contratto, dal momento che contrasta con tale principio, si può fare ricorso solo come risorsa straordinaria.

Tuttavia, ciò non toglie, come scrive Brunner<sup>259</sup>, che l'*hardship exemption* chiaramente prevede che il debitore non sia vincolato alla promessa fatta, tramite la conclusione del contratto, nonostante adempiere non sia impossibile, altrimenti si giungerebbe alla distruzione dello squilibrio tra prestazione e contro-prestazione.

Infine il commento ufficiale chiarisce la ragione della scelta del termine "hardship". Il fenomeno dello squilibrio sopravvenuto del contratto è preso in considerazione, come sarà chiarito nel terzo capitolo, in diversi ordinamenti statali con terminologie diverse. La preferenza è stata data però al concetto di *hardship*, in quanto espressione comune nell'ambito del commercio internazionale.

---

Olandese in un contesto internazionale, bisognerebbe tenere conto di quale sia il punto di vista maggiormente seguito nell'ambito dei contratti commerciali internazionali.

<sup>258</sup> D. MASKOW *op. cit* 661

<sup>259</sup> C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance, in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2008,391.

## 2.2 Definizione di Hardship

Le disposizioni sull'hardship proseguono con la definizione del concetto di Hardship, contenuta nell'art 6.2.2. La definizione si presenta sotto forma di una descrizione generale e non come un'elencazione. La definizione presente nella citata norma appare complessa, dal momento che definisce non solo la natura del maggior onere, ma include anche i fattori che devono contemporaneamente sussistere con tale maggior onere per rendere l'hardship legalmente rilevante<sup>260</sup>.

Nella prima parte della norma si chiarisce come la situazione di hardship, da intendere in senso restrittivo, sia essenzialmente un cambiamento realmente drammatico nell'equilibrio del contratto.

Successivamente si precisa come il disequilibrio possa derivare sia da un incremento dei costi di esecuzione dell'obbligazione per la parte svantaggiata, sia dalla diminuzione del valore della controprestazione da essa ricevuta<sup>261</sup>.

Nel primo caso, il commento rende manifesta l'irrilevanza della tipologia di evento che ha cagionato l'incremento, statuendo che questo possa derivare da un *“dramatic rise in the price of the raw materials necessary for the production of the goods or the rendering of the services, or to the introduction of new safety regulations requiring far more expensive production procedures”*<sup>262</sup>.

Nella seconda ipotesi si includono i casi in cui la performance che la parte svantaggiata ha diritto di ricevere ha del tutto perso di significato per la parte, dal momento che lo scopo della prestazione non possa essere raggiunto, (i.e. *frustration of purpose*).

---

<sup>260</sup> Così J. M. PERILLO, *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Sezione D. disponibile in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html>

<sup>261</sup> Così MASKOW, *op. cit.* 662

<sup>262</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

Viene precisato, però, che nel caso della diminuzione del valore questa debba essere apprezzabile in base a parametri oggettivi, dovendosi considerare di nessuna rilevanza un mero cambio di opinione sul valore della stessa. In relazione alla *frustration of purpose* invece, si precisa che per verificarsi siffatta circostanza lo scopo era noto o avrebbe dovuto essere conosciuto da entrambe le parti. Il nodo centrale della questione è, quindi, di stabilire quando uno squilibrio può dirsi decisivo o meno in ciascun caso.

Innanzitutto, è bene puntualizzare come in nessuna ipotesi si possa utilizzare questa norma per far in modo che la controparte sopporti i normali rischi riconnessi al contratto. Tutto ciò che può farsi rientrare nell'alea normale non può costituire hardship.

Al contrario, cambiamenti straordinari nel mercato e le conseguenze di eventi che vanno molto oltre i rischi connessi allo sviluppo economico, possono esservi ricompresi.

Il commento alla norma, anche questa volta, è uno strumento utile per comprendere appieno cosa voglia intendersi per “*fundamental*”. Lookofsky<sup>263</sup> rileva al riguardo che, mentre la disposizione normativa non sia invero stata modificata nel corso delle edizioni, lo stesso non possa dirsi per il commento.<sup>264</sup> Per mettere in risalto la pregnanza di tale modifica, invita ad immaginare di porsi la domanda se un incremento del costo o una diminuzione del valore abbiano alterato in modo fondamentale l'equilibrio di uno specifico contratto, prima nel 1994 e successivamente nel 2004 (e noi possiamo aggiungere nel 2010 a seguito della pubblicazione della terza edizione). La risposta scrive “*is blowing in the wind*”<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> J. LOOKOFSKY, *op. cit* 439

<sup>264</sup> M. P. FURMSTON *The UNIDROIT Principles and International Commercial Arbitration, A New Lex Mercatoria*. ICC, 1995. p. 199 - 209.

<sup>265</sup> J. LOOKOFSKY, *idem* 440

Il commento ufficiale dell'edizione del 1994, prevedeva un *threshold test* generale in base al quale un'alterazione superiore o pari al 50% del costo originariamente previsto o del valore originariamente stimato, comporta un mutamento nell'equilibrio contrattuale tale da poter essere considerato fondamentale.

Tuttavia, anche a seguito di diverse critiche provenienti da autorevole dottrina<sup>266</sup>, sin dall'edizione successiva il parametro-soglia non fu più riproposto. Il testo del comment, oggi stabilisce che “*Whether an alteration is <<fundamental>> in a given case will of course depend upon the circumstances.*”<sup>267</sup>.

Gli autori dei principi hanno ritenuto preferibile effettuare una sostanziale modifica dell'originaria definizione, anche se l'intervento modificativo è avvenuto attraverso il testo del commento e non della norma in se. Se Lookofsky<sup>268</sup> si trova a condividere siffatta scelta, sostenendo che, in concreto, può considerarsi un'alterazione fondamentale che dipende, in massima parte, dalle circostanze del caso.

Dawwas<sup>269</sup> non manca di far notare come nell'ipotesi in cui il *bouleversement de circonstances* non si traduca in un incremento dei costi di almeno il 50%, ovvero il valore della prestazione non

---

<sup>266</sup> Vedi, ad esempio, Brunner, il quale supporta la tesi per cui la soglia dovrebbe essere innalzata ad un valore che può oscillare tra l'80 e il 100%, ( C. BRUNNER op.cit, 427) mentre, al contrario, Doudko considera il parametro soglia del 50% adeguato per contratti commerciali internazionali stante l'ingente valore degli stessi, quanto meno nella maggioranza dei casi. Sottolinea che invece il medesimo parametro non sarebbe un valore congruo nella *domestic practice*, soprattutto in stato caratterizzati da una situazione politica ed economica piuttosto instabile. A,DOUDKO op.cit 496

<sup>267</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>268</sup> J.LOOKOFSKY *ibidem* Lo stesso autore argomenta “*Beyond this, the fact that some parties, in some cases, voluntarily draft hardship clauses or re-negotiate their international contracts and grant each other hardship concessions does not necessarily provide support for a generally applicable (gap-filling) hardship rule, since the custom among those merchants who seek to preserve their contractual relationships ought not be generalized into a rule applicable even in situations where one contracting party has lost the other party's trust.* J.LOOKOFSKY *The Limits of Commercial Contract Freedom Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law*, disponibile in <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky6.html>.

<sup>269</sup> A. DAWWAS, *op. cit.* 10

diminuisca almeno del medesimo valore, non si possa avere un alterazione dell'equilibrio contrattuale sussumibile nell'art 6.2.2.<sup>270</sup>

Egli supporta la propria tesi sostenendo che tale affermazione trovi costante conferma nella prassi giurisprudenziale, arbitrale.

Nelle decisioni arbitrali, ad esempio, un incremento dei costi pari al 30%, 44% non siano stati considerati tali da tradursi in uno squilibrio della prestazione definibile come <<fondamentale>><sup>271</sup>.

A sostegno di queste considerazioni si riporta un caso abbastanza recente deciso dalla Suprema Corte di Cassazione belga. I giudici, nella vertenza in esame, hanno statuito che, in un contratto di vendita di tubi d'acciaio, un incremento del prezzo dell'acciaio di circa il 70%, realizzava uno squilibrio delle prestazioni contrattuali tale da consentire al venditore di chiedere la rinegoziazione del prezzo<sup>272</sup>.

Da ultimo, è opportuno evidenziare come permanga qualche critica a questa prima parte della norma. Kessedjian<sup>273</sup> non manca di far notare la sussistenza di quella che ai suoi occhi appare come un'evidente contraddizione in termini. La professoressa della seconda Università di Parigi ritiene incoerente considerare la sussistenza dell'hardship quando si verifica un incremento dei costo o una diminuzione del valore della prestazione, dal momento che nell'articolo precedente si riteneva possibile invocare l'hardship solo in "circostanze eccezionali". Se si fosse voluta mantenere una certa *consistency* con il dettato della norma precedente, l'aumento del costo o la diminuzione del valore avrebbero dovuto essere qualificati nel

---

<sup>270</sup> D.MASKOW op. cit 662; J.PERILLO op,cit 22; S.H.JENKINS 2028; A.DOUDKO op.cit 495, J. RIMKE *Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Contracts* in Peace Review of the Convention on Contracts for the International Sales of Goods Vol 193,2001,239.

<sup>271</sup> GIRSBERGER D.- ZAPOLSKIS P. *Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption* in *Jurisprudence*, Vol 19(1), 2012,126.

<sup>272</sup> <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1456&step=Abstract> .

<sup>273</sup> C. KESSEDJIAN nell'opera più volte citata, 421.

testo della norma (i.e *the black letter*) come <<sostanziali>>, del pari di quanto avviene nel commento. Invero, la critica non pare d'importanza fondamentale, dato lo stretto legame esistente tra la *black letter* ed il commento alla stessa, che più volte è stato ribadito.

L'articolo 6.2.2, accanto alla definizione generale di hardship, che è già stata analizzata, richiede che siano soddisfatte ulteriori condizioni:

- 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*<sup>274</sup>.

Secondo Prado<sup>275</sup> è, perciò, opportuno focalizzare l'analisi su tre aspetti fondamentali: La natura dell'evento perturbante, il momento in cui l'evento si produce, l'*imprévisibilité* e l'*extériorité*.

In relazione al primo elemento considerato, i principi non fanno alcuna aprioristica selezione, come si è già avuto modo di accennare prendendo in considerazione la prima parte dell'articolo.

Per quanto concerne invece il *moment de manifestation* esso può essere, come si evince dal primo punto dell'articolo *de quo*, può essere anteriore o successivo alla conclusione del contratto medesimo. Tuttavia, se l'evento è anteriore, la norma richiede che la parte lesa

---

<sup>274</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>275</sup> M. C. A. PRADO *La théorie du hardship dans les Principes Unidroit relatif aux contrat du commerce international. Un approche comparative des principe set les solution adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, 323 ss



non abbia potuto averne conoscenza al momento in cui il contratto è stato concluso. Altrimenti la parte, consapevole dell'evento, sarebbe stata in grado di tenerne conto *ab orine* e di conseguenza di cautelarsi allora. Se non lo ha fatto dovrà necessariamente sopportarne l'onere, senza possibilità di scaricarlo, in seguito, sulla controparte.

La lettera b) dell'articolo prende invece in esame il carattere della prevedibilità. Infatti condizione necessaria per invocare la teoria dell'*hardship* è che l'evento perturbante fosse "ragionevolmente" imprevedibile, per la parte che subisce il pregiudizio, al momento della conclusione del contratto.

Da apprezzare l'inserimento dell'avverbio "ragionevolmente"<sup>276</sup>, dal momento che questo rende possibile evitare l'utilizzo di parametri assoluti tali da poter ricadere nel rischio di un rigorismo assoluto e controproducente. Tuttavia, non risolve del tutto i possibili problemi che al riguardo possono manifestarsi, dal momento che lascia ampi margini per l'interpretazione. Per questa ragione, i redattori hanno ritenuto opportuno inserire due *illustrations*: nel primo caso, due contraenti fittizi stipulano un contratto quinquennale per la fornitura di greggio a prezzo fisso. Due anni dopo, la guerra scoppiata tra i paesi vicini provoca una crisi globale del mercato petrolifero, con un conseguente drammatico incremento del prezzo; nel secondo caso, il contratto prevede il pagamento nella moneta di un Paese X già soggetta, per la verità, prima della conclusione del contratto, ad una lenta svalutazione, a seguito d'una crisi politica. Purtuttavia, la moneta in questione subisce un'improvvisa svalutazione d'eccezionale ed imprevista entità, ben superiore all'80%.

---

<sup>276</sup> Per uno studio completo sul termine ragionevole vedi V. FORTIER *Le Contract du commerce international à l'aune du raisonnable*, in *Journal du Droit International*, n°2, 1996, 315ss

Nel primo caso si ritiene che la teoria dell'hardship non possa essere applicata, stante il fatto che le parti avrebbero potuto prevedere lo scoppio della guerra.

Nel secondo caso, invece, si propende per l'applicabilità dell'hardship vista l'imprevedibilità della crisi politica che ha cagionato il drammatico deprezzamento della moneta. Le *illustration* riportate hanno la finalità di indirizzare verso un'interpretazione in base alla quale è preferibile verificare se al momento della conclusione del contratto la parte potesse presagire l'impatto dell'evento sul contratto piuttosto che l'evento in se<sup>277</sup>.

Il cosiddetto *foreseeability test*<sup>278</sup> è uno dei punti più critici della teoria dell'hardship nei principi Unidroit. Come rimarcato da Doudko<sup>279</sup>, è d'importanza fondamentale specificare un equo criterio di probabilità, essendo inaccettabili approcci troppo ottimistici o, al contrario, troppo pessimistici. Nella realtà, tutti gli eventi sono prevedibili in un modo o nell'altro, dal momento che, quasi sempre, sono disponibili informazioni sufficienti per formulare previsioni realistiche, fermo restando che sussistono fisiologicamente dei limiti cognitivi sulla capacità umana di prevedere il futuro. È, inverosimilmente, diverso dover studiare gli eventi già verificatisi, piuttosto che cercare di prevederli *ex ante*.

Ovviamente, poiché sovente sia i giudici che gli arbitri si trovano ad analizzare gli eventi a posteriori, ciò crea il rischio che, essendo a conoscenza dell'avvenuto mutamento delle circostanze, essi lo considerino ragionevolmente prevedibile, per il fatto che in concreto si

---

<sup>277</sup> Per questa v ancora . M. PRADO op cit.363

<sup>278</sup> Per un analisi dettagliata su mutamento delle circostanze e *foreseeability test* vedi J. ELOFSON *The Dilemma of Changed Circumstances in Contract Law: An Economic Analysis of the Foreseeability and Superior Risk Bearer Tests* in Columbia Journal of Law and Social Problems, vol 1, 1996, 30ss ; Ma anche C.G. BROWN *The Doctrine of Impossibility of Performance and Foreseeability Test* in Loyola University Chicago Law Journal, 1975,575.

<sup>279</sup> A. DOUDKO, *op. cit.* 498-499

sia verificato, dimenticando di doversi porre con la mente al momento in cui l'evento perturbante non si era ancora verificato e le parti erano chiamate a fare una semplice prognosi. Bisogna, pertanto, evitare di sovrastimare l'importanza del *foreseeability test*, poiché vi è la possibilità d'incappare nel pericolo d'incentivare l'utilizzo di un potere eccessivamente discrezionale della giurisprudenza. Risultati dotati d'un maggior grado di prevedibilità e di un coefficiente minore di arbitrarietà potrebbero esser ottenuti, sempre secondo Doudko<sup>280</sup>, tramite criteri più trasparenti basati, ad esempio, sulla teoria dell'allocazione del rischio.

Così, l'analisi del rischio attraverso la valutazione dell'impatto sul contratto di specifiche variabili di mercato, potrebbe essere uno di questi.

Il terzo elemento che l'analisi di Prado estrapola dall'articolo 6.2.2 è, come abbiamo già evidenziato, l'*exteriorité*<sup>281</sup>.

Questa caratteristica può essere vista da due diversi punti di vista.

La prima prospettiva, d'immediata intuizione, è palesata dalla lettera c) della norma in questione. Questa pone come requisito imprescindibile, per poter far ricorso all'hardship, che l'evento perturbante, causativo del presunto squilibrio, sia al di fuori del controllo della parte svantaggiata. Il contraente leso non può, infatti, riferirsi all'hardship se l'evento che l'ha cagionato è ad esso riconducibile; il che significa, che la maggior onerosità nell'adempimento della prestazione, non può esser dovuta ad una propria azione od omissione o in ogni caso ad un proprio

---

<sup>280</sup> A. DOUDKO *ibidem*.

<sup>281</sup> L'*exteriorité* è un requisito su cui la dottrina, in particolare francese, si è lungamente soffermata (soprattutto in qualità di elemento caratterizzante la *force majeure*) A. DE LAUBARDÈRE-F. MODERNE-P. DEVOLVÉ *Traité de contrats administratifs*, 2 ed, Paris 1984, tomo 2, 590; Carbonie in particolare scrive: "L'evento che impedisce l'adempimento non libera la parte dal proprio obbligo se non a condizione che si verifichi al di fuori della sfera di cui risponde l'obbligato" J. CARBONNIER, *Les Obligations* 1985, 290.

comportamento negligente<sup>282</sup>. Gli eventi che generalmente possono esser considerati al di fuori del controllo del debitore sono, ad esempio, gli eventi naturali *or Act of God*<sup>283</sup>.

Riportiamo, adesso, un caso concreto, a titolo di esempio di un evento al di fuori del controllo delle parti:

L'attore, una società ucraina controllata al 100% da una società straniera, aveva stipulato un accordo di leasing operativo (di seguito "Accordo") con il convenuto, un'altra società ucraina, per la locazione di un veicolo necessario per svolgere le sue attività di costruzione. Successivamente, a causa della recente crisi economica globale il volume d'affari del ricorrente diminuiva sostanzialmente, ed egli dichiarava risolto l'accordo, invocando un sostanziale cambiamento delle circostanze su cui le parti hanno fatto affidamento al momento della conclusione dell'accordo. Il Tribunale di primo grado ha deciso a favore del richiedente sottolineando che la presenza della crisi economica globale e il conseguente calo della domanda di servizi dell'attore costituivano un evento imprevedibile indipendente dalla sua volontà e un valido motivo per la risoluzione del contratto. In appello, la Corte di secondo grado ha confermato la decisione riferendosi a questo proposito agli UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, i quali, sostiene la corte possono essere usati per interpretare il diritto nazionale. In particolare i giudici fanno riferimento all'art 6.2.2. "*Definition of Hardship*" per interpretarla part 1 del par 2 dell'art dell'art 652 del codice civile ucraino<sup>284</sup>.

Sussistono, tuttavia, ipotesi più problematiche.

---

<sup>282</sup> Così DAWWAS, *op. cit.* 12

<sup>283</sup> Secondo il Legal Information Institute della Cornell University si definiscono act of God: at common law, an overwhelming event caused exclusively by natural forces whose effects could not possibly be prevented (e.g., flood, earthquake, tornado). In modern jurisdictions, "act of God" is often broadened by statute to include all natural phenomena whose effects could not be prevented by the exercise of reasonable care and foresight. [http://www.law.cornell.edu/wex/act\\_of\\_god.//](http://www.law.cornell.edu/wex/act_of_god.//)

<sup>284</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1>

A titolo esemplificativo, possiamo prendere il caso degli scioperi. Se gli scioperanti sono impiegati presso un soggetto terzo, lo sciopero può considerarsi al di fuori del controllo della parte. Se, al contrario, gli impiegati sono i propri, stante la possibilità di porre rimedio alla protesta assecondando le richieste dei propri dipendenti, verosimilmente tale *ex opere* non sarà, con alto margine di confidenza, considerato un evento al di fuori del proprio controllo.

La seconda prospettiva sotto cui può manifestarsi il requisito dell'*exériorité* è che “*la partie lésée n’ait pas assumé le risque de la production de l’événement perturbateur*”<sup>285</sup>.

L’assunzione del rischio non deve necessariamente avvenire in modo espresso ma può anche essere derivata dalla natura del contratto stesso. Vi sono, infatti, tipologie di contratti, cosiddetti aleatori, altamente speculativi, in cui la parte si assume un certo elevato grado di rischio, anche se al momento della conclusione del contratto, non fosse del tutto consapevole dell’entità di questo rischio. Quando il contraente accetta d’obbligarsi in queste tipologie contrattuali, caratterizzate da un’alea superiore a quella normale, accetta, per conseguenza, che gli eventi possano volgere a proprio sfavore.

Per tale ragione, se questo dovesse accadere, anche se gli esiti fossero nettamente peggiori rispetto a quelli da esso pronosticati, sarà comunque tenuto ad adempiere all’obbligazione<sup>286</sup>.

È questa la logica che spiega il perché sia precluso il ricorso all’*hardship* nei contratti speculativi o aleatori.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> M. C. A. PRADO, *op. cit.* 363.

<sup>286</sup> In questi termini si esprime il commento ufficiale No 3 lettera d): *Under subparagraph (d) there can be no hardship if the disadvantaged party had assumed the risk of the change in circumstances. The word “assumption” makes it clear that the risks need not have been taken over expressly, but that this may follow from the very nature of the contract. A party who enters into a speculative transaction is deemed to accept a certain degree of risk, even though it may not have been fully aware of that risk at the time it entered into the contract*

In genere gli esempi più comuni di contratti siffatti sono i contratti assicurativi o contratti di borsa, aleatori per natura, in cui, come fa notare Brunner<sup>288</sup>, il debitore non può esser sollevato dall'onere dell'adempimento anche se il mercato viene sconvolto da eventi non previsti e non prevedibili.

Esistono, però, ipotesi di contratti in cui si verifica lo stesso fenomeno d'assunzione del rischio che, anche se non rientrano nei casi di scuola come i precedenti, sono comunque, ipotesi note alla prassi commerciale.

Si riporta a questo proposito un caso deciso dal Centre de Arbitraje de Mexicò. Nella specie, il *plaintiff* era un distributore Americano, il *defendant*, invece, un coltivatore messicano. Il contratto era governato, per gli aspetti sostanziali di ogni possibile disputa, dai principi Unidroit, per espressa scelta delle parti. Il Tribunale arbitrale decise che il convenuto non potesse invocare l'*hardship*, nonostante l'imprevedibilità dei cambiamenti metereologici che avevano cagionato lo squilibrio delle prestazioni, poiché mancava uno dei requisiti fondamentali richiesti dall'art 6.2.2., cioè, la mancata assunzione del rischio da parte del contraente leso. Nei contratti di distribuzioni di specifiche quantità di beni alimentari, il coltivatore si assume il rischio che le proprie colture possano esser distrutte da eventi accidentali, tra cui, in primis gli agenti atmosferici.

In relazione a questi *addictional criteria*, la dottrina ha fatto rilevare - in particolare la professoressa Kessedijan<sup>289</sup> - come potrebbe considerarsi superflua l'inclusione del quarto requisito.

---

<sup>287</sup> Cfr anche H VAN HOUTTE *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, in: *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Gaillard, (ICC Publ. Nr. 480,4), Paris 1993, 119, disponibile in [http://www.trans-lex.org/117300/#head\\_8](http://www.trans-lex.org/117300/#head_8) in cui si riporta anche un caso pratico.

<sup>288</sup> C. BRUNNER, *op. cit.* 425.

<sup>289</sup> C. KESSEDJIAN, *op. cit.* 421

È abbastanza logico, in effetti, che se l'evento si è verificato o è stato conosciuto dalla parte dopo la conclusione del contratto, essa non avrebbe potuto assumersene il rischio.

In definitiva, è stato comunque ben accolto e largamente apprezzato l'*objective approach*, seguito dei Principles nella redazione dell'art 6.2.2<sup>290</sup>. Il ricorso a parametri di natura oggettiva, che facciano sì che l'*hardship* si consideri sussistente se questi sono soddisfatti, rende superfluo valutare se le parti abbiano, nelle loro intenzioni soggettive, voluto porre alla base del loro rapporto l'esistenza di determinate condizioni. Questo modo d'accostarsi alla teoria dell'*hardship* è un grande passo avanti per ridurre quell'incertezza nell'applicazione di questa dottrina, che spesso, come c'è stato più volte modo di osservare, non è stata ben vista. Il che non significa tuttavia, che i Principi siano del tutto scevri da ambiguità nella loro attuazione pratica<sup>291</sup>.

Da ultimo, per completezza della disamina della norma citata, dobbiamo sottolineare come, nel commento ufficiale, i redattori dei Principi abbiano voluto palesare che l'*hardship* possa esser invocata solo per le prestazioni non ancora eseguite: "*once a party has performed, it is no longer entitled to invoke a substantial increase in the costs of its performance or a substantial decrease in the value of the performance it receives as a consequence of a change in circumstances which occurs after such performance.*"<sup>292</sup>.

Viene applicata la medesima regola anche per le prestazioni eseguite in modo parziale: analogamente, infatti, l'*hardship* non potrà

---

<sup>290</sup> V. MASKOW e DOUDKO nelle rispettive opere già citate in precedenza, per il primo pag 662, per il secondo pag495

<sup>291</sup> Afferma ancora Doudko: *the purpose of foreseeability test ight have been better served by reliance on the norms in respect of alteration of equilibrium and risk al location. In this way the foreseeability test might be dropped and preference given to defining the extent of the required disequilibrium an the risk allocation.* A. DOUDKO, *op. cit.*501

<sup>292</sup> Commento ufficiale No. 4. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

invocarsi per la parte già eseguita della *performance*, ma sarà possibile ricorrervi soltanto per le prestazioni non ancora eseguite<sup>293</sup>.

### 2.3 Effetti dell'*hardship*

Gli effetti dell'*hardship*, disciplinati dall'articolo 6.2.3, sono, sia di carattere procedurale, che sostanziale. Per quanto concerne l'aspetto procedurale, viene affrontato per primo il diritto della parte lesa di chiedere la rinegoziazione del contratto<sup>294</sup>. Per poter agire in questi termini, la parte richiedente dovrà informare la controparte, senza ritardo ingiustificato, delle ragioni sulla base delle quali invoca la sopravvenienza dell'*hardship*<sup>295</sup>. In particolare, la parte che reputa di aver subito gli effetti negativi dovuti al mutamento delle circostanze, dovrà comunicare all'altra:

- a) il sopraggiungere dell'*hardship*;
- b) le sue conseguenze sul contratto;
- c) il momento d'inizio delle negoziazioni<sup>296</sup>

La notifica quindi deve rispondere ad un requisito di completezza ed esaustività, dal momento che, la parte che non subisce gli effetti dell'*hardship*, legittimamente si attende l'esatto adempimento del contratto così come *ab origine* concordato e solo una comunicazione sufficientemente circostanziata potrà darle modo, una volta effettuata

---

<sup>293</sup> Sull'argomento vedi ancora DAWWAS nell'opera citata, 13.

<sup>294</sup> J. RIMKE, *Force majeure and hardship: Application in International trade practice with specific regard to the CISG and UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts* in Pace review of the Convention on Contract for the International Sale of Goods, 197 ss. disponibile in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>

<sup>295</sup> S. D. SLATER *Overcome by hardship: the inapplicability of the Unidroit Principles' hardship provisions to CISG*, in Florida Journal of International Law, vol. 42, 1998, 231ss.

<sup>296</sup> M. PRADO, *op. cit.* 367



l'analisi delle cause e degli effetti dell' eccessiva onerosità, di agire a salvaguardia dei propri interessi<sup>297</sup>.

Le ragioni sulla base della quali si fa ricorso all'hardship, possono esser omesse solo se siano talmente palesi ed ovvie da risultare pleonastica la loro riproposizione nella richiesta della parte lesa.

Alla notifica della sopravvenuta eccessiva onerosità vengo normalmente ricollegati, almeno tre effetti utili per la parte che si reputa svantaggiata:

1. funge da imput per dare avvio hai negoziati con la controparte, legittimando il contraente interessato a ricorrere ad un giudice o ad un arbitro se siffatto accordo, emendante il contratto, non viene raggiunto entro un termine ragionevole;
2. permette, almeno in linea di principio, la retrodatazione degli effetti della revisione, sia *ope iudicis* sia ad esito della negoziazione tra le parti, alla data della notifica;
3. può legittimare il notificante al rifiuto di eseguire la prestazione, anche se solo in casi eccezionali<sup>298</sup>.

Ma cosa avviene se la parte ritarda, senza giustificato motivo, nell'effettuare tutto ciò?

Secondo Rimke<sup>299</sup>, in tale eventualità, la parte non perde il proprio diritto di richiedere la rinegoziazione, ma il mancato rispetto di tali oneri si tradurrebbe verosimilmente nell'impossibilità d'accertare la sussistenza dell'hardship ovvero dei suoi effetti sul contratto. Anche Prado<sup>300</sup> è del medesimo avviso. Tuttavia, dopo aver fatto

---

<sup>297</sup> P. BERNARDINI, *Hardship e Force Mjeure* in Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit, a cura di M. J. BONELL e F. BONELLI, Giuffrè Milano, 1997, 193 ss.

<sup>298</sup> P. BERNARDINI, *op. cit.* 193 ss.

<sup>299</sup> J . RIMKE, *op. cit.* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html#182> Sezione B., lettera b).

<sup>300</sup> M. PRADO, *op. Cit* 368

notare come tale ipotesi non siano *ex professo* considerate, sia dalla *black-letter*, sia dal commento ufficiale, egli aggiunge che la lettura di entrambi fa propendere per accantonare l'ipotesi d'una sanzione di tipo preclusivo nei confronti della parte che non rispetta l'onere summenzionato, ma il ritardo o l'insufficienza del contenuto della richiesta di rinegoziazione potranno esser prese in considerazione dall'altro contraente o dai giudici, latamente intesi, soltanto al momento della verifica delle condizioni d'applicazione. Questa soluzione si pone, quindi, in contrasto con quelle rintracciabili nella prassi dei contratti commerciali internazionali, la quale, pur con soluzioni varie e differenti, opta nella maggioranza di casi, come già è stato accennato in precedenza, per la decadenza della parte lesa dal diritto a richiedere l'emendamento del contratto<sup>301</sup>.

È importante sottolineare come la previsione della rinegoziazione, quale prima immediata conseguenza dell'esistenza dell'*hardship*, rappresenti una scelta in favore della conservazione del contratto. In altre parole, è la scelta di preservare la relazione tra le parti, la *ratio* sottostante ai Principi Unidroit in tema di *hardship*, il cui scopo non è certamente quello di porre termine al contratto, bensì di "salvare" il contratto medesimo<sup>302</sup>.

Il testo dell'articolo 6.2.3<sup>303</sup> non contiene alcun riferimento ad un obbligo della parte richiesta di partecipare alla negoziazione. Tuttavia, dal commento emerge come siffatto obbligo sia del tutto coerente e conseguente ai principi di buona fede, inserito nell'art. 1.7 dei Principles, e di leale collaborazione tra le parti. Ciò significa che il creditore, il quale riceve la notifica, non potrà *sic et simpliciter*

---

<sup>301</sup> Così S. E. CIRIELLI, *op. cit.* 773ss.

<sup>302</sup> D. ROBERTSON, *Symposium paper: long-term relational contracts and Unidrot principles of international commercial contracts*, in Australian International Law Journal, 2010, Vol. 17 Issue 1, 185 ss.

<sup>303</sup> Il quale letteralmente recita: "In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based".

ignorarla o respingerla ma, sulla base dei principi suddetti, avrà il dovere d'impegnarsi nella negoziarne. In caso contrario, fa notare Brunner<sup>304</sup>, ciò potrebbe esser successivamente valutato negativamente dai giudici o arbitri aditi. Ciò nonostante, prosegue, il rifiuto d'intavolare i negoziati, non abilita di per sé il debitore a considerare il contratto risolto ovvero a chiedere il risarcimento dei danni. Anche la parte svantaggiata deve, però, mostrarsi in buona fede, avendo la reale convinzione dell'esistenza dell'hardship e non ricorrendo ad essa come mero espediente per rimettere in discussione, ad esempio, un contratto ritenuto non più vantaggioso o profittevole, rispetto a quanto originariamente auspicato.

Una volta intraprese le negoziazioni, tutte le trattative devono, a loro volta, esser condotte in buona fede, dovendo le parti mostrare la genuina intenzione di pervenire ad un accordo e ed impegnarsi concretamente ad addivenire a siffatto nuovo negozio anche se ciò implichi d'abbandonare qualcuna delle proprie richieste in favore del raggiungimento d'un equo compromesso. I contraenti, in ogni caso, non devono limitarsi ad un passivo ascolto delle altrui richieste, ma debbono cercare di comprenderle e di tenerle nella dovuta considerazione. Ovviamente, il dovere di rinegoziazione<sup>305</sup> non implica, tuttavia, un'obbligazione di risultato, ma solo di mezzi. Se le nuove trattative si sono protrate per un arco temporale appropriato alle circostanze, ma i contraenti non son riusciti a convenire modifiche tali da poter soddisfare gli interessi e le esigenze di entrambi, il dovere di

---

<sup>304</sup> Così C. BRUNNER, *op. cit.* 447-448

<sup>305</sup> Per un'analisi dettagliata sul dovere di rinegoziazione in generale vedi F. MACARIO *Razionalità limitata e tecniche nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista scuola superiore scienze dell'economia e delle finanze*, 2005, 119ss.; sul dovere di rinegoziazione nei principi Unidroit M.J. BONELL *An International Restatement of Contract Law: the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publisher, 2009.

rinegoziare sarà comunque stato adempiuto, essendosi le trattative svolte sotto l'egida del principio di buona fede<sup>306</sup>.

Tuttavia, imporre un semplice dovere di rinegoziazione in buona fede non è una garanzia sufficiente che le parti adottino un *seriuos and fair approach*.

Per questo motivo, l'art 2.15 dei Principi stabilisce un risarcimento per le negoziazioni condotte in male fede, che include sovente una somma a copertura delle spese sostenute. Altrimenti il rischio è che un simile obbligo di buona fede rimanga una semplice petizione di principio, puramente formale e priva di fattuale applicazione pratica<sup>307</sup>.

Come possiamo leggere nel suddetto 6.2.3, "*The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.*"<sup>308</sup>.

Come scrive Slater<sup>309</sup>, pertanto, la parte che si reputa soggetta agli effetti dell'hardship, non è automaticamente liberata, sulla semplice base dell'invio della richiesta di rinegoziazione<sup>310</sup>, dal proprio dovere d'adempiere la prestazione.

---

<sup>306</sup> Così il Tribunale arbitrale nel caso Kuwait v. Aminoil (American Independent Oil Company) in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* Editore ToJJ Weiler, in [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232936774610/martin\\_and\\_anthony\\_on\\_aminoil.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232936774610/martin_and_anthony_on_aminoil.pdf)

<sup>307</sup> Così Doudko, *op. cit.* 502

<sup>308</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>309</sup> S. D. SLATER, *op. cit.* 241

<sup>310</sup> In questi termini si è pronunciato un tribunale arbitrale, la cui decisione è stata confermata poi dalla Corte Suprema del Costa Rica. "Plaintiff, a company situated in Costa Rica, entered into a contract with Defendant, the Aviation Authority of Costa Rica, to repair the pavement of the airport in San José. When subsequently Defendant reduced the number of hours at night during which Plaintiff was expected to carry out the work, Plaintiff, invoking the considerable increase of costs of its work due to the reduced time allocated, suspended the work until agreement was reached with Defendant on the necessary adaptation of the contract price. The Arbitral Tribunal decided in favour of Defendant and in support of its decision referred not only to the relevant provisions of the Contract but also to Article 6.2.3(2) of the UNIDROIT Principles which states that in case of hardship the request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. Plaintiff challenged the award before the Supreme Court of Justice but the Supreme Court of Justice rejected the argument." In <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1781&step=Abstract>.

Nel commento ufficiale possiamo leggere la *ratio* di questa regola. Essa risiede nel carattere eccezionale dell'hardship e nel rischio di possibili abusi nell'utilizzo di questo straordinario rimedio, giacché un *withholding* della performance può giustificarsi solo in circostanze eccezionali<sup>311</sup>. È, difatti, il termine << *itself* >> ad aprire uno spiraglio ad un potenziale diritto al rifiuto della prestazione.

Pertanto, se di per sè l'hardship non consente d'invocare un siffatto diritto, possono sussistere circostanze straordinarie che legittimano un'eccezione alla regola<sup>312</sup>.

Il meccanismo creato implica, quindi, che, in difetto d'un accordo tra le parti per la sospensione del contratto, durante la nuova negoziazione e fino al momento in cui le parti non raggiungano un nuovo accordo ovvero intervenga la decisione d'un giudice<sup>313</sup>, la parte lesa dovrà continuare ad adempiere la prestazione, in virtù e nei termini del contratto originario<sup>314</sup>.

Un problema collegato alla rinegoziazione, stante l'ovvia assenza d'un obbligo di pergiungere ad una revisione del regolamento contrattuale, è sicuramente quello d'incentivare le parti a negoziare tra loro<sup>315</sup>. Stabilire una cornice legale per rendere effettiva la rinegoziazione può essere, quindi, essenziale. Questa si compone sostanzialmente di parametri sui quali fondare i negoziati onde evitare ostruzionismi, prevedere un potere di arbitri e giudici d'imporre alle

---

<sup>311</sup> Commento ufficiale ai Principi Unidroit, No. 4 <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>312</sup> Così ancora una volta BERNARDINI, *op.cit*193ss.

<sup>313</sup> M. PRADO *op. cit*368.

<sup>314</sup> T SOUTHERINGTON *Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade*, B:55Faculty of Law of Turku n. 4.1 (2001), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>.

<sup>315</sup> O.LANDO *Renegotiation and Revision of International contracts*, in 23 German Yearbook of International Law, 1980, 57.

parti di negoziare ovvero d'adattare essi stessi i termini del contratto, come a breve vedremo<sup>316</sup>.

L'art 6.2.3 prosegue, infatti: “*Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.*” Il commento Ufficiale illustra le due ipotesi in cui le parti decidono, in linea di massima, d'adire la corte:

a. se la parte non svantaggiata ha del tutto ignorato la richiesta della parte lesa d'intraprendere i negoziati;

b. se, dopo un periodo ragionevole, le parti non possano addivenire ad un *agreement*, nonostante le trattative siano state condotte in buona fede<sup>317</sup>.

Prado<sup>318</sup> precisa che le parti possono inoltre ricorrere al potere giudiziario, se la parte non toccata dall'*hardship* ne nega l'esistenza ovvero se le trattative non sono state improntate alla buone fede.

Da ciò, possiamo trarre la conclusione che non sia possibile adire la corte senza una richiesta formale di rinegoziazione. In caso contrario, difatti, la corte dovrà sospendere il procedimento, per un ragionevole periodo di tempo, per permettere alla parti d'impegnarsi nella rinegoziazione<sup>319</sup>.

I termini della norma rendono, come suddetto, chiaro che la corte può applicare le disposizioni sull'*hardship* solo ed esclusivamente a seguito d'una richiesta da parte di uno dei contraenti. Questa regola discende dal principio d'autonomia delle parti e dal carattere straordinario della revisione giudiziale del contratto quale *ultimum remedium*, che non possono tollerare un intervento *ex officio* da parte del potere giudiziario<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> In questi termini A. DOUDKO op.cit 502

<sup>317</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>318</sup> M. PRADO, *op. cit.* 368

<sup>319</sup> Così C BRUNNER, *op. cit.* 488.

<sup>320</sup> Per questa analisi A. DOUDKO op.cit 504. Similmente anche BRUNNER *op. cit.* 488-489

Giunti a questo punto, è opportuno precisare il significato del termine “*court*” impiegato nell’art 6.2.3.

Con questo termine i Principi intendono far riferimento al meccanismo di risoluzione delle controversie che le parti hanno scelto. Difatti, per quanto una simile interpretazione non sia espressa nel commento ufficiale, sarebbe davvero sorprendente se la norma dovesse esser intesa come una norma attributiva di giurisdizione. Se, ragionando per assurdo, scegliessimo d’attribuire questo significato alla lettera della norma, essa non sarebbe comunque sufficientemente precisa per possedere i requisiti d’una *jurisdictional rule*, mancando, infatti, delle linee guida per individuare la corte in questione<sup>321</sup>.

Proseguendo nell’ermeneutica della norma, si vedrà cosa la corte, nel significato ampio che abbiamo appena precisato, possa fare nell’ipotesi in cui le parti decidano d’adirla.

La *black letter* procede, difatti, fornendo delle indicazioni, o per meglio dire delle linee guida per l’organo giudiziario adito, nell’ipotesi in cui esso stesso riscontri la sussistenza dell’hardship<sup>322</sup>.

Prado<sup>323</sup> afferma in merito che “*L’article prévoit deux types de solutions jurisdictionnelles*”<sup>324</sup>:

- a. *Soit metre fin au contract;*
- b. *Soit adapter afin de rétablir l’équilibre des prestation.*

In realtà queste due tipologie di soluzioni sottintendono, come autorevole dottrina esplicita, altre due possibilità a disposizione della corte.

---

<sup>321</sup> Così C. KESSEDJIAN, *op. cit.* 422

<sup>322</sup> Per la scelta della locuzione “*guidences*” v. ancora C. KESSEDJIAN *op.cit* 422.

<sup>323</sup> M. PRADO *op.piiù volte citata*, 369.

<sup>324</sup> “The judge usually has to decide what the law is and not to make decisions for the parties or anybody else. Nevertheless the working group has proposed to put this burden on the shoulders of the judge in these exceptional cases and by adding certain substantive rules which give a certain legal basis for this constructive legal decision making which is also practiced in some other cases where it is less obvious (price decisions according to Article 5.7).” D.MASKOW *op.cit* pag 663

La prima è quella di poter indirizzare le parti a ricominciare i negoziati per adattare loro stessi il regolamento contrattuale alle mutate circostanze.

Secondariamente rimane la possibilità di confermare il contratto esattamente così com'era<sup>325</sup>.

L'apparente discrepanza tra il testo della norma e le ricostruzioni dottrinarie della stessa, si ricompone prestando attenzione alla locuzione "*if reasonable*".

La corte ha, per l'appunto, il potere di risolvere il contratto o d'adattarlo solo se ciò risulta ragionevole, cioè appropriato. Se così non dovesse essere, chiarisce il commento ufficiale, le uniche soluzioni disponibili sono appunto il mantenimento del contratto inalterato ovvero la ripresa dei negoziati ad opera delle parti<sup>326</sup>. Ma è preferibile analizzare singolarmente tutte queste opzioni.

Quando viene stabilita la sussistenza d'uno squilibrio nelle prestazioni contrattuali dovuto alla sopravvenienza d'un evento perturbativo non riconducibile alla volontà della parte che ne risulta pregiudicata e da essa imprevedibile, la corte adita può decidere di risolvere il contratto<sup>327</sup>. Secondo il testo dell'esaminando articolo la

---

<sup>325</sup> V. DAWWAS op.cit 21, DOUDKO op.cit 504 e JENKINS in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jenkins.html> sezione V lettera A..

<sup>326</sup> Commento ufficiale No7 <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>; vedi anche J. RIMKE, *op. cit* Sez. B, lettera b)

<sup>327</sup> A titolo di esempio citiamo il lodo arbitrale deciso dalla corte arbitrale "Schiedsgericht Berlin" nel 1990. In questa controversia "*An economic unit of the German Democratic Republic and an economic unit of another East European country concluded a contract for the delivery of machinery. The applicable law was that of the German Democratic Republic. When, following the reunification of Germany, Western markets were opened to the enterprises of the former G.D.R., the machinery in question lost all value for the German importer. Consequently the latter, invoking the radical change of circumstances existing at the time the contract was concluded, refused to take delivery of the goods and to pay the price. The Arbitral Tribunal decided in favour of the German importer and, in order to prove that the principle according to which a substantial change in the original contractual equilibrium may justify the termination of the contract is increasingly accepted at international level, referred to the provisions on hardship contained in the UNIDROIT Principles.*" <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=627&step=Abstract>



*termination* può essere dichiarata in tempi e modi da stabilire di volta in volta<sup>328</sup>.

La risoluzione può, infatti, esser fatta *ex nunc*, cioè solo *pro futuro*, ovvero *ex tunc*, quindi facendo retroagire gli effetti della medesima risoluzione sin dal momento della conclusione del contratto. La corte, come analizzato in ordine al testo dell'art 6.2.3, ha anche il potere di determinare i modi in cui la risoluzione avrà luogo. Così, ad esempio, essa potrà imporre determinate condizioni, come il versamento d'un risarcimento<sup>329</sup>.

La lettera b) dell'art 6.2.3, pone come alternativa alla *termination of the contract*, l'adattamento giudiziale dello stesso alle mutate circostanze<sup>330</sup>.

L'*adaptation* ha due funzioni basilari<sup>331</sup>.

La prima, che abbiamo in parte già accennato, è quella di servire da supporto alla rinegoziazione delle parti, nel senso sia di costituire un deterrente per scongiurare comportamenti opportunistici contrari alla buona fede, fungendo, in questi ultimi casi, come una sorta di sanzione, sia di servire a tracciare i perimetri della contrattazione.

La seconda è, invece, quella di fungere da rimedio per superare situazioni di *impasse*, quando sia fallito ogni tentativo del potere giudiziario d'incoraggiare un'autonoma negoziazione delle parti<sup>332</sup>.

---

<sup>328</sup> Principi Unidroit <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>329</sup> V. A. DAWWAS, *op. cit.*21; McKENDRICK *Commentary on Performance Art 6.2.1-6.2.3- Hardship*, in *Commentary on The Unidroit Principles of International Commercial Contract (PICC)*, 2009, 724.

<sup>330</sup> Così nella decisione della Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala II: “Two Argentinean parties entered into a real estate contract. The purchase price was established in U.S. dollars. During the performance of the contract the local currency (Argentinean pesos) was devalued due to a national crisis making the purchase price excessively onerous. The Court of Appeal upheld the lower court’s decision ordering adaptation of the contract”. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1627&step=Abstract>

<sup>331</sup> Entrambe le funzioni presuppongono che l'adattamento implichi “the exercise of equitable remedial power” Così R.E. SPEIDEL, *Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method*, Cornell Law Review, vol 57, 1982, 806

È del tutto evidente, difatti, che lo scopo ultimo della disposizione, come abbiamo già detto più volte, è quello di preservare il contratto.

La corte avanti alla quale è stata portata la controversia, dovrà adattare il contratto seguendo diversi parametri.

In primis la modifiche che il contratto subirà dovranno esser effettuate secondo un canone di ragionevolezza che, costituendo un classico esempio di concetto giuridico indeterminato, potrà esser riempita di significato in maniere differenti.

In particolare, se, nel caso di specie, la modifica risulti ragionevole dipenderà dalle obbligazioni delle parti e dallo loro reale volontà di proseguire il contratto<sup>333</sup>. Rimke<sup>334</sup>, riprendendo anche quanto sostenuto dai redattori nel commento ufficiale, sostiene che un altro parametro che la corte deve tenere in considerazione nel momento in cui s'appresta ad effettuare le modifiche del contratto, è quello di ricercare un'equa redistribuzione delle perdite tra le parti.

Il terzo criterio che la corte deve seguire è quello di cercare di ristabilire l'equilibrio originario delle prestazioni, ossia, per quanto possibile, lo *status quo ante* l'evento perturbativo<sup>335</sup>.

In ogni caso, l'adattamento del contratto ad opera del potere giudiziario, non può tradursi nell'imposizione d'un vero e proprio nuovo contratto alle parti. Il che implica che la modifica adottata dev'essere prevedibile e rientrare, o comunque esser legata, per quanto

---

<sup>332</sup> Così A. DOUDKO, *op. cit.* 505

<sup>333</sup> In questi termini ancora A. DOUDKO, nell'*op. cit.*, 504, il quale prosegue, inoltre, precisando che ad esempio modifiche di natura pecuniaria o comunque misurabile, sono in via di principio assoggettabili ad adattamenti. Allo stesso modo, modificazioni dovute ad inflazione, svalutazione e fluttuazioni di prezzo possono esser rimate attraverso l'utilizzo di parametri oggettivi a disposizione della corte.

<sup>334</sup> Così J. RIMKE, *Ibidem*.

<sup>335</sup> In questi termini Unidroit Principles <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1> D. MASKOW, nell'opera citata.663;Doudko op.cit 504; Rimke *ibidem*.

fattibile e ragionevole, all'interno della cornice tracciata dall'originario contratto<sup>336</sup>.

In relazione alla modifica giudiziale del contratto possiamo, in conclusione, fare due ultimi rilievi.

Innanzitutto, si deve rilevare come seguire le linee guida poste all'art 6.2.3 possa non essere semplice per le corti, a livello internazionale, sussistendo molteplici ordinamenti in cui non è consentito ai giudici d'intervenire sul contenuto del contratto<sup>337</sup>.

In secondo luogo, è possibile che i giudici non siano sufficientemente specializzati o consapevoli delle relazioni e delle condizioni sussistenti nel commercio internazionale. In particolare, potrebbe risultare eccessivamente difficoltoso pergiungere ad una modifica secondo quanto richiesto dalla norma *de qua*.

Il problema maggiore è, però, per le *state court*, in quanto si presume che i tribunali arbitrali siano dotati di un maggior grado di competenza nel settore dell'*International trade and business*<sup>338</sup>.

Rispetto alle due soluzioni già esaminate, il testo della norma ed il commento ufficiale non sembrano mostrare una preferenza per un'ipotesi piuttosto che per l'altra.

Tuttavia, l'adattamento del contratto, come fa notare Doudko<sup>339</sup>, è in realtà visto come una colonna portante della disciplina sull'*hardship* in essi contenuta. In realtà, è già dallo stesso principio del *favor contractus* che discende una, seppur non esplicitamente dichiarata, propensione per la modifica del contratto allo scopo di ristabilire l'equilibrio delle prestazioni, venuto meno a causa dell'evento perturbativo.

---

<sup>336</sup> A. DOUDKO e A. DAWWAS, *opp. ccit. Rispettivamente* 505, 22.

<sup>337</sup> C KESSEDJIAN, *op. cit.*422; BRUNNER *op.cit* 401.

<sup>338</sup> V. C KESSEDJIAN e A. DAWWAS *opp.ccit* rispettivamente,422,22 .

<sup>339</sup> A. DOUDKO, *op. cit.*505

Allorquando, però, come abbiamo già accennato, nessuna delle summenzionate strade risulta praticabile, alla corte non resta che ordinare alle parti di riprendere le trattative o altrimenti di chiudere il procedimento, lasciando inalterato il regolamento contrattuale così come originariamente formulato.

Tuttavia, la dottrina<sup>340</sup> non ha mancato di sollevare critiche al riguardo, sottolineando come siffatta soluzione, esplicitata nel commento ufficiale<sup>341</sup>, derivante direttamente dalla lettera della norma, si ponga in contrasto con la *ratio* che sorregge le disposizioni dell'hardship. Infatti, essa sembra non tener conto del fatto che per questa via la parte lesa debba continuare a subire le conseguenze dell'hardship. Così, l'esito raggiunto appare davvero difficile da accettare.

Da ultimo, possiamo notare in relazione all'art 6.2.3, come la dottrina abbia posta attenzione su una problematica che l'applicazione della norma può cagionare nella prassi. Al riguardo, sostiene, infatti, Fontaine<sup>342</sup> – del quale va elogiata l'imparziale onestà scientifica dimostrata palesando alcuni antinomici *vulnera* tra le disposizioni che egli stesso aveva contribuito a redigere – che l'art. 6.2.3 potrebbe non esser sempre favorevolmente accolto dagli operatori del commercio internazionale. La sua preoccupazione discende dalla consapevolezza che spesso le parti si mostrano reticenti ad affidare ad un terzo, ed *a fortiori* ad un giudice o arbitro dotato di potere decisorio vincolante, la rinegoziazione, *recte* la revisione, del proprio contratto.

---

<sup>340</sup> V. U. DRAETTA, *op. cit.* 350

<sup>341</sup> "The circumstances may even be such that neither termination nor adaptation is appropriate and in consequence the only reasonable solution will be for the court to confirm the terms of the contract as they stand", Commento Ufficiale No. 7. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>.

<sup>342</sup> M. FONTAINE, *Les disposition relatives au hardship et à la force majeure*, in Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit, a cura di M..J. BONELL ed F. BONELLI, Giuffrè Milano, 1997, 183 ss.

Proprio per questa ragione, la regola in questione corre il rischio, introducendo la possibilità d'adire il tribunale per ovviare a difficoltà riscontrate durante la rinegoziazione tra le parti, di esser vista sotto una luce negativa.

#### *2.4 Hardship e Force Majeure*

Un discorso relativo all'hardship s'intreccia inevitabilmente con l'argomento della *Force majeure*. Limitando la disamina delle analogie e delle differenze relative a questi due momenti critici della vita del contratto, esclusivamente a quanto in materia disposto dai principi Unidroit, si cercherà di stabilire sotto quali aspetti le due figure presentano punti di contatto, con conseguente possibile sovrapposizione delle relative discipline, e sotto quali altri invece esse divergono sensibilmente.

Il termine "*force majeure*" come possiamo notare non a caso deriva dal francese, in quanto le radici più classiche di questo concetto giuridico risiedono nel Code Napoleon, da cui la terminologia, ormai largamente diffusa, è stata tratta<sup>343</sup>. In italiano esso può essere semplicemente trasposto con l'analoga espressione forza maggiore, a cui i nostri giuristi sono sicuramente avvezzi. Un'interpretazione di questo concetto fornita da un tribunale<sup>344</sup> inglese sostiene che essa abbia una portata più estesa dei c.d. *Act of God* o *vis major*<sup>345</sup>. Non sorprende perciò che i redattori dei Principi, ispirandosi alla prassi invalsa tra gli operatori del commercio internazionale e prendendo atto

---

<sup>343</sup> Vedi *The Oxford Companion to Law* 1980,478; JAMES STROUD *Judicial Dictionary II* 1986, 1008

<sup>344</sup> *Matsoukis v. Priestman & Co*, 1 K.B. 681 (Eng. 1915)

<sup>345</sup> Per questa analisi J. RIMKE, *op. cit.* disponibile in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html#12> Sez II punto 1.

della sua intraducibilità, abbiano deciso di lasciare il termine in francese anche nel testo ufficiale inglese<sup>346</sup>.

In parole semplici questo concetto viene descritto da Konarsky<sup>347</sup> come “*irresistable compulsion or coercion*”.

Secondo il British Dictionary of Law<sup>348</sup>, da cui deriviamo la definizione più completa ed articolata, “la locuzione [force majeure] è utilizzata in particolare nei contratti commerciali intenzionali per descrivere eventi che potrebbero avere effetti sul contratto e che sono del tutto al di fuori del controllo delle parti.”.

Il concetto di forza maggiore, che funge da fonte d’esonero per una od entrambe le parti quando l’esecuzione d’un contratto diviene impossibile a causa d’eventi imprevedibili che esulano dal controllo delle parti, assume diverse sfaccettate declinazioni a seconda dei vari ordinamenti giuridici nazionali in cui opera. E così, anche l’approccio con cui i diversi sistemi giuridici affrontano le situazioni riconducibili alla figura della forza maggiore possono presentare delle varianti<sup>349</sup>.

Nonostante ciò, come nota Draetta<sup>350</sup>, tale concetto s’è progressivamente evoluto nella prassi commerciale internazionale, assumendo lineamenti autonomi e distinti dai singoli concetti giuridici ad esso affini o similari.

È possibile, in ogni caso, tracciare alcune caratteristiche del concetto in questione.

La *force majeure* può esser descritta, innanzitutto, come un’esimente dalla responsabilità per inadempimento o non-performance. Nel principi dei contratti commerciali internazionali, così come sussiste un unitario ed autonomo concetto di forza maggiore,

---

<sup>346</sup> In questo senso D. CORAPI op.cit,37.

<sup>347</sup> H. KONARSKY, Force majeure and hardship clauses in International contractual practice, in International Business law Journal, 2003, 408.;

<sup>348</sup> *Dictionary of Law*, Oxford University Press, Market House Book Ltd 1997

<sup>349</sup> J.RIMKE op.cit Sez.II.

<sup>350</sup> U. DRAETTA, *Force majeure clauses in International trade practice*, in International Business Law Journal, 1996, 547.

sussiste, analogamente, un autonomo ed unitario concetto di non-performance, estrinsecatosi, in termini del tutto similari, nella CISG, nei PECL e nei Principi Unidroit.

L'espressione non-performance è usata come termine generale per indicare la *failure to perform*. Seguendo l'approccio della CISG, i Principi Unidroit e i PECL hanno adottato un concetto unitario di non-performance che si caratterizza per la sua lata estensione comprendente qualsiasi inadempimento contrattuale scusabile o meno. In particolare, due elementi caratterizzano il concetto di non-performance:

1. esso è esteso al punto da ricomprender qualsiasi tipologia d'inadempimento di qualunque obbligazione derivata dal contratto. La non-performance è definita, infatti, come il mancato adempimento, ad opera del contraente, d'una delle prestazioni che è tenuto a porre in essere sulla base del contratto. La nozione comprende ogni *failure to perform* e tutte le forme d'incompleto o comunque inesatto adempimento, l'adempimento tardivo così come la violazione di doveri accessori (come per esempio il dovere di leale collaborazione per far sì che il contratto possa esplicare a pieno i suoi effetti). È, inoltre, irrilevante che l'obbligazione sia un'obbligazione principale o accessoria all'interno del contratto.
2. esso include sia gli inadempimenti inescusabili, sia gli inadempimenti che possono essere scusati<sup>351</sup>.

Sulla base di questo concetto è delineata la figura della scusante della forza maggiore. L'esimente si riferisce alle ipotesi in cui si

---

<sup>351</sup> C. BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles exemption for non performance in International arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, 75-76-111.

verifichi un “impedimento” all’adempimento al di fuori della sfera di controllo dell’obligato, del quale l’obligato stesso non s’è, altresì, assunto il rischio.

Data la vastità della tematica della *force majeure*, non è possibile nell’economia di questo testo addentrarci più oltre nell’analisi della disciplina della *force majeure*. Appare opportuno, quindi, trattare direttamente del rapporto di questa figura, così come disciplinata dai Principi Unidroit, con le disposizioni sull’hardship.

Punto di partenza di questo breve raffronto è la collocazione delle disposizioni di *force majeure* all’interno della struttura dei Principi. Mentre, come si è già avuto modo di mettere in evidenza, le disposizioni sull’hardship sono situate all’interno del capitolo rubricato “performance”, al contrario la norma relativa alla *force majeure* (i.e. art 7.1.7) si trova in quello relativo alla Non-performance<sup>352</sup>. Ciò rende palese l’intenzione dei redattori di collocare l’hardship in un contesto d’adempimento del contratto, essendo gli effetti dell’hardship sufficientemente flessibili per rendere l’esecuzione del contratto ancora possibile (anche se sulla base dei modificati termini contrattuali). Al contrario, le disposizioni sull’esimente *force majeure* operano più come regolamentazione delle conseguenze legali per le ipotesi d’inadempimento<sup>353</sup>.

L’impostazione dei principi, sulla scorta della quale i due gruppi di disposizioni sono collocate in due capitoli diversi è, secondo

---

<sup>352</sup> U. DRAETTA, *Hardship and Force Majeure in International Contracts*, in *International Business Law Journal*, 2002, 348.

<sup>353</sup> A questo proposito vedi ancora C BRUNNER, op. cit. 391. In termini simili Perillo afferma che “la logica del diverso trattamento è chiara se l’adempimento è impossibile non ci sarà l’esecuzione della prestazione, se poi l’inadempimento sarà scusato ovvero al contrario sarà la base per intraprendere un’azione legale per chiedere il risarcimento del danno o per chiedere la restituzione delle prestazioni già effettuate sono in ogni caso questioni che afferiscono alla non-performance. Se l’adempimento della prestazione è divenuto più oneroso ma non impossibile le conseguenze della maggiore onerosità sono comunque connesse con all’adempimento. M. J. PERILLO, *op. cit* Sez IV.



Bernardini<sup>354</sup>, da condividere. La scelta ha, difatti, il merito d'eliminar ogni tentazione d'assimilare, quanto agli effetti sul contratto e talvolta anche quanto ai presupposti d'operatività, due ipotesi.

La pratica, infatti, viene così a distinguere nettamente le clausole di hardship e le clausole di forza maggiore incorporate anche in disposizioni sui contratti distinte (anche se una certa approssimazione emerge quando i contorni delle condizioni di forza maggiore, come l'impossibilità, sono in concreto meno lineari, nette e rigide), e non sarebbe parso condivisibile contravvenire a questa tendenza<sup>355</sup>.

L'impostazione dei principi in materia mostra nuovamente la propria propensione per il *favor contractus*. Se, come è già stato sottolineato nel corso dei paragrafi precedenti, gli effetti dell'hardship (i. e. la rinegoziazione tra le parti e l'adattamento giudiziale) hanno l'evidente intento di mantener in vita il rapporto contrattuale, nonostante il *bouversement de circonstances*, ogni qualvolta sia possibile, allo stesso modo le condizioni a cui è legata nell'art 7.1.7 l'applicazione della forza maggiore, sono piuttosto rigorose. Esse hanno, infatti, l'obiettivo di preservare il contratto e ribadire la necessità che esso venga adempiuto negli esatti termini originariamente concordati dalle parti, fintantoché ciò non diventi impossibile<sup>356</sup>.

Purtuttavia, dobbiamo sottolineare come, rispetto a questa chiara impostazione della *black letter* dei principi, il commento ufficiale generi *de facto* confusione e fraintendimento. Il punto 6 del

---

<sup>354</sup> Così P. BERNARDINI, *Hardship e Force Majeure*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, a cura M. J. BONELL e di F. BONELLI, Giuffrè Milano, 1997, 193 ss.

<sup>355</sup> Così M. FONTAINE, *Les disposition relatives au hardship et à la force majeure*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, a cura di M. J. BONELL e F. BONELLI, Giuffrè, Milano, 1997, 183 ss.

<sup>356</sup> Così ancora P. BERNARDINI, *op. cit.* 193 ss.

commento<sup>357</sup> ufficiale all'art 6.2.2 in tema di hardship, nonché il punto 3 del commento<sup>358</sup> ufficiale relativo alla *force majeure*, prendono in considerazione la possibilità che una medesima circostanza sia sussumibile sia all'interno delle disposizioni sull'hardship, sia all'interno di quella sulla *force majeure*. In situazioni siffatte, i principi affidano all'autonoma scelta della parte l'individuazione del rimedio azionabile. Non si può, però, tacere, come opportunamente notato da Fontaine<sup>359</sup>, che, sebbene i rapporti tra le due ipotesi siano in linea teorica dei principi icastici, nella pratica essi possono risultare alquanto complessi.

A riprova di ciò, notiamo come Brunnel<sup>360</sup> arrivi ad affermare che l'hardship *exemption* possa esser considerata come un particolare gruppo di casi ricadente all'interno della *force majeure excuse*<sup>361</sup>, in cui l'evento che impedisce l'adempimento consiste in un cambiamento delle circostanze.

I requisiti delle due scusanti sono fondamentalmente i medesimi, tuttavia l'esimente basata sull'hardship non richiede di verificare solo

---

<sup>357</sup> 6. Hardship and force majeure :In view of the definitions of hardship in this Article and force majeure in Article 7.1.7, under the Principles there may be factual situations which can at the same time be considered as cases of hardship and of force majeure. If this is the case, it is for the party affected by these events to decide which remedy to pursue. If it invokes force majeure, it is with a view to its non-performance being excused. If, on the other hand, a party invokes hardship, this is in the first instance for the purpose of renegotiating the terms of the contract so as to allow the contract to be kept alive although on revised terms.  
<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>358</sup> 3. Force majeure and hardship :This Article must be read together with Chapter 6, Section 2 of the Principles dealing with hardship (see Comment 6 on Article 6.2.2).  
<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>359</sup> M. FONTAINE, *Les disposition relatives au hardship et à la force majeure*, in Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit, a cura di M. J. BONELLI e di F. BONELLI, Giuffrè, Milano, 1997, 183 ss

<sup>360</sup> C. BRUNNER op.cit, 392.

<sup>361</sup> C.BRUNNER op.cit. 392.; I. SCHWENZER *Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*, in Victoria University of Wellington Law Review, 2008-2009, 715

se sussista una *risk allocation*, ma anche quale grado di rischio era stata assunta dalla parte svantaggiata<sup>362</sup>.

L'hardship test non solo non possiede elementi aggiuntivi rispetto a quanto previsto per la *force majeure*, ma ha un ambito solo più specifico e restrittivo, dal momento che devono esser presi in considerazione solo *impediments* (change of circumstances) che comportino un'alterazione fondamentale dell'equilibrio contrattuale. Secondo Brunner<sup>363</sup>, quindi, le differenze emergono solo in relazione agli effetti, dal momento che la *force majeure* ha solo lo scopo di fungere da scusante per l'inadempimento.

D'avviso del tutto contrario è, invece, Bernardini, il quale è fautore della tesi secondo cui "i due fenomeni siano chiaramente distinti."<sup>364</sup>

Per cui, a seconda del punto di vista scelto, possiamo affermare che le disposizioni sull'hardship sono significativamente differenti rispetto alla norma sulla *force majeure*, eccetto qualche aspetto che risulta coincidente, o viceversa che le disposizioni sulla *force majeure* e sull'hardship sono pressoché analoghe, fatta eccezione per qualche aspetto divergente.

Per quanto concerne i presupposti per l'operatività dell'hardship, debbono verificarsi eventi che provochino l'alterazione fondamentale dell'equilibrio economico del contratto, determinando un incremento del costo della prestazione cui la parte s'era obbligata ovvero una diminuzione della controprestazione. L'alterazione deve provocare uno squilibrio drammatico nel sinallagma contrattuale (non essendo

---

<sup>362</sup> Il giudice Henry Friendly in *United States v. Wegematic Corp.*, 360 F.2d 674, 676 (2d Cir. 1966) si è espresso in questi termini circa the doctrine of impracticability nel diritto americano, tuttavia l'assunto è valido anche in relazione ai general contract principles

<sup>363</sup> Così C. BRUNNER, *op. cit.* 492

<sup>364</sup> P. BERNARDINI, *op. cit.* 113ss.

possibile invocare l'hardship per qualsivoglia disequilibrio), ma le prestazione, per quanto più onerosa, rimane comunque possibile.

“Nel caso di *force majeure* invece si è in presenza di un impedimento che si pone in rapporto di causalità diretta con l'inadempimento, in quanto provoca l'inesecuzione della prestazione.”<sup>365</sup>.

Come affermato da Perillo, le disposizioni sulla *force majeure* sono *draconian and unforgiving*, nulla di meno della totale impossibilità oggettiva d'adempiere è sufficiente per invocare questa scusante<sup>366</sup>.

Purtuttavia, in ambedue le situazioni di criticità nella vita del contratto, sia l'evento perturbativo che da luogo all'hardship, che l'impedimento che abilita ad invocare la *force majeure*,

- devono essere <<*beyond the control*>> della parte interessata;
- che non ha potuto ragionevolmente considerarli al momento della conclusione del contratto.

Pertanto, se l'evento o l'impedimento non siano estranei alla sfera di controllo della contraente che lo subisce ed egli abbia, quindi, il potere d'interferire sulla sua verifica, non si realizza la prima delle due condizioni.

Come abbiamo visto in precedenza, gli impedimenti o gli eventi riconducibili sotto questa nozione sono molteplici. Infatti le norme sull'hardship non pongono limitazioni alle tipologie di eventi che possano cagionare lo squilibrio, purché presentino le caratteristiche richieste (*imprévisibilité* ed *extériorité*).

Allo stesso modo la norma sulla *force majeure* evita opportunamente di ricadere nel rischio della descrizione d'eventi particolari, dato che, comunque, il concetto di *force majeure*, come è

---

<sup>365</sup> P. BERNARDINI, *ibidem*.

<sup>366</sup> J.PERILLO, *op. cit.* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html#p41>  
Sez D.

stato sottolineato pocanzi, è piuttosto esteso ed è idoneo, al ricorrere di tutte le condizioni previste, a scusare qualunque tipologia di *failure to perform*.

Tuttavia, non è casuale la scelta del termine impedimento.

Come sostenuto da Sarah H. Jenkis<sup>367</sup>, nonché da J. O. Honnold<sup>368</sup>, esso è ricollegabile o comunque implica *lato sensu*, una barriera, in senso figurato, alla performance, a riprova dell'intento dei redattori dei Principi Unidroit, d'escludere dall'ambito d'applicazione dell'esimente, gli inesatti adempimenti, la cui erroneità non discende da eventi esterni, ma è insita nella stessa performance della parte.

Bernardini<sup>369</sup> specifica che quella contenuta nella norma *de qua* sia un'eccezione alla regola della responsabilità per l'inadempimento d'ampiezza inferiore rispetto a quella ipotizzabile in base alla regola dell'assenza di colpa del soggetto obbligato, prevista da certi ordinamenti di civil law (a titolo d'esempio, il nostro art. 1256 c.c. e il §275 del BGB).

La regola, accolta dai Principi Unidroit in materia di *force majeure* si trova, per così dire, a mezza via tra quella invalsa nella legislazione di buona parte degli ordinamenti di civil law e la *strict liability* tipicamente radicata negli ordinamenti di *common law*. Secondo il *fault principle* dei paesi di civil law, infatti, la parte è chiamata a rispondere dell'inadempimento solo se questo è dipeso da sua colpa; al contrario, secondo l'*exemption principle*<sup>370</sup> dei paesi di common law, la parte è responsabile di ogni *breach of contract*, salvo

---

<sup>367</sup> S. H. JENKINS, *Exemption for non-performance:UCC,CISG, UNIDROIT Principles. A comparative assessment*, in Tulane Law review, 1998, in [www.cisg.law.pace.edu/biblio/jenkins.html](http://www.cisg.law.pace.edu/biblio/jenkins.html) Sez IV

<sup>368</sup> V. J. O. HONNOLD, *Uniform law for International sales law under the 1980 United nations Convention*, Kluwer Law International, 2009,432.

<sup>369</sup> P. BERNADINI, *ibidem*.

<sup>370</sup> La CISG ad esempio si conforma a questo principio.Cfr B. NICHOLAS *Prerequisites and extent of liability for breach of contract under the U.N. Convention*," in *Einheitliches Katfrecht und nationales Obligationenrecht* Schlechtriem , 1987, 286 e ss.

che non provi l'esistenza d'una ragione per invocare una causa d'esonero dalla responsabilità<sup>371</sup>.

Tuttavia, è bene mettere in evidenza, come fa Brunner, che, se è vero che l'assenza di colpa non è un criterio rilevante per ritenere applicabile l'esimente, la presenza di colpa esclude l'applicazione della scusante.

In caso di comportamento colpevole della parte inadempiente, l'evento non può, infatti, esser considerato al di fuori della sfera di controllo della parte, ovvero l'evento era ragionevolmente prevedibile, evitabile o superabile<sup>372</sup>.

L'altra condizione, invece, richiama ancora una volta il problematico carattere della non prevedibilità. "Chiunque abbia letto un po' di storia o abbia vissuto per tre o più decenni del XX secolo può, in via del tutto generale prevedere la possibilità di guerre, rivoluzioni, attacchi terroristici, eccessi d'inflazione, depressioni economiche"<sup>373</sup>. E questi sono solo alcuni tra gli accadimenti che hanno afflitto l'umanità nel secolo scorso.

Ciò rende evidente quanto sia complesso dar un'idea di cosa si debba andar a verificare quando s'effettua il *foreseeability test*. Secondo Perillo<sup>374</sup>, la case law supporta il concetto di ciò che può esser considerato *unforeseeable*, ma è rilevante ai fini della norma: se un evento è tanto improbabile che le parti non abbiano ragionevolmente prevista la necessità d'allocare specificamente il rischio per siffatta evenienza, l'impatto potrebbe esser così forte che le

---

<sup>371</sup> D. MASKOW, *op. cit.* 664

<sup>372</sup> C. BRUNNER, *op. cit.* 76; H. STOLL *Analysis of Arts. 74-77, 79, 80, in: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* Schlechtriem ed., Oxford (1998), art 79, par 9.

<sup>373</sup> M. J. PERILLO, *op. cit.* Sez IV lettera a)

<sup>374</sup> M. J. PERILLO *ibidem*

parti avrebbero negoziato in relazione ad esso, se la sua verificabilità fosse stata più probabile<sup>375</sup>.

I due presupposti citati, valevoli sia per la *force majeure* che per l'*hardship*, sono riconducibili a due dei tre criteri elaborati dalla giurisprudenza francese come elementi caratterizzanti la forza maggiore.

I giudici d'oltralpe richiedono, per applicare la *force majeure*, che l'impedimento debba essere *imprévisible, extérieure ed irrésistible*<sup>376</sup>.

Anche l'articolo 7.1.7, tuttavia, pare rinviare a siffatto ulteriore elemento costitutivo quando vi si legge che la parte "*could not reasonably be expected to have avoided or overcome it or its consequences.*"<sup>377</sup>.

L'elemento dell'irresistibilità nelle formulazioni dei Principi Unidroit, non ha, però, carattere assoluto, essendo mitigato dal richiamo alla ragionevolezza.

Si passerà adesso all'analisi degli effetti delle due norme.

È possibile chiarire da subito che questo è l'aspetto in cui le differenze sono più marcate.

Per quanto concerne l'*hardship*, le disposizioni consentono alla parte che lamenti di subirne gli effetti, d'intraprendere una fase di rinegoziazione<sup>378</sup> ed, in caso di fallimento, il ricorso ad un tribunale che potrà adattare il contratto alle mutate condizioni ovvero risolverlo. In sostanza, l'effetto caratteristico dell'*hardship* è quindi diretto alla revisione delle condizioni contrattuali. Per quanto riguarda la *force majeure*, invece, possiamo notare come essa abbia lo scopo

---

<sup>375</sup> P.TRIMARCHI *Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis*, 11 International J Review. of Law & Economics, n. 4,1991, 63, 65.

<sup>376</sup> P. BERNARDINI, *op. cit.*193ss.

<sup>377</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>378</sup> E. McKENDRICK, *Force majeure and frustration of contract second edition*. Lloyd's of London press LTD, 1995.

d'esonerare il contraente inadempiente dalla responsabilità per la non-performance. In entrambe, però, sussiste quale effetto, per così dire, preliminare, quello di far nascere, in capo alla parte che invoca l'*hardship* o la *force majeure*, un dovere di notifica all'altra parte.

In relazione agli effetti della mancata notifica in merito all'*hardship* abbiamo già visto quali siano le conseguenze.

Per quanto riguarda la *force majeure*, invece, in assenza di notifica entro un termine ragionevole da quando la parte inadempiente conosca o avrebbe dovuto conoscere l'impedimento, si genererà un'obbligazione risarcitoria relativa ai danni conseguenti al ritardo.

Non è, invece, prevista una ben più grave, anzi del tutto irragionevole, sanzione di tipo decadenziale. L'omessa o ritardata notifica, non provoca la decadenza dal beneficio dell'esonero da responsabilità.

Infine si noterà che l'art 7.1.7 prende in considerazione l'ipotesi che l'impedimento abbia carattere temporaneo. In questo caso la norme statuisce che "*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.*"<sup>379</sup>.

Il pregio di tale disposizione, come rimarcato ancora da Bernardini<sup>380</sup>, è quello d'aver voluto fissare "il principio per cui l'esonero di responsabilità non va necessariamente correlato alla durata della forza maggiore, quanto piuttosto ai concreti effetti che l'inadempimento della particolare obbligazione divenuta impossibile produce sull'esecuzione dell'intero contratto".

In tutte le ipotesi la forza maggiore esonera il debitore da ogni responsabilità in termini di danno (*en terms de dommage*). Se la non esecuzione priva il contratto di ogni utilità, il creditore

---

<sup>379</sup> <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>380</sup> P. BERNARDINI, 193ss.



dell'obbligazione non eseguita avrà comunque il diritto di metter fine al contratto, se l'inadempimento risulti fondamentale<sup>381</sup>.

Ovvero, ancora, se la parte inadempiente è scusata per effetto della *force majeure*, nulla toglie che l'altro contraente possa invocare l'eccezione d'inadempimento per evitare d'eseguire la propria prestazione o, infine, di richiedere gli interessi sulle somme di denaro dovute<sup>382</sup>.

Com'è stato già accennato, la definizione di *Force Majeure* è ripresa in modo quasi pedissequo dall'art 79 della CISG, come peraltro palesato dallo stesso Red Book, e da ciò deriva un problema tutt'ora aperto. In dottrina, difatti, in merito alla disposizione contenuta nella CISG, non v'è univocità di vedute.

Da una parte c'è chi sostiene che la norma possa esser applicata solo ai casi di *force majeure* in senso stretto, escludendo, quindi, le ipotesi di semplice maggior onerosità della prestazione<sup>383</sup>.

Dall'altro, chi, invece, sostiene che tale norma abbracci anche ipotesi di hardship, basando questa teoria sul fatto che l'impraticabilità della prestazione, intesa come impossibilità economica della stessa, possa esser considerata come un'ipotesi di forza maggiore in senso lato<sup>384</sup>.

Se così fosse, però, ciò introdurrebbe un ulteriore problema in merito alla distinzione tra le due figure.

---

<sup>381</sup> DENIS PHILIPPE, *La force majeure et le hardship*, in *Les Principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international* (ed. 2010) et l'arbitrage, Bruylant, 2011, 97ss.

<sup>382</sup> "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". Comma 4 art 7.1.7 in <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>

<sup>383</sup> V. NEUMAYER - MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale du merchandises*, Commentaire, 1993, 535 ss.; D. TALLON in BIANCA - BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna sales convention*, Milano, 1987, 583 ss.

<sup>384</sup> Così M. J. BONELL, *op. ult. cit.*, 568 ss.

Per questo, potrebbe apparire quasi una resa frettolosa la soluzione adottata dai Principi, che in caso di presunto *overlapping* delle due ipotesi, rimettono alla parte la possibilità d'optare per uno piuttosto che per l'altro rimedio<sup>385</sup>.

### 3. L'hardship nei PECL

Al di là di quanto sin qui analizzato in filigrana, vi sono ulteriori fonti dei contratti commerciali internazionali che s'occupano di regolamentare le ipotesi di hardship. Tra di esse si possono annoverare i Principi Europei di Diritto dei contratti o PECL.

In particolare, la norma che s'occupa espressamente dell'hardship entro i PECL è l'art 6:111 (ex art. 2:117), rubricato "*Change of circumstances*".

La disposizione trova collocazione nel capitolo "*Contents and Effects*" del contratto.

Esso appare *prima facie* un testo alquanto complesso, indice della difficoltà nomopietica incontrata nel redigerlo, onde la versione finale, risultato di numerose modificazioni, risulta strutturata nel modo seguente:

- nella prima parte, viene ribadito il principio della *sanctity of contract* o *pacta sunt servanda*;
- mentre, nella seconda parte della norma, s'introduce la possibilità di derogare al principio sopraespresso.<sup>386</sup>

Non sorprende che tale disposizione rassomigli molto alla corrispondente disposizione dei Principi Unidroit, fosse anche solo

---

<sup>385</sup> Così D. CORAPI, *op.cit.*38

<sup>386</sup> Così R. BACKHAUS, in *The Limits of the duty to perform in the Principles of European Contract Law* in <http://www.ejcl.org/81/abs81-2.html> 9.

perché molti dei redattori dei Principi Unidroit hanno, altresì, preso parte alla stesura dei PECL.

Purtuttavia non mancano, come sottolinea Tallon<sup>387</sup>, molteplici differenze, seppur non macroscopiche, tra le due formulazioni.

La prima differenziazione è di carattere puramente formale. Infatti, mentre i Principi Unidroit distribuiscono, come abbiamo visto, la disciplina dell'hardship in tre articoli (dedicando il primo a ribadire il principio *pacta sunt servanda*, il secondo alla definizione di hardship ed il terzo agli effetti di quest'ultima), i PECL hanno racchiuso la disciplina relativa all'hardship all'interno di un'unica norma.

Un'ulteriore differenza a carattere intermedio tra una mera divergenza formale ed una scelta a carattere sostanziale, è la decisione d'evitare l'utilizzo del termine <<hardship>> e di preferirgli la locuzione <<Change of circumstances>>. La scelta terminologica, oltre che più neutrale, ha anche il merito di descrivere esattamente quale sia l'oggetto dell'articolo cui afferisce, e cioè il tentativo d'adeguare il contratto ad un qualsivoglia tipo di cambiamento intervenuto successivamente alla conclusione del contratto<sup>388</sup>.

Esattamente come fa l'articolo 6.2.1 dei Principi Unidroit, anche il primo comma della norma ribadisce che le parti sono vincolate dal contratto e devono per ciò adempiere le obbligazioni in esso contenute. In particolare, tale disposizione, che *in primis* ribadisce la forza della regola aurea del *pacta sunt servanda*, così recita: “A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.”<sup>389</sup> Come si può

---

<sup>387</sup> D. TALLON, *Hardship in Towards a European Civil Code. Third fully revised and expended edition*, Kluwer Law International, 2004, 499 e ss

<sup>388</sup> KESSEDJIAN, *op. cit* 340..

<sup>389</sup> 101. LANDO O. - BALE H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/ Boston, 2001. Art 6.111, 322.

evincere nel commento ufficiale, invero, la regola in esame consente la rinegoziazione, solo in circostanze del tutto eccezionali, essendo il ferreo principio della *sanctity of contract* espressovi a chiare lettere.

Pertanto, il solo fatto che il contratto sia diventato semplicemente più oneroso, non è sufficiente ai fini dell'applicazione della norma *de quo*.

È, altresì, necessario, difatti, che la maggior onerosità rivesta anche il carattere dell'eccessività.

Il paragrafo due, che assolve, come abbiám accennato sopra, una funzione derogatoria al paragrafo precedente, attenua il rigorismo e l'assolutezza del principio *pacta sunt servanda*, potendosi applicare solo se vengono soddisfatte le seguenti quattro condizioni.

Innanzitutto, come abbiamo accennato, deve sussistere l'eccessiva onerosità della prestazione dedotta in contratto. L'art. 6:111, accoglie, quindi, la formula dell'eccessiva onerosità sopravvenuta mutuata dalla legge italiana<sup>390</sup>, il che lascia ampio margine d'apprezzamento alle corti.

A tal uopo, è stato considerato impossibile fornire una definizione più specifica, stante la grande varietà di circostanze, per cui ulteriori direzioni sarebbero state considerate vaghe<sup>391</sup>.

Tuttavia, in ragione della funzione teleologica della presente, possiamo provare ad avvicinarci ad una compiuta definizione per approssimazioni successive.

Innanzitutto, osservando come l'eccessiva onerosità non costituisce un semplice impedimento, in quanto, in ogni caso, la performance risulta ancora possibile, altrimenti si ricadrebbe nella *doctrine of force majeure*.

---

<sup>390</sup> art. 1467 cod.civ. , che sarà analizzato nel prossimo capitolo par.5

<sup>391</sup> Così D. TALLON, *op. cit.*

L'eccessiva onerosità, quindi, non deve raggiungere il grado dell'impossibilità, traducendosi in un ostacolo oggettivamente insuperabile, ma deve attestarsi su un gradino, per così dire, inferiore<sup>392</sup>.

I PECL precisano, al contrario di quanto accade nei PICC, nel commento ufficiale che si ha l'eccessiva onerosità, quando il mutamento delle circostanze comporta un “*major imbalance in the contract*” al punto che il contratto risulti del tutto sconvolto a causa degli eventi. Tuttavia, nonostante i Principi Unidroit siano carenti di siffatta puntualizzazione, è possibile affermare, come peraltro già abbiám fatto nei paragrafi precedenti, che la sussistenza di un onere eccessivo in capo alla parte lesa a seguito di eventi sopravvenuti, costituisce una condizione implicita, insita nel requisito dell'alterazione fondamentale dell'equilibrio economico del contratto<sup>393</sup>.

Al pari di quanto è statuito nel testo dell' art 6.2.2 dei Principi Unidroit, il commento ai PECL spiega l'eziologia dell'eccessiva onerosità, statuendo che essa può derivare da un incremento del costo dell'adempimento della propria prestazione<sup>394</sup> o dalla perdita di valore della controprestazione<sup>395</sup>.

La seconda condizione è relativa al “time factor”.

---

<sup>392</sup> Così R. BACKHAUS op.cit. <http://www.ejcl.org/81/abs81-2.html> 9.

<sup>393</sup> In questi termini E. Mc KENDRICK, *Hardship* in S. VOGENAUER - J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2009, Oxford University Press, Oxford, 719; R. MOMBERG URIBE, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 15, 2, 233-266.

<sup>394</sup> L'esempio riportato è l'aumento del costo del trasporto marittimo delle merci a causa della chiusura del canale di Suez, che ha costretto le navi a circumnavigare l'Africa passando per il capo di Buona Speranza. O. LANDO - H. BALE, *Principles of European Contract Law, Kluwer Law International*, The Hague/London/ Boston, 2001 Commento ufficiale B. (i) 324-325.

<sup>395</sup> Qui l'esempio proposto dal commento ufficiale fa riferimento al costo di lavori di costruzione già eseguiti, che dev'essere determinato con riferimento a determinati indici di prezzo che però crollano in modo imprevedibile. O. LANDO - H. BALE. Commento ufficiale B. (i) 325.; R. BACKHAUS op.cit. <http://www.ejcl.org/81/abs81-2.html> ,10.

Si stabilisce, infatti, che “*the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract*”. Qui possiamo osservare una terza differenza rispetto ai Principi Unidroit.

Difatti, come nota ancora Tallon<sup>396</sup>, l’art. 6.2.2 degli Unidroit Principles assimila gli eventi accaduti prima della conclusione del contratto, ma non ancora conosciuti dalla parte lesa, agli eventi verificatisi dopo la conclusione del contratto (come già effettuato, in realtà, dal vecchio testo dell’art 2.117 dei PECL), mentre l’art 6.110 limita l’hardship ad eventi successivi alla conclusione del contratto. Gli eventi antecedenti la conclusione del contratto ma conosciuti solo successivamente, sono disciplinati, invece, secondo il nuovo testo dei PECL, sulla base della disciplina dell’errore<sup>397</sup>.

La terza condizione posta dall’articolo in parola prevede che, per far ricorso alla disciplina sull’hardship, il mutamento delle circostanze non avrebbe potuto esser preso in considerazione *ex ante*. Come icasticamente argomenta Momberg Uribe, “*change of circumstances has to be reasonably unforeseen for the debtor*”<sup>398</sup>.

Se quindi una persona ragionevole, “uno che non sia ingiustificatamente ottimista o pessimista né privo di attenzione per i propri interessi”<sup>399</sup>, avrebbe potuto presagire un siffatto *bouleversement des circonstances*, l’eccessiva onerosità non avrà rilevanza giuridica. Anche nei PECL, quindi, si fa ricorso al parametro della prevedibilità (*foreseeability test*), al quale si giustappone uno standard di ragionevolezza, tale per cui una considerazione meramente soggettiva, basata sulla sola prospettiva interiore della parte lesa, non sarà sufficiente per soddisfare la condizione *de qua*.

---

<sup>396</sup> D. TALLON, *op.cit.*499 ss.

<sup>397</sup> U HUBER, ‘Das geplante Recht der Leistungsstörungen’, in Wernst, R Zimmermann (eds), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (2001), N 4,124

<sup>398</sup> R. MOMBERG URIBE, *ibidem*.

<sup>399</sup> C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2001. art.6:111

Quarta ed ultima condizione, anch'essa analoga a quella presente nei Principi Unidroit, richiede che “*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.*”.

Secondo Backhaus<sup>400</sup> ciò rappresenta il requisito di più difficile accertamento fattuale, poiché *more solito* i contratti non regolano espressamente l'allocazione del rischio, il che implica, che nella maggioranza delle ipotesi, la *risk allocation assessment* va effettuata senza un riferimento contrattuale da poter utilizzare come parametro di valutazione.<sup>401</sup>

In ogni caso, come accade per la corrispondente disposizione dei Principi Unidroit, se il contratto è per sua natura speculativo, la parte nel momento in cui si obbliga, s'espone di per sé ad un rischio eccedente l'alea normale, non potendo, quindi, invocare la disciplina dell'hardship, se le circostanze volgessero in progresso di tempo a suo sfavore<sup>402</sup>.

Infatti, i contratti aleatori costituiscono un'ipotesi in cui l'allocazione del rischio è di facile intuizione anche se non esplicitata in una clausola contrattuale *ad hoc*.

Se tutte queste condizioni sono soddisfatte, si apre la possibilità, per la parte che si assume lesa, di rinegoziare il contratto. Contrariamente a quanto riscontrabile nei principi Unidroit, l'articolo oggetto della nostra disamina pone in capo alle parti un obbligo di negoziare “*the parties are bound to enter in to negotiations*”. Come

---

<sup>400</sup> Così BACKHAUS, *ibidem*.

<sup>401</sup> *No remedy is available if a reasonable man in the position of the burdened party could have foreseen and taken in account the change.*<sup>77</sup> *This does a minore ad maius apply to the party that had positive knowledge. This preserves the sanctity and freedom of contract: a party should be generally responsible for his sake. If a party knows or should know a risk of change he is expected to take precautions. He cannot rely on relief provided by the law and the courts if he refuses to do so.* R.BACKHAUS *The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law* in <http://www.ejcl.org/81/abs81-2.html>, 13

<sup>402</sup> O. LANDO - H. BEALE, *Commento ufficiale B.* (iv),326.

osserva Kessedjian<sup>403</sup>, “*This has the merit of reminding parties that even though there may be only one party who suffers from the change of circumstances, they are both in the same boat and they had better steer en bonne intelligencé rather than in contrary directions.*”

È, tuttavia, opportuno ridimensionare la portata di questa differenza rispetto ai PICC. Infatti, l’art. 6.2.3 abilita espressamente la parte svantaggiata a richiedere la rinegoziazione.

Ma essere abilitati (*entitle* nel testo originale in inglese) altro non significa, se non avere il diritto di chiedere la rinegoziazione. Sicché l’altra parte, a fronte d’un siffatto diritto concesso al contraente svantaggiato, si trova necessariamente gravata da un *duty to renegotiate*<sup>404</sup>.

La rinegoziazione, come chiarito in termini espliciti dal commento ufficiale dei PECL, dev’essere intrapresa dalla parte che ne abbia interesse, in un tempo ragionevole.

Nell’istanza di rinegoziazione devono, altresì, esser riportati gli effetti che l’evento perturbante ha prodotto sul contratto. Le trattative, devono esser condotte rispettando il dovere di buona fede e non devono esser, di conseguenza, né interrotte, né prolungate ingiustificatamente<sup>405</sup>.

Il dovere di rinegoziazione, nel rispetto del principio di buona fede, è un’obbligazione nuova, sorta per effetto del verificarsi delle condizioni richieste per ricorrere alla disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta. Per questa ragione esso è indipendente dalle obbligazioni di fonte contrattuale. Da ciò discende l’esistenza d’una sanzione ad hoc, da applicare qualora una delle parti rifiuti i negoziati ovvero non rispetti il contegno improntato alla buona fede e alla leale collaborazione che la norma esige.

---

<sup>403</sup> C. KESSEJIAN, *op. cit.* 423

<sup>404</sup> R. MOMBERG URIBE, *ibidem*.

<sup>405</sup> O. LANDO - H. BEALE, *op. cit.* Commento ufficiale lettera C.



La sanzione, che la corte può comminare in questa ipotesi è di tipo risarcitorio. I *damages* devono servire a compensare i pregiudizi sofferti dal contraente per effetto del rifiuto opposto dalla controparte all'istanza di rinegoziazione o per effetto, lo ribadiamo ancora, della violazione del *duty of good faith and fair dealing*, e - come chiarisce il commento ufficiale - possono addirittura esser comminati persino ad entrambe le parti<sup>406</sup>.

La norma esplicita, infine, i due obiettivi verso cui dev'esser orientata la rinegoziazione.

E cioè :

- la modifica del regolamento contrattuale, per adattarlo alla mutate circostanze; ovvero
- la risoluzione del contratto.

Come osserva Kessedjian, la *ratio* di quest'ultima disposizione deriva da un'esigenza degli operatori commerciali stessi, per i quali "*if the contract has to be terminated, it is better that its termination be organized smoothly with a common understanding among the parties instead of a unilateral action by one of them.*"<sup>407</sup>

Quello della rinegoziazione, nei PECL, così come nei principi Unidroit, è solo il primo dei due stage.

Infatti, il secondo, che può realizzarsi solo in via eventuale, è la procedura giudiziale<sup>408</sup>.

Così, se la parti non riescono a raggiungere un accordo entro un termine ragionevole, infatti, può farsi ricorso alla corte. L'iniziativa, tra l'altro, può, anche nei PECL, provenire da ciascuna delle parti e non solo da quella che si presume svantaggiata. Anche qui il termine corte, come in precedenza già puntualizzato, va inteso con riferimento

---

<sup>406</sup> O. LANDO - H. BEALE, *op. cit.* commento ufficiale lettera C.; R.BACKHAUS <http://www.ejcl.org/81/abs81-2.html>, 13

<sup>407</sup> KESSEDJIAN, 423

<sup>408</sup> In questi termini TALLON, *op. cit.* 499ss..

al meccanismo di risoluzione delle controversie prescelto dalle parti in contratto. “Corte” potrà quindi essere non solo un tribunale statale, ma anche un arbitro o un collegio arbitrale<sup>409</sup>.

Ovviamente, come precisa il commento ufficiale, “*the court will intervene only in the last resort*”<sup>410</sup>.

La corte è però assegnataria di ampi poteri<sup>411</sup>: potrà risolvere il contratto, determinando il momento a partire dal quale il contratto si considererà risolto, ed eventuali condizioni, ovvero modificarlo.<sup>412</sup>

Lo scopo della modifica è quello di “*re-establish[ing] the balance within the contract by ensuring that the extra cost imposed by the unforeseen circumstances are borne equitably by the parties*”<sup>413</sup>.

Nonostante l’adattamento del contratto venga visto come il cuore dell’istituto, la teoria dell’hardship, scrive ancora Tallon, è concepita come un rimedio secondo equità, nel senso generale e comune della parola, ed è l’equità che guiderà i giudici nello scegliere tra la risoluzione del contratto o la modifica dello stesso, per metterlo in linea con le mutate circostanze.

Ma in che modo si giustifica questo potere?

Prima di tutto la buona fede gioca un ruolo sempre crescente nella *contract law* e l’hardship è un tipico prodotto della buona fede<sup>414</sup>.

---

<sup>409</sup> Così ancora una volta KESSEDJIAN, *ibidem*.

<sup>410</sup> O. LANDO - H. BEALE, *op. cit.* commento ufficiale lettera D., 326.

<sup>411</sup> Precisa Tallon che si tratta degli stessi ampi poteri di cui sono dotate le corti, in circostanze analoghe, operanti in conformità al diritto Tedesco. D. TALLON, *ibidem*.

<sup>412</sup> In realtà nel commento ufficiale si legge che la corte potrà anche ordinare alle parti di riprendere in negoziati falliti. Tuttavia Fischer sostiene che questa precisazione andrebbe espunta dalle future edizioni dei PECL. Se le parti hanno già fallito in precedenza l’autore dubita che una seconda fase di trattive possa rivelarsi più proficua. FISCHER, *Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht* (2001); n4, 326

<sup>413</sup> O. LANDO - H. BEALE, *ibidem*.

<sup>414</sup> Così, per esempio, la parte che adempie pagando con una moneta svalutata, non agisce secondo buona fede, così come ogni altro debitore che si libera attraverso imprevisti *windfall* a spese del creditore.

Hardship è anche in conformità al *trend* invalso ormai sistematicamente di dotare i giudici, ogni qual volta si temano eccessi, di un *pouvoir modérateur*<sup>415</sup>.

Tuttavia, malgrado i poteri del tribunale adito siano ampi, non sono però illimitati. In particolare per quanto concerne la rinegoziazione, la corte non potrà mai giungere ad imporre alle parti un intero nuovo contratto<sup>416</sup>, pena un'ingiustificata erosione del fondamentale principio dell'autonomia contrattuale. Nel caso in cui, infatti, le modifiche necessarie per adattare il contratto alle mutate circostanze si traducano in un'integrale riscrittura dello stesso, la corte non avrà altra scelta che risolvere il contratto<sup>417</sup>.

Dopo aver esaminato la disposizione relativa all'*hardship*, *rectius* al "*Change of Circumstances*", dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti, è agevole poter constatare un'affinità piuttosto marcata con le corrispondenti disposizioni contenute nei principi Unidroit. Per quanto, difatti, siano state messe in risalto alcune sensibili differenziazioni, sia di forma che di tipo sostanziale, i due gruppi di norme sono *in nuce* coincidenti.

I punti di divergenza, quanto meno in relazione a quelli afferenti l'aspetto contenutistico, sono più apparenti che reali.

Comparando, infatti, ambedue i testi coi rispettivi commenti e le relative *illustrations*, attraverso il filtro interpretativo di dottrina e giurisprudenza, possiamo evincere come si essi tendano a sbiadire le marcate differenze che *prima facie* apparivano mediante la lettura del *wording*, scevro da qualsivoglia integrazione.

---

<sup>415</sup> D. TALLON, *op. cit.* 499 ss.

<sup>416</sup> O. LANDO - H. BEALE, *op. cit.* commento ufficiale lettera D.,327.

<sup>417</sup> A questo proposito vedi l'esempio dell'*illustration* 4 del commento Ufficiale. O. LANDO - H. BEALE, *ibidem*.

#### 4. ICC Hardship clause 2003

Nel 2003 la Camera del Commercio Internazionale ha pubblicato l'“ICC Hardship Clause 2003”.

Questo strumento, messo a disposizione degli operatori del commercio internazionale, ha lo scopo di render più agevole, oltre che più conveniente, la redazione delle clausole di hardship.

L'edizione del 2003 si presenta, innanzitutto, come una versione emendata ed aggiornata dell'ICC Document No. 421.

Le differenze tra le due versioni, invero, sono d'importanza essenziale e riflettono l'evoluzione verificatasi in materia. non solo nella prassi, ma anche tra le fonti del commercio internazionale.

Infatti, le disposizioni contenute nello strumento in parola, sono largamente influenzate dalle corrispondenti discipline dei Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali.

È interessante notare che, come rilevato da Brunner<sup>418</sup>, la versione del 1985 ha funto da fonte d'ispirazione per i redattori degli Unidroit Principles, mentre la rivisitata versione della ICC Hardship Clause è, al contrario, stata forgiata sulla falsariga degli articoli 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.3 dei principi *de quo*.

Tuttavia, per quanto concerne le *legal consequences*, la ICC Hardship clause si discosta, come *intus et in cute* sarà illustrato tra breve, in modo piuttosto evidente dai PICC.

È, a tale proposito, opportuno procedere con ordine.

Premessa essenziale all'analisi dello strumento pubblicato dall'ICC è stabilire quale natura esso rivesta.

---

<sup>418</sup> Così C. BRUNNER, *op. Cit* 397

Si può osservare che a differenza della prima, avanguardistica, edizione del 1985, la nuova Clausola di hardship funge da *standard clause*, ossia, come possa essere applicata a ciascun contratto che la incorpori in modo espresso o mediante rinvio alla stessa.

In passato, infatti, la clausola di hardship predisposta della ICC si presentava come un *drafting suggestion*, ovverosia come modello o schema per gli operatori commerciali, che non poteva, però, esser direttamente incorporato nel contratto *per relationem*, come, peraltro, precisato nelle note introduttive<sup>419</sup>.

Proprio per i suoi limiti funzionali la clausola, originariamente suggerita, risultava eccessivamente vaga e generica, al punto che, anche qualora le parti avessero optato per l'incorporazione, *sic et simpliciter* della stessa, con tutta probabilità la clausola non sarebbe risultata vincolante. Ad onor del vero, il concetto di hardship era relativamente nuovo all'epoca della redazione del documento No 421, per cui era già apprezzabile la scelta, quasi pionieristica, della Camera del Commercio Internazionale.

Come nei Principi Unidroit, anche nella ICC Hardship clause viene *in primis* ribadita la regola aurea del *pacta sunt servanda*, stabilendo che la parte “*is bound to perform to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous*”<sup>420</sup>.

Il commento ufficiale esplicita la ragione per cui i *drafters* hanno sentito l'esigenza di riaffermare questo principio. Ribadire il concetto per cui il contratto debba esser eseguito, ancorché la prestazione sia diventata più onerosa. potrebbe, in effetti, sembrar superfluo, stante il fatto che l'hardship è invocabile solo in ipotesi eccezionali (i.e. solo quando le stringenti condizioni incluse nel paragrafo 2 siano

---

<sup>419</sup> In questi termini S. CIRIELLI, *op. cit.* 733 ss. Ma vedi anche Introductory Notes dell'edizione 1985.

<sup>420</sup> ICC, *Hardship clause*, 2003.

soddisfatte). Tuttavia, sulla decisione ha pesato la volontà di dar un ulteriore segnale alla giurisprudenza circa la natura straordinaria della *chance* dello svincolarsi dal dovere d'adempire le prestazioni cui, per effetto del contratto, s'è tenuti<sup>421</sup>.

Pur mancando una vera e propria definizione di *hardship*<sup>422</sup>, al paragrafo due sono introdotte le condizioni al ricorrere delle quali, è possibile derogare al principio della *sanctity of contract* racchiuso nel comma precedente. Per beneficiare di questa eccezione alla regola, la parte dovrà esser in grado di provare, innanzitutto, che l'adempimento delle proprie obbligazioni è divenuto eccessivamente oneroso. Qui, si nota ancora una marcata analogia coi Principi Unidroit.

Infatti, come stabiliscono i PICC, il discrimine per applicare la teoria dell'*hardship* corre lungo la differenza tra una performance divenuta più gravosa ed un adempimento diventato eccessivamente oneroso.

Ed è per questo che, nel caso d'una prestazione divenuta semplicemente più onerosa, non si avrà l'*hardship*; nell'ipotesi, invece, di una *performance excessively burdensome*, sarà possibile, al verificarsi delle ulteriori condizioni imposte, invocare l'*hardship*<sup>423</sup>.

Va precisato che l'eccessiva onerosità sopravvenuta dev'esser dovuta ad eventi al di fuori della sfera di controllo della parte che si assume lesa, e che non è ragionevole pensare la parte medesima avrebbe potuto tener in considerazione, al momento della conclusione del contratto.

Ciò posto, corre l'obbligo d'effettuare due opportuni rilievi.

*In primis* si può constatare come la clausola tipo, proposta dalla ICC, sulla falsariga della norma dei PICC, prenda in considerazione

---

<sup>421</sup> ICC, *Hardship clause*, 2003, commento ufficiale, c).

<sup>422</sup> Così R. DOWNES, *Defining the Undefinable: Codifying 'Force Majeure' and 'Hardship'*, in Mondaq Business Briefing, in <http://www.mondaq.com/x/311132/Contract+Law/Defining+the+Undefinable+Codifying+Force+Majeure+and+Hardship>

<sup>423</sup> Così C. BRUNNER, *op. cit.* 397

non solo gli eventi verificatisi successivamente alla conclusione del contratto, ma anche quelli che hanno avuto luogo antecedentemente, che, purtuttavia, le parti non conoscevano e non avrebbero in, ogni caso, potuto conoscere. Nel commento ufficiale si precisa, però, che, se le parti vogliono limitare l'applicabilità della clausola ai soli eventi accaduti *ex post*, sarà sufficiente precisarlo al momento della redazione del contratto<sup>424</sup>.

*In secundis*, si può notare che anche la clausola-modello rimanda ad un *foreseeability test* condotto sulla base d'un parametro di ragionevolezza, con il chiaro intento d'ovviare al rischio di pericolosi soggettivismi.

Tuttavia, alla stregua dell'analizzata *standard clause*, non è sufficiente che l'evento perturbativo, imprevisto ed imprevedibile, non sia dipeso dalla condotta della parte, si richiede altresì, che l'evento o le conseguenze del medesimo, non fossero ragionevolmente evitabili o superabili.

Manca, invece, un richiamo esplicito all'allocatione del rischio ad opera del contratto, presente nell'art 6.2.2 dei Principi Unidroit e nei PECL.

Nelle ipotesi in cui queste condizioni cumulative si siano congiuntamente verificate, sorge, in capo alle parti un vero e proprio obbligo di rinegoziare i termini del contratto. A differenza di quanto espresso, almeno in termini espliciti, nei Principi Unidroit ed in analogia con quanto visto nel *wording* dei PECL, la *ICC model clause*, stabilisce che le parti sono obbligate ad intraprendere le trattative per emendare il regolamento contrattuale, entro un termine ragionevole dal momento in cui s'invoca la clausola *de qua*.

---

<sup>424</sup> ICC, *Hardship clause*, 2003, Commento Ufficiale, lettera d).

La norma risulta profondamente modificata rispetto alla precedente versione della ICC Hardship Clause 1985. Ciò che rimane inalterato è, in ogni caso, l'intento sotteso a questa previsione. Come scriveva Cirielli in relazione alla formulazione precedente della clausola tipo, questa sezione "è riconducibile all'insorgere delle circostanze imprevedute che rendono eccessivamente onerosa la prestazione e mira a mantenere in vita il contratto mediante una rinegoziazione dello stesso."<sup>425</sup>.

L'affermazione, nonostante le intervenute modifiche d'ordine testuale, rimane valida oggi come allora.

Qualora le parti non riescano a pergiungere ad un accordo per adattare il contratto, la parte lesa ha diritto di chiederne la risoluzione.

Qui le differenze col documento originario della ICC, sono notevoli<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> S. CIRIELLI, *op. cit.* 733 ss.

<sup>426</sup> In esso, infatti, qualora si fosse rivelato impossibile raggiungere un nuovo accordo in un termine prestabilito di 90 giorni, alla parti era data la possibilità di scegliere una delle quattro alternative ivi proposte. In particolare, si prevedeva che, trascorso il termine prefissato, senza esito positivo delle trattative:

1. *the contract remains in force in accordance with its original terms; or*
2. *either Party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations in Order to obtain the appointment of a third Person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third Person shall give his opinion to the Parties as to whether the conditions for revision provided in Paragraph 1 are satisfied. If so, he shall recommend an equitable revision of the contract which ensures that neither Party suffers excessive prejudice. The opinion and recommendation of the third Person shall not be binding on the Parties. The Parties will consider the third's Person opinion and recommendation in good faith in accordance with Article 11 (2) of the said rules for the regulation of contractual relations. If the Parties then fail to agree on the revision of the contract, the contract remains in force in accordance with its original terms.*

3. *Either Party may bring the issue of revision before the arbitral forum, if any, provided for in the contract, or otherwise the competent Courts*

4. *either Party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations in Order to obtain the appointment of a third Person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third Person shall decide on the Parties' behalf whether the conditions for revision provided in Paragraph 1 are satisfied. If so he shall revise the contract on an equitable basis in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice. The decision of the third person shall be binding on the parties and shall be deemed to be incorporated in the contract.* Cirielli faceva notare, in termini d'apprezzamento, la peculiarità del meccanismo di nomina del terzo. S. CIRIELLI, *op. cit.* Il Comitato in questione fu istituito dalla ICC nel 1978 con l'obiettivo d'approntare una soluzione rapida, sotto forma di semplici raccomandazioni che la parti avrebbero dovuto



Risulta perspicuo che le conseguenze giuridiche dell'hardship rappresentano il punto di maggior distacco rispetto alle disposizioni Unidroit.

La clausola modello prevede, infatti, solo due possibili conseguenze: la negoziazione o la *termination* del contratto.

Possiamo rilevare come i redattori della clausola abbiano *ex professo* deviato dal modello proposto nei PICC, per ispirarsi alla disciplina del codice civile italiano, che sarà esaminato con maggior dettaglio nel prossimo capitolo<sup>427</sup>.

La ICC motiva la scelta d'aver voluto evitare d'inserire una previsione in favore del ricorso al potere giudiziario per l'adattamento del contratto, in quanto 'ICC Hardship Clause 2003 dovrebbe incoraggiare le parti ad addivenire ad una soluzione propria ed autonoma. In ogni caso, infatti, se la parte svantaggiata non accetti, senza giustificato motivo, le alternative proposte o al contrario se la controparte rifiuti d'offrire una valida alternativa, la disputa sarà comunque portata dinnanzi ad un tribunale statale o ad una corte arbitrale, o dalla parte lesa per chiedere la risoluzione del contratto, o dall'altro contraente per chiederne l'adempimento<sup>428</sup>.

Ad opinione di chi scrive, in realtà, i *drafters* sembrano aver dimenticato che ambedue le ipotesi prospettate, sebbene un giudice o un arbitro possa investito della questione, non avrà comunque la possibilità d'intervenire sul contenuto del contratto.

---

considerare in buona fede, ovvero sotto forma di decisioni vincolanti che la parti avrebbero dovuto rispettare. Il comitato, tuttavia, non fu mai chiamato ad operare. A questo proposito, V. *Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation*, by World Intellectual Property Organization., 1995, 113.

<sup>427</sup> L'art 1467 c.c. prevede che "in presenza di eventi straordinari e imprevedibili che rendono eccessivamente onerosa una prestazione, la parte che deve eseguire questa prestazione può chiedere la risoluzione del contratto poiché divenuto eccessivamente oneroso".

<sup>428</sup> ICC, *Hardship Clause, 2003*, Commento Ufficiale, lettera e).

Si rileva, inoltre, che nonostante la previsione d'un esplicito *duty to renegotiate*, non è contemplato il risarcimento del danno per il rifiuto d'adempiere a questa specifica obbligazione.

Da ultimo, dobbiamo rimarcare come la clausola modello non preveda alcun *compensatory payment*, quale contropartita per la risoluzione del contratto. Per cui, se questa verrà incorporata nel contratto, direttamente o *per relationem*, dovranno necessariamente esser incluse previsioni aggiuntive che regolino le conseguenze *post-termination*.

Ad oggi le ICC Hardship clause, non sono mai state utilizzate in concreto, ma il fatto non sorprende gli operatori giuridici. Le clausole tipo appena discusse lasciano, infatti, molte questioni aperte che le parti dovranno adattare a ciascuna circostanza, in base alle proprie esigenze. Pertanto, anche qualora fossero utilizzate, si tratterebbe, in ogni caso, d'una forma emendata delle medesime.

La sensazione è, quindi, che le ICC Hardship clause siano destinate a rimanere “*an obscure footnote in the history of commercial contracts*”<sup>429</sup>.

---

<sup>429</sup> In questi termini R. DOWNES, *op. cit.* in <http://www.mondaq.com/x/311132/Contract+Law/Defining+the+Undefinable+Codifying+Force+Majeure+and+Hardship>

## Capitolo III: Analisi comparata dell'hardship nei vari ordinamenti

### **1. Introduzione**

Nel capitolo precedente sono state illustrate le soluzioni elaborate in ambito internazionale per fronteggiare gli effetti che il mutamento, imprevisto ed imprevedibile, delle circostanze per fatti susseguenti alla stipula del contratto determina su quest'ultimo.

Nel presente capitolo, invece, l'attenzione sarà concentrata sul modo in cui la medesima problematica viene affrontata da alcuni ordinamenti giuridici nazionali.

Il primo sistema giuridico, su cui questa breve analisi comparatistica si focalizzerà, è l'ordinamento tedesco, partendo dal presupposto che l'approccio accolto in terra germanica si mostra come il più simile, sotto molteplici aspetti, rispetto a quello utilizzato in ambito internazionale e, in particolare, nei principi Unidroit.

Di seguito l'analisi sarà rivolta all'ordinamento italiano, che già con il varo del codice del 1942 aveva provveduto a regolare le ipotesi d'eccessiva onerosità sopravvenuta, ponendosi come strumento avanguardistico in questo particolare ambito. Quindi si proseguirà con la disamina dei due maggiori ordinamenti di *common law*, i.e. quello inglese e quello statunitense, mentre, da ultimo, sarà esaminato il rigido punto di vista del codice e della giurisprudenza francesi.

## 2. L'ordinamento tedesco

Per introdurre il discorso sull'ordinamento tedesco, ci corre l'obbligo di considerare il seguente icastico esempio riportato da Puelinckx: in Germania, dopo la Prima guerra mondiale, a causa della galoppante inflazione, il valore d'un menù al ristorante alle volte poteva variare dal momento in cui il cliente faceva il proprio ordine a quello in cui gli veniva presentato il conto<sup>430</sup>.

Per questa ragione, non stupisce che l'approccio del sistema giuridico tedesco non sia stato il più flessibile, pur rimanendo oggettivamente quello con maggiori spunti e profili d'interesse.

In realtà, l'area tedesca ha mostrato una certa sensibilità al tema, ancor prima del periodo a cui si faceva rimando pocanzi.

Difatti, come riporta Chamie<sup>431</sup>, già nelle prime codificazioni, di matrice giusnaturalista, considerate come antesignane in senso giuridico del BGB, il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756 e poi l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794.

Il codice bavarese includeva, infatti, una disposizione che riproduceva, in modo dettagliato, il contenuto della clausola *rebus sic stantibus*, su cui la disciplina dell'hardship sarà in seguito costruita.

In esso si codificano, quindi, i presupposti che la parte doveva dimostrare sussistenti per poter invocare il mutamento delle circostanze, ossia segnatamente:

1. assenza di colpa;
2. imprevedibilità del mutamento delle circostanze;
3. rilevabilità oggettiva del mutamento delle circostanze secondo

il parere di un terzo.

---

<sup>430</sup> Così A. H. PUELINCKX, *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit Change of Circumstances. A comparative study in English, French, German and Japanese law*, in 3 J. Int'l Arb., 1986, No. 2, 59

<sup>431</sup> Così J. FELIX CHAMIE, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, in Revista de Derecho Privado No. 14, 2008, 125.

Per quanto concerne, invece, l'*Allgemein Landrecht*, la linea seguita era analoga, seppur più restrittiva. Esso stabiliva, innanzitutto (al § 377), la regola dell'irrelevanza degli eventi successivi alla conclusione del contratto, salvo quando essa abbia determinato una 'vera impossibilità'.

Purtuttavia, al paragrafo susseguente si temperava questo principio, stabilendo quanto segue:

«È reso, però, impossibile per un mutamento imprevedibile delle circostanze lo scopo finale (Endzweck) d'entrambe le parti espressamente dichiarato o desunto dalla natura del negozio, allora ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto non ancora adempiuto»<sup>432</sup>.

Tuttavia, la dottrina tedesca del XIX Secolo<sup>433</sup> rigettò la *clausola rebus sic stantibus*, ritenendola pericolosa per la certezza del diritto data la sua intrinseca vaghezza. Solo Windscheid, illustre esponente della pandettistica germanica, perseverò nello sviluppare una teoria che tenesse conto delle circostanze sopravvenute ed imprevedibili. In buona sostanza, la teoria sviluppata da Windscheid<sup>434</sup>, che prese il nome di *Lehre von der Voraussetzung* (i.e. teoria della presupposizione), stabilisce che, di norma, i contraenti danno per assunto che gli effetti giuridici del contratto si produrranno soltanto sulla base dell'esistenza di certi presupposti, pur non avendoli espressamente inseriti all'interno del contratto sotto forma di vera e propria condizione. Pertanto, se tali tacite circostanze, co-presupposto dell'accordo tra le parti, venissero meno, potrebbe non risultare sia

---

<sup>432</sup> Così R. CARDILLI, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali in Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, 1-37.

<sup>433</sup> Fu in particolar modo la scuola storica a ripudiare la clausola in esame che aveva invece goduto del favore di glossatori e giusnaturalisti. Per un'analisi storica vedi T.GALLETTO *Clausola rebus sic stantibus* in *Digesto civ II*, UTET, Torino, 1988, pag 383

<sup>434</sup> B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1850.

ragionevole, che giusto, perpetrare l'esecuzione del contratto, avendo recitato un ruolo protagonista o deuteragonistico sulla volontà delle parti d'obbligarsi. In queste ipotesi, l'obbligato avrebbe il diritto di chiedere la rescissione del contratto<sup>435</sup>.

Le principali critiche<sup>436</sup> mosse alla teoria di Windscheid si fondavano sull'idea che questa teoria avrebbe funto da grimaldello, per rendere il motivo unilaterale, ancorché noto alla controparte, rilevante al pari d'una vera e propria condizione. Per questa via si sarebbe legittimata la parte svantaggiata a riversare il rischio contrattuale sull'altro contraente.

Nonostante queste dure critiche, la prima bozza del BGB conteneva una norma non dissimile da quanto sancito dalla teoria della "tacita presupposizione" di Windscheid<sup>437</sup>.

La seconda commissione, però, nella revisione della prima proposta di codice, eliminò la disposizione, per il timore che una simile legge avrebbe messo a rischio la sicurezza delle transazioni commerciali<sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> "Nel pensiero di Windscheid le supposizioni relative a circostanze influenti sul contratto, che siano state determinanti della conclusione dell'affare, costituiscono una limitazione della volontà dichiarata: limitazione che, essendo inespressa, assume la stessa giuridica rilevanza della condizione e del *modus*, integrando appunto un'autentica<<condizione non sviluppata>>". Così M. BESSONE "Presupposizione" *sopravvenienza di eventi e problemi di teoria generale del contratto* in Rivista del Notariato, 1981, pag 1007.

<sup>436</sup> "È ben noto che l'elaborazione di Windscheid incontrò immediatamente severe critiche, che muovevano dalla considerazione secondo la quale... la presupposizione finisce per far dipendere l'efficacia del contratto dall'interno volere." Così ROPPO *Trattato del contratto*, vol.5, Giuffrè, Milano, 2006, pag 518 nota 3. In particolare Regelsberger e Sohm sostennero che dare rilevanza alla volontà delle parti prescindendo dal contenuto del negozio avrebbe compromesso la certezza dei rapporti giuridici e dei suoi effetti. REGELSBERGER *Pandekten*, Leipzig, 1893, p.607; SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, 1898, p.209;

<sup>437</sup> In realtà ciò non deve sorprendere dato che Windscheid fu membro della prima commissione che elaborò la bozza iniziale del codice tedesco.

<sup>438</sup> Per quest'analisi WERNER LORENZ, *Contract Modification as a Result of Change of Circumstances* in J. BEATSON - D. FRIEDMAN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford Scholarship Online, Marzo 2012, 4 e 5. *The clause rebus sic stantibus nevertheless found its way into the BGB by means of §§ 242, 157 and 325. Under §§ 242 and 157 of the BGB, the debtor's obligation to perform may be limited where, as a result of complete change in economic circumstances, performance has become economically different from the performance originally contemplated by the parties.*

Tale rigido approccio della dottrina e del legislatore tedesco perdurò fino alla Prima guerra mondiale, per cui, sulla base del § 275, se l'adempimento della prestazione dedotta in contratto era impossibile l'accordo poteva esser rescisso ovvero andava adempiuto<sup>439</sup>.

I gravi avvenimenti della Prima guerra mondiale, però, minarono le basi di questa granitica giurisprudenza. Difatti, la Repubblica di Weimar al termine del conflitto fu sconvolta da un'inflazione del Marco fuori controllo, anche per effetto delle ingenti riparazioni di guerra che il Trattato di Versailles impose agli sconfitti come la Germania. Emblematico è notare, infatti, come un quotidiano che ancora nel 1921 costava appena 0,3 marchi, nel 1923 il relativo costo del medesimo giornale era addirittura balzato a ben 70 milioni di marchi<sup>440</sup>.

Per controbilanciare gli effetti dell'iperinflazione<sup>441</sup>, il *Reichsgericht*, la suprema corte tedesca, fece ricorso alla teoria dell'impossibilità economica o *Wirtschaftliche Unmöglichkeit*.

Tale Teoria altro non sarebbe, secondo quanto riportato da Karampatzos, se non un'espansione della nozione tradizionale d'impossibilità, estesa a tal punto da potervi includere quelle circostanze in cui l'adempimento del contratto porterebbe il debitore a sopportare un onere “*uncosciousable*”<sup>442</sup>.

---

Similarly, under § 325, impossibility may be understood as including economic impossibility. Così W. F. EBKE- B.M. STEINHAEUER *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in BEATSON D. FRIEDMAN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford Scholarship Online, Marzo 2012, 8.

<sup>439</sup> Così VELIMIR ŽIVKOVIĆ, *Hardship in French English and German Law*, in <http://ssrn.com/abstract=2158583>.

<sup>440</sup> Tutti ricorderanno l'emblematica immagine dei bambini che giocano con aquiloni fatti di banconote disponibile nell'archivio Gamma Presse and Keystone, France.

<sup>441</sup> Fase d'inflazione acuta in cui in taluni periodi l'inflazione raggiunge valori così elevati da indurre, per contrastare la perdita di potere d'acquisto, a sostituire la moneta con valuta estera o addirittura a ricorrere a forme di baratto. Per l'economista P. Cagan si ha i. se la crescita dei prezzi è superiore al 50% mensile.

<sup>442</sup> Così A. KARAMPATZOS, *Supervening hardship as subdivision of the general frustration rule: a comparative analysis with reference to Anglo-American, German, French*

Questa teoria applica la norma sull'impossibilità della prestazione - i.e. §275 BGB - a quei contratti in cui la *performance* non è legislativamente od oggettivamente divenuta impossibile, ma in cui l'adempimento comporta un'irragionevole ed imprevedibile hardship su uno di contraenti, consentendogli d'essere liberato dall'obbligo d'adempire<sup>443</sup>.

Questa teoria, chiamata anche *Opfergrenze*, che sta ad indicare il limite ultimo oltre il quale risulterebbe ingiusto, e contrario alla buona fede, pretendere l'adempimento, fu uno dei passi fondamentali che condussero Oertmann ad elaborare la celebre teoria *Wegfall der Geschäftsgrundlage*<sup>444</sup>.

In un secondo momento, fu proprio a questa teoria che Reichsgericht rinviò per motivare alcune sue decisioni.

Illustriamo, quindi, un caso pratico.

Nel Maggio 1919, uno dei proprietari d'una filanda fece un accordo per vendere la sua quota, la cui titolarità avrebbe dovuto esser trasferita, contestualmente al pagamento della prima metà del prezzo pattuito, nel Gennaio 1920. Inoltre, la seconda parte del prezzo complessivo avrebbe dovuto essere versato all'inizio dell'anno seguente.

Tuttavia, tra il Maggio 1919 e l'inizio dell'anno seguente, il Marco subì una svalutazione drammatica così macroscopica che il potere d'acquisto della moneta diminuì di circa l'80%.

Per questa ragione, il prezzo concordato *ab origine* e che la parte avrebbe dovuto versare, non corrispondeva più al valore della

---

*and Greek law*, in *European Review of Private Law*, Kluwer Law International, 2005, vol. 2, 122.

<sup>443</sup> In questi termini H. RÖSLER *Hardship in German codify private law. In comparative perspective to English, French and International contract law*, in *European Review of Private Law*, 2007, vol. 3, 487,488.

<sup>444</sup> A. H. PUELINCKX, *op. cit.*, 60.



controprestazione. Ma nonostante ciò, veniva preteso l'adempimento della prestazione nei termini originari.<sup>445</sup>

Così, quando nel 1922<sup>446</sup> il *Reichsgericht* fu investito della questione, si discostò dalla teoria dell'impossibilità economica, di cui in precedenza s'era avvalsa per motivare le proprie decisioni in relazione a casi analoghi a quello appena descritto, per riferirsi alla *Geschäftsgrundlaghe* (basi della transazione), appena due anni prima<sup>447</sup>.

Secondo questa scuola di pensiero “ogni contratto viene stipulato per uno scopo preciso e deriva da un primario intento delle parti, che non potrebbero esser raggiunti o realizzati in assenza d'un dato contesto; così, per esempio, il principale ordine socio-economico, il valore della moneta, le normali condizioni politiche, etc.”<sup>448</sup>.

L'aspetto centrale di questa dottrina, sta nel fatto che nei contratti sinallagmatici la ragione giustificatrice della prestazione d'una parte risiede nella controprestazione. Per questa ragione, cambiamenti successivi (in particolare la svalutazione monetaria), potrebbero costituire una ragione sufficiente per esser liberati dall'obbligazione, se il cambiamento intervenuto abbia l'effetto di perturbare l'equilibrio del sinallagma<sup>449</sup>.

A differenza della teoria elaborata da Windscheid, secondo la dottrina del *Geschäftsgrundlaghe*, le aspettative della parte in relazione

---

<sup>445</sup> Simplified summary of the judgment in RGZ 103, 328; L'esempio è riportato anche H. RÖSLER op.cit pag 491. Per maggiori dettagli sul caso vedi H. RÖSLER, *Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage*, Juristische Schulung 2004, p. 1058 (part 1) V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H.BECK, München, 6th ed. 2005, p. 429 ss.

<sup>446</sup> RGZ 103,328; Vedi anche K.ZWEIGERT-,H. KÖTZ *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè Milano, 2011, pag 251

<sup>447</sup> Per quest'analisi V. ancora H. RÖSLER, *idem*, 491.

<sup>448</sup> A. H. PUELINCKX, *ibidem*.

<sup>449</sup> In questi termini M. R. FIROOZMAND, *Changed Circumstances and Immutability of Contract: a Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines*, in *Business Law International*, Vol. 8, No. 2, 2007, 12-13.

al futuro adempimento del contratto devono essere reciproche. Questo mutuo intendimento delle parti venne definito come base o fondamento del contratto, da cui il nome di *Geschäftsgrundlaghe*.

Se le suddette basi del contratto crollano, la corte può alternativamente esonerare la parte dall'adempimento del contratto ovvero adattare il contratto al fine di restaurarne l'equilibrio. Condizioni indispensabili, purtuttavia, per render possibile la rescissione o l'emendamento eterologo del contratto, sono l'imprevedibilità delle circostanze sopravvenute, così come la mancata assunzione del rischio da parte del contraente svantaggiato<sup>450</sup>.

Dopo la seconda guerra mondiale, la Germania si trovò a dover affrontare problemi non dissimili rispetto a quelli verificatisi nel primo dopoguerra, aggravati dalla divisione territoriale, e come in passato la legge non offrì valide soluzioni al riguardo. Così fu ancora una volta la giurisprudenza tedesca a dover intervenire. Il *Bundesgerichtshof*, succeduto al *Reichsgericht*, adottò un approccio non troppo dissimile, ancorché più cauto rispetto a quello seguito in precedenza dalla Corte Suprema. Con l'intento di salvaguardare la regola aurea del *pacta sunt servanda*, la Suprema Corte Federale, applicò la teoria della "*collapse of the foundation of the transaction*" solo in circostanze del tutto straordinarie. Almeno ad un livello teorico, le decisioni del *Bundesgerichtshof* continuarono ad essere motivate richiamando la teoria elaborata da Oertmann, anche se, in realtà, il richiamo risultò più un mero ossequio formale che una vero perno argomentativo<sup>451</sup>. A titolo esemplificativo riportiamo il notissimo c.d. "*drill hammer case*", deciso dal *Bundesgerchthof* nel 1953. I due contraenti protagonisti della vicenda giudiziaria in esame, concludevano un contratto per la consegna di 600 martelli pneumatici. Il modello dei martelli

---

<sup>450</sup> Così E. BARANAUSKAS - P. ZAPOLSKIS, *The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract*, in *Jurisprudence*. 2009, vol. 4, 205.

<sup>451</sup> Così KARAPATZOS, *op. cit.*, 124.

pneumatici, oggetto del contratto, era già obsoleto al momento della sua conclusione, tuttavia, nonostante l'accordo fosse stato siglato nella Germania Ovest, il convenuto intendeva inviarli nella Germania Est ove i martelli pneumatici, ancorché d'una tipologia ormai datata, avrebbero trovato ancora mercato. Questo intento era noto alla controparte. Quando già 200 pezzi erano stati prodotti, il *Berlin Blockade* rese impossibile l'esportazione delle merci nella Germania Est. La corte investita della questione statuì che l'intenzione di rivendere i martelli pneumatici nella Germania Est non era un mero motivo individuale, e perciò stesso irrilevante, ma costituiva la "base della transazione" anche se l'uso che il convenuto intendeva farne non era stato inserito nel regolamento contrattuale<sup>452</sup>.

In tempi più recenti, la teoria *Geschäftsgrundlaghe* fu ancora una volta utilizzata dal tribunale tedesco, quando venne chiamato a confrontarsi con gli effetti generati dalla riunificazione della Germania dopo il crollo del muro di Berlino. Il problema principale riguardava i contratti stipulati sulla base della legge della Germania filo Sovietica una volta che questa fu annessa alla ex Germania Ovest (i. e. la Repubblica Federale Tedesca). Per maggior chiarezza verrà riportato un caso, deciso nel 1992, in cui il *Bundesgerichtof*, ha risolto questa tipologia di problemi sulla base della "teoria della base contrattuale".<sup>453</sup>

Attore e convenuto erano entrambi appartenenti alla Germania Est ed avevano stipulato, nel 1990, un contratto in base al quale l'attore avrebbe consegnato delle stampanti, importate dall'Austria, al convenuto, una compagnia governativa della Germania orientale. Il corrispettivo delle consegna avrebbe dovuto essere versato nella moneta corrente della Germania Est. Purtroppo, dopo il pagamento

---

<sup>452</sup> L'esempio è riportato in questi termini da W. LORENZ, *op. cit.*, 13.

<sup>453</sup> 14 Ott. 1992, BGH, NJW 1993, 259

della prima quota, non ve ne furono altri. In seguito alla riunificazione del territorio tedesco, la compagnia governativa, chiamata in giudizio per i pagamenti mancanti, si difese sostenendo di non poter più adempiere la propria obbligazione poiché i fondi del governo della Germania Est, così come quelli della banca, anch'essa dell'est, erano venuti a mancare.

L'origine dei fondi attraverso i quali il convenuto avrebbe adempiuto il contratto, era però nota al fornitore. La Suprema Corte Federale Tedesca deliberò in questi termini: *in primis*, stabilì l'applicabilità, in astratto, della teoria del *Geschäftsgrundlaghe*, ai contratti conclusi in base al diritto della Germania Est. In secondo luogo pose, come regola generale, il principio a tenore del quale la parte ha l'onere di procurarsi i fondi per finanziare l'adempimento della proprie obbligazioni, gravando, di conseguenza, su di essa anche il rischio di poterli reperire.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte Suprema ritenne opportuno prendere in considerazione il particolare assetto economico in vigore sotto il regime sovietico. L'URSS, infatti, portava avanti un'economia pianificata, in cui non vi era spazio per la libera iniziativa economica e le imprese, tenute a rispettare i piani quinquennali elaborati a livello governativo, ricevevano i finanziamenti necessari a portar avanti l'attività loro assegnata, direttamente sulla base del piano. Per questa ragione, il *Bundesgerichtof*, preso atto dell'eccezionalità delle circostanze, si pronunciò in favore di un aggiustamento del contratto, sulla base della teoria di matrice oertmanniana, affinché entrambe le parti sopportassero equamente le conseguenze del crollo dell'Unione Sovietica<sup>454</sup>.

Nel 2002, il legislatore tedesco ha introdotto, all'interno di un processo di generale riforma del diritto delle obbligazioni del BGB,

---

<sup>454</sup> V. per tale esempio W. F. EBKE - B. M. STEINHAEUER, *op. cit.*, 12-13 .

una disposizione *ad hoc* per normare le ipotesi di *Störung der Geschäftsgrundlage*. La nuova *Regel* espressa dal § 313 del BGB, è contenuta nel Secondo Libro delle obbligazioni, sezione 3: 'Obbligazioni contrattuali', titolo 1: 'Fondamento, Contenuto e Scioglimento', sottotitolo 3: 'Adattamento e Scioglimento del Contratto'<sup>455</sup>.

Il §313.1 regola l'ipotesi dell'*objective foundations of the contract* dopo la sua conclusione, con particolare riguardo al venir meno dell'equilibrio sinallagmatico e alle ipotesi in cui l'adempimento sia diventato eccessivamente oneroso per una delle parti. Se l'alterazione è significativa al punto che le parti non avrebbero concluso l'accordo, o non l'avrebbero concluso in questi termini, il contratto può essere adattato giudizialmente.

In tale ipotesi non è ragionevole che la parte rimanga vincolata all'adempimento dell'obbligazione, risultando doveroso che entrambe le parti subiscano e condividano gli effetti del mutamento delle circostanze. Se la prestazione sia ragionevolmente esigibile o meno, ciò andrà determinato sulla base delle circostanze del caso concreto, tenendo, altresì, in considerazione l'allocazione del rischio, contrattualmente o legislativamente determinata.

È evidente che il legislatore tedesco ha voluto elaborare una disciplina che comportasse soluzioni di continuità con la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, ragion per cui la nuova normativa risulta come una codificazione delle regole di creazione giudiziale.

Il comma successivo introduce criteri di natura soggettiva, disciplinando l'ipotesi dell'errore, comune ad entrambe le parti, sulle

---

<sup>455</sup> Ragion per cui non si applica alle obbligazioni di fonte legale così come agli atti unilaterali.

circostanze che costituiscono la base del contratto, estendendo anche a quest'ipotesi la disciplina esposta nel comma precedente.

Infine, il comma tre provvede a regolamentare le ipotesi in cui l'emendamento del contratto appaia irragionevole da accettare o impossibile, stabilendo che in tale ipotesi la parte svantaggiata possa revocare il contratto. Tuttavia la risoluzione prende il posto della recessione qualora si tratti di rapporti di durata.<sup>456</sup>

In circostanze siffatte, la parte può ricorrere, come rimedio ultimo ed estremo, alla risoluzione del contratto. Per la disciplina della risoluzione, la norma rinvia, in ogni caso, ai paragrafi 346 e seguenti, in cui la *law on termination of contract* trova compiuta sistemazione.

Da ultimo, è opportuno notare come la normativa *de qua* sia concepita come *default rule*.

Essa sarà applicabile solo in via sussidiaria, quando la struttura del contratto e le clausole nello stesso contenute non consentano la risoluzione del problema. Inoltre, hanno applicazione prioritaria altre disposizioni come, ad esempio, le norme sulla rescissione (§§119 e ss), sull'impossibilità sopravvenuta (§275) e sulla responsabilità del produttore per i difetti del prodotto<sup>457</sup>.

### 3. Common law

Per quanto concerne gli ordinamenti di *common law*, possiamo notare come per lungo tempo il sopraggiungere di eventi imprevedibili non determinava *more solito* ripercussioni sugli obblighi contrattuali, né in termini di ridimensionamento di questi, né tanto meno quale causa d'esonero dall'adempimento degli stessi. In progresso di tempo, invece, si fece strada una concezione diversa e meno rigida, per effetto

---

<sup>456</sup> S. PATTI- L. VACCA, *Trattato sulle obbligazioni*, Vol. 5, Wolters Kluwer Italia, 2010, pag 310

<sup>457</sup> Per questa analisi V. RÖSLER, *idem*, 489-490.

della quale, il contratto si considera *void per frustration*, qualora l'evento sopravvenuto comporti un'impossibilità radicale d'adempiere l'obbligo contrattuale ovvero una sua totale diversità rispetto a quello originario. Tuttavia, mentre il diritto inglese ha applicato la dottrina in esame restrittivamente, negli Stati Uniti la teoria della *commercial impracticability*, che regola circostanze analoghe, appare meno rigida<sup>458</sup>.

A fini di chiarezza espositiva appare più opportuno procedere con ordine e scindere l'analisi dei due ordinamenti.

Il punto di partenza, per quanto concerne il diritto britannico è il celebre caso *Paradine vs Jane*, datato 1647.<sup>459</sup> A partire da questo caso, infatti, i giudici inglesi seguitavano a mantenere fede al principio espresso dal *King's Bench* secondo cui la parte che si è obbligata sulla base d'un contratto, è sempre tenuta ad adempierlo, anche se sia oggettivamente impossibilitata a farlo. Nella vertenza in esame il proprietario agiva in giudizio contro il locatario per il pagamento della pigione. L'affittuario addusse in sua difesa d'essere stato tenuto lontano, dal possedimento dai nemici del re durante la guerra civile. La corte ritenne insostenibile la difesa imponendo al locatario di sopportare l'onere di perdite impreviste, stabilendo, altresì, che la presenza dei nemici del re nel possedimento avrebbe potuto scusare l'inadempimento di un'obbligazione di fonte legale ma non un obbligo volontariamente assunto. Il locatario avrebbe potuto proteggersi dai rischi negoziando una esimente ad hoc al momento della stesura del contratto<sup>460</sup>. Quanto espresso dai giudici in questa sentenza, continuò ad essere applicato in maniera rigida ed immutata per quasi due secoli.

---

<sup>458</sup> Così D. CORAPI, *op. cit.*, 25-26.

<sup>459</sup> *Paradine v. Jane* 1647 EWHC KB J5

<sup>460</sup> V., per questo esempio e la relativa analisi, J. M. PERILLO, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1996, 1.

Tuttavia nel tempo, e più in particolare a partire dalla sentenza Taylor vs Caldwell<sup>461</sup> risalente al diciannovesimo secolo, questa rigidità fu in parte mitigata.

Si trattava d'un caso d'oggettiva impossibilità.

Sulla base del contratto, difatti, l'attore, di professione musicista, avrebbe dovuto tener un concerto nella *music hall* di proprietà del convenuto. Ma poco prima della data fissata per il concerto, tale sala fu distrutta dal fuoco<sup>462</sup>. I giudici inglesi stabilirono al riguardo che in tal caso, come nelle ipotesi in cui l'adempimento di un contratto dipende dalla permanenza in vita di una persona determinata o dall'esistenza di una specifica cosa, questa rappresenta una condizione implicita tale per cui, il venir meno della stessa, sarà considerata da entrambe le parti ragione sufficiente per scusare l'inadempimento.

Mettendo, però, da parte questo caso e situazioni analoghe in cui sussiste in maniera icastica l'oggettiva impossibilità di tener fede agli obblighi contrattualmente assunti, appare opportuno concentrare l'attenzione su come il diritto britannico fronteggi il problema dei contratti il cui adempimento sia possibile ma del tutto privo di significato da un punto di visto commerciale<sup>463</sup>.

Punto nodale e momento iniziale di quest'analisi, è la c.d. *doctrine of frustration*. È generalmente riconosciuto che questa dottrina, quale concetto giuridico del diritto dei contratti, abbia un'origine recente. Le discussioni e le supposte applicazioni di essa risalgono ad una serie di casi dell'inizio del '900 denominati "*coronation cases*". Si ritiene infatti che la dottrina sia stata in essi

---

<sup>461</sup> Taylor v Caldwell 1863 EWHC QB J1

<sup>462</sup> L'esempio è ancora una volta riportato da PERILLO, *op. cit.*, 2.

<sup>463</sup> Così E. C. ZACCARIA, *The Effect of the Changed Circumstances in International Commercial Trade*, in *International Trade and Business Law Review*, 2005, 142.



per la prima volta riconosciuta ed affermata .<sup>464</sup> Il più famoso di tali cases è Krell v Henry.<sup>465</sup>

Krell decide di mettere in affitto un appartamento su Pall Mall, a Londra, per due giorni, durante i quali era programmato che avrebbe luogo la processione per l'incoronazione del re Edward VII . Henry, colpito dall'annuncio apposto da Krell sulle finestre dell'appartameto in questione, decise di prenderlo in affitto per assistere alla parata da un punto di osservazione privilegiato. Il prezzo pattuito ammontava alla considerevole somma di 75£, di cui 25£ sarebbe state versate a titolo di deposito cauzionale, le restanti 50£ avrebbero dovuto essere versate all'attore due giorni prima della data prevista per la parata.<sup>466</sup> Tuttavia di siffatto scopo non fu fatta esplicita menzione del contratto. La cerimonia d'incoronazione fu cancellata a causa d'una grave malattia del re ed Henry rifiutò, quindi, di pagare la parte non ancora versata del prezzo pattuito. Krell si rivolse, successivamente, alla corte per ottenere quanto ancora dovutogli, ma la corte si pronunciò in favore di Henry, argomentando che assistere al passaggio del corteo reale costituiva "*the foundation of the contract*" e le parti s'erano determinate a concludere l'accordo, al solo fine, conosciuto da entrambi i contraenti, di poter assistere al corteo dell'incoronazione (ciò era, altresì, confermato dell'alto prezzo fissato quale corrispettivo della locazione). L'annullamento della cerimonia nella data prevista, avvenimento che non era stato preso in considerazione da nessuna della parti, frustrava lo scopo del negozio<sup>467</sup>. L'attore non era più obbligato a mettere a disposizione le stanze, mentre il convenuto non

---

<sup>464</sup> N. R. WEISKOFF *Frustration of contractual purpose- doctrine or myth?*, in St John's Law Review, vol 70, n°2, 1996 pag 243.

<sup>465</sup> Krell v Henry, 2 K.B., 740, (C.A. 1903).

<sup>466</sup> L'annuncio affisso alla finestra pubblicizzava la possibilità di prender in affitto il balcone allo scopo d'assistere alla processione, come confermato dalla governante.

<sup>467</sup> Così G. BUNDY SMITH e T.J. HALL, *The frustration if purpose doctrine is alive and well*, in New York Law Journal, Vol. 246, n° 78, 21-ott-2011, in [www.nylj.com](http://www.nylj.com)

doveva più pagare il prezzo dell'affitto, dal momento che il “*non-happening [of the procession] prevent the performance the contract*”<sup>468</sup>, liberando in tal modo entrambe le parti dall'adempimento. La situazione così generata venne definita col concetto di *frustration of purpose*.

Tutti i contratti in generale si basano su numerosi assunti. Alle volte i presupposti su cui poggia il contratto sono esplicitati nel medesimo. Quando il presupposto, reso esplicito nel contratto, risulta essere erroneo la questione viene affrontata secondo le regole proprie dell'interpretazione, al contrario nel caso di specie l'assunto che stava alla base del contratto non era esplicito ma tacito e la corte lo affrontò come un ipotesi di *unexpected- circumstances*<sup>469</sup>.

Uno stato psicologico può essere definito come un assunto tacito quando non si prefigura la possibilità un alternativa<sup>470</sup> o più semplicemente quando viene dato per scontato. In altre parole questo è talmente radicato nella mente delle parti da risultare pleonastica uan sua esplicitazione in contratto<sup>471</sup>. Se tale presupposto tacito, che costituisce un fondamento dell'accordo, viene meno l'adempimento dello stesso è privo di significato<sup>472</sup>. La *frustration* si distingue

---

<sup>468</sup> Krell v Henry Id 751.

<sup>469</sup> M. A. EISENBERG Unexpected circumstances in contract law: impossibility, impracticability, and frustration in Journal of Legal Analysis Vol 1, n°1,2009 pag 211 disponibile in <http://ssrn.com/abstract=1349482>

<sup>470</sup> L. FULLER - M. A. EISENBERG *Basic Contract Law*. St. Paul, Minn.: Thomson West., 2005, pag 732-733

<sup>471</sup> M. A. EISENBERG., op. Cit. in nota 414, 212.

<sup>472</sup> Alla luce di quanto appena illustrato, possiamo notare come la teoria della *frustration* sia caratterizzata da molteplici elementi di convergenza con la *Voraussetzung* del Windsheid, cui sopra abbiamo fatto riferimento, nonché col concetto giuridico di “presupposizione” così come elaborato nell'esperienza italiana, la quale, si badi bene, però, deve riconoscersi debitrice rispetto a quella tedesca cui si deve la primigenia elaborazione di siffatta teoria (per un'analisi dell'evoluzione storica di questa teoria vedi A. PELLICANÓ, *La Presupposizione*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1976, 1636 ss.). Nella sua genesi storica la locuzione “presupposizione” designa l'insieme delle circostanze la cui supposizione, pur non essendo dedotta in contratto, sia stata determinante nella decisione di concludere il negozio (Così M.BESSONE, op.cit., 1005). In particolare, il caso di scuola più ricorrente in merito alla presupposizione è alquanto simile alle fattispecie dei cd. *coronation cases*. Infatti, sovente si suol prender in considerazione il celebre caso della locazione d'una finestra o balcone d'un appartamento su Piazza del Campo per il giorno del

pertanto dal concetto di *impossibility* (ed anche da quello di *impracticability* frutto della dottrina americana che tra breve analizzeremo). Un vero e proprio caso di *frustration* si ha soltanto nell'ipotesi in cui la parte può ancora eseguire la prestazione dedotta in contratto ma non sussistono più le motivazioni, ancorchè tacite, che l'avevano indotta a prendere parte all'accordo. Al contrario l'*impossibility* e l' *impracticability* richiedono che l'adempimento sia divenuto oggettivamente impossibile o comunque significativamente più oneroso rispetto a quanto originariamente previsto<sup>473</sup>

Negli anni successivi la doctrine elaborata attraverso i *coronation cases* (c.d. *doctrine of frustration of purpose*), è stata sviluppata ed in tempi più recenti il criterio applicato ad esse fu quello *radical change of circumstances*.

Emblematico riscontro pratico di queste particolari sfaccettature della *doctrine of frustration* è la causa *Davis Contractors Ltd vs Fareham Urban DC*<sup>474</sup>, ove l'attore s'era impegnato a costruire, a un prezzo fisso, 78 abitazioni per conto del convenuto nel termine di otto

---

Palio di Siena. Nonostante manchi in dottrina, nonché in giurisprudenza, un'univocità di vedute circa la natura ed il fondamento normativo di tale fenomeno (V., oltre al già menzionato PELLICANÓ, anche S. MEZZANOTTE, *Natura della presupposizione*, in *Giurisprudenza di Merito*, n°9, 2008, 2205 e ss.), la nostra Cassazione già dagli anni Settanta ha ritenuto che: "si ha presupposizione soltanto quando una determinata situazione di fatto avente carattere obiettivo, sia stata da entrambi i contraenti tenuta presente nonostante la mancanza di un esplicito riferimento ad essa" (Cass. 1028/1973 in *Mass. Giur. It.*, 1973, c. 373) ovvero "allorquando una determinata situazione di fatto o di diritto, pur in mancanza di un espresso riferimento, possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso in modo da costituire il presupposto del negozio; di guisa che, il venir meno di esso, assume rilievo per l'esistenza e l'efficacia del negozio medesimo" (Cass. 1080/1974 in *Foro pad.*, 1974, I, c. 267). La definizione è rimasta analoga anche in sentenze successive, come ad es. Cass. n. 633 /2006, per cui "si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l'assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'articolo 1467 c.c."

<sup>473</sup> N.R. WEISKOFF, op. cit., 240.

<sup>474</sup> *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*, 1956, UKHL 3.

mesi. Tuttavia, a causa d'un complesso di circostanze impreviste, tra cui in particolare la carenza di manodopera, l'attore impiegò 22 mesi a completare il lavoro e furono necessarie 17.000 sterline in più rispetto al budget preventivato. La House of Lords negò l'esistenza della *frustration*, addotta dal contraente, e rigetto il caso<sup>475</sup>.

Lord Radcliffe definì nel modo seguente le ipotesi di fondamentale mutamento delle circostanze: *Frustration occurs when the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which the performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract*<sup>476</sup>.

Il che, espresso in termini differenti, altro non vuol dire se non che la sostanza del contratto medesimo risulta mutata per effetto d'un mutamento drammatico delle circostanze che ne costituivano le basi, al punto tale che esso assume la natura d'un contratto del tutto differente da quello originario.

Rimane, comunque, molto complesso applicare la *doctrine of frustration*, ancorché attraverso il filtro del criterio del mutamento fondamentale delle circostanze, all'ipotesi di hardship.

Nel caso *Viscount Simon in British Movietonews Ltd v London and District Cinemas Ltd*<sup>477</sup>., la giurisprudenza inglese statuì che improvvise fluttuazioni con rialzi o crolli eccezionali dei prezzi, inaspettate svalutazioni monetarie, nonché qualsivoglia circostanza imprevista che ostacolino un adempimento contrattuale, non hanno effetto sulla vincolatività del contratto, posto che nei casi summenzionati la *frustration* non è riconducibile ad un'eccessiva

---

<sup>475</sup> Così BARANAUSKAS-ZAPOLSKIS, *op.cit.*, 202.

<sup>476</sup> Davis Contractors Ltd v Fareham Urban DC [1956], AC, 729. Esempio riportato anche in Jill Poole *Casebook on Contract Law* Oxford University Press, 2012, 519.

<sup>477</sup> Viscount Simon in British Movietone News Limited v London and District Cinemas Limited 1952 AC 166

onerosità sopravvenuta ma perché gli eventi sopravvenuti hanno reso il contratto altro da se stesso, mutandolo in un accordo del tutto diverso da quello originariamente stipulato<sup>478</sup>.

Quest'interpretazione fu confermata nei casi originati dalla chiusura del canale di Suez, per effetto della terza guerra Arabo-Israeliana, cagione d'un elevato numero di vertenze analoghe tra loro, riguardanti, per lo più, contratti internazionali di vendita o noleggio a viaggio, divenuti vincolanti prima della chiusura del Canale.

La problematica al centro di questi casi era generata dal vertiginoso incremento del costo del trasporto quale conseguenza della chiusura del canale di Suez che costringeva le navi a circumnavigare l'Africa passando per il Capo di Buona Speranza.

La giurisprudenza formatasi attorno a questi casi mostra un'assoluta riluttanza dei giudici inglesi ad applicare l'esimente della *frustration* sul presupposto che il cambiamento di rotta non rendeva la prestazione differente rispetto a quella dedotta in contratto<sup>479</sup>.

Una sola eccezione si registra, ed è rappresentata dal caso *Société Franco Tunisienne d'Armement v Sidermar SpA*.<sup>480</sup>

La differente posizione assunta dai giudici si giustifica sulla base del fatto che in questo specifico caso il contratto faceva espresso richiamo ad una rotta attraverso il canale di Suez.

La rigidità dell'approccio inglese, però, non si manifesta solo nelle condizioni richieste per poter invocare l'esimente *de qua*, ma persino nelle conseguenze ricollegate all'avvenuto riconoscimento della stessa.

Per effetto di un'accertata *frustration*, la vicenda contrattuale si apre solo a due possibili sviluppi:

---

<sup>478</sup> V. ancora E. C. ZACCARIA, *op. cit.*, 140.

<sup>479</sup> Così A. KARAMPATZOS, *op. cit.*, 117-118.

<sup>480</sup> *Société Franco Tunisienne d'Armement v Sidermar SpA*. 1961 2 Q.B. 278

- il mantenimento del contratto inalterato nei suoi termini, costringendo per questa via una delle parti a sopportare il maggior onere che ne consegue;

- ovvero la *premature termination*, con effetto *ex tunc*.

Non è possibile, quindi, per le corti inglesi intervenire sul contenuto del contratto al fine d'adattarlo alle mutate circostanze. In questi termini<sup>481</sup>, l'assenza d'un potere d'intervento sul regolamento negoziale da parte delle corti inglesi è, difatti, un principio riconosciuto ed applicato già dalla statuizione della House of Lords in merito al caso *British Movietonews Ltd. vs London and District Cinemas Ltd.*, in cui l'Alta corte britannica affermò che il compito dei giudici è quello d'interpretare il contratto concluso dalle parti, non quello di crearne uno in loro vece<sup>482</sup>.

Venendo adesso ad analizzare partitamente, come suddetto, l'ordinamento statunitense, possiamo *prima facie* notare un atteggiamento più liberale, con una minor rigidità rispetto all'inflessibilità mostrata in Gran Bretagna. Per quanto quest'ultimo sia direttamente derivato dalla *common law* inglese, a partire dal ventesimo secolo, il diritto concernente l'*impossibility* ed il mutamento delle circostanze, si è emancipato e differenziato dalla tradizione giuridica britannica.

Anche negli Stati Uniti, pertanto, il principio *pacta sunt servanda* resta la pietra angolare della *contract law*. Tuttavia esso viene mitigato dal principio della buona fede, la cui importanza sempre maggiore, è stata cagione d'un approfondimento della *doctrine of change of circumstances*<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> V. ŽIVKOVIĆ, *op. cit.*, in <http://ssrn.com/abstract=2158583>

<sup>482</sup> Schmitthoff non manca di esser critico sul punto, sostenendo che questo rappresenti un "serio difetto del diritto inglese". C. M. SCHMITTHOFF, '*Hardship and intervener clauses*', in *Journal of Business Law*, 1980, 82-91.

<sup>483</sup> In questi termini D. BEHN in <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?news=30892>

Come scrive Prado l'evoluzione del diritto americano ha condotto alla costruzione di due importanti teorie che mitigano il principio dell'obbligatorietà del contratto.

Vale a dire:

- la teoria dell'*impracticability of performance*; e
- la teoria della *frustration of purpose*<sup>484</sup>.

Alla luce di quanto esposto, gli Stati Uniti, in altre parole, riconoscono la dottrina dell'*impossibility* e della *frustration* ma pare abbiano creato un connubio tra le due, richiedendo, come già previsto sulla base della *doctrine of frustration* inglese, un'impossibilità fisica o derivata dal venir meno delle basi del contratto, tramutandolo in uno diverso da quello originariamente concluso dalle parti. Ma in più, si accoglie una accezione soggettiva della *frustration*, definita appunto "*commercial impracticability*"<sup>485</sup>.

Quando un evento si verifica dopo la conclusione del contratto ma prima della sua esecuzione, rendendo l'adempimento *impracticable*, la parte è esonerata dall'obbligo d'adempimento ed il contratto viene meno.

La dottrina dell'*impracticability* è volta a disciplinare quelle circostanze in cui l'adempimento sia oggettivamente possibile, ma talmente diverso da quello contemplato nel contratto, da diventare praticamente impossibile<sup>486</sup>.

---

<sup>484</sup> M. PRADO, *op. cit.*, 340.

<sup>485</sup> In questi termini D. BEHN in <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?news=30892>

<sup>486</sup> P. WALTER, *Commercial Impracticability in Contracts*, in ST. Jonh's Law Review, Vol. 61, 225, 1987.

La *doctrine of commercial impracticability* fu per la prima volta enucleata nel caso *Mineral Park Land Co vs PA Howard*<sup>487</sup>, risalente al primo decennio del Ventesimo secolo.

L'attore ed il convenuto avevano raggiunto un accordo, sulla base del quale il convenuto avrebbe dovuto trasportare della terra e della ghiaia dalla proprietà dell'attore al cantiere in cui doveva costruirsi un ponte.

Purtuttavia, ad un certo punto i lavori s'interruppero e, di conseguenza, la parte restante della terra e della ghiaia rimase sommersa dall'acqua e rimuoverla avrebbe richiesto un costo dieci volte superiore rispetto a quello pattuito in contratto.

La Corte investita della questione si pronunciò in favore del convenuto, statuendo che una prestazione è da considerarsi giuridicamente impossibile, quando non è *practicable*, definendosi *impracticable* ciò che può comunque essere realizzato, ma solo a fronte di un costo irragionevole ed eccessivo<sup>488</sup>.

La teoria, così elaborata dalla giurisprudenza, è codificata nell'*Uniform Commercial Code*, che alla lettera a) delinea i criteri richiesti per beneficiare della scusante.

Sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale dei criteri ivi contenuti, si richiede, innanzitutto, che “*the performance must have become 'impracticable Second, the impracticability must have been caused 'by the occurrence of a contingency the non occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made.*”<sup>489</sup>.

In parole semplici, lo U.C.C. s 2-615 prevede che:

- (i) il verificarsi d'un evento imprevedibile, rende l'adempimento *impracticable*;

---

<sup>487</sup> MINERAL PARK LAND CO. V. HOWARD 156 P. 458 (CAL. 1916) disponibile in [casetext.com/case/mineral-park-land-co-v-howard#.U5XPaPl\\_vNs](http://casetext.com/case/mineral-park-land-co-v-howard#.U5XPaPl_vNs)

<sup>488</sup> E. C. ZACCARIA, *op.cit.*, 142.

<sup>489</sup> S. YORK, *The Impracticability Doctrine of the U.C.C.*, in *Duquesne Law Review*, Vol. 29, 1991, 223.



- (ii) il mancato verificarsi dell'evento deve aver rappresentato un presupposto essenziale sulla base del quale le parti abbiano concluso il loro accordo.;
- (iii) l'*impracticability* non dev'essere stata cagionata da un comportamento colpevole della parte che invoca l'esimente.

Tale importante concetto fu, successivamente, incluso anche nel *Restatement (Second) of the Law on Contracts*<sup>490</sup>.

Le teoria così delineata, non è esente da difficoltà applicative, tenendo tra l'altro in mente che i giudici americani hanno sempre mostrato una tendenza a ricorrere a siffatta scusante in modo molto restrittivo.

Così, in progresso di tempo, molteplici casi analoghi si presentarono in tale innovativa ed anfibologica fattispecie.

Tra essi, ad esempio, i giudici si dovettero interrogare persino su come considerare un evento epocale ed altamente significativo per gli USA, ossia l'ingresso in guerra degli Stati Uniti a seguito dell'attacco di Pearl Harbour. Esso era prevedibile o meno?

Analoga questione si pose nei già citati *Suez Canal Cases*, dovendo l'autorità giudiziaria decidere se la chiusura del canale fosse da considerare una sopravvenienza imprevedibile tale da giustificare il ricorso all'esimente *de qua*.

Nell'uno e nell'altro caso i giudici esclusero la sussistenza dell'*impracticability*, sostenendo la prevedibilità dell'evento sopravvenuto.

Nel primo caso, nonostante l'attacco alla flotta americana avesse colto alla sprovvista la forza militare navale di stanza alle Hawaii.

---

<sup>490</sup> Per questa sintesi vedasi ancora E. C. ZACCARIA, *ibidem*.

Nel secondo caso, nonostante la chiusura del Canale di Suez non fosse preventivata all'origine del conflitto ma fosse stata decisa in conseguenza dell'evolversi degli eventi.

Da queste ed ulteriori tipologie casistiche assimilabili, Perillo trae la conclusione secondo la quale i giudici americani tendono a riconoscere l'*impracticability* quando l'evento perturbante ha conseguenze drastiche solo su pochi o addirittura su un solo contratto, mentre la escludono quando risulterebbero invalidati molteplici (centinaia se non addirittura migliaia) contratti<sup>491</sup>.

Sebbene sia stata rilevata più volte la minor rigidità del diritto americano rispetto a quello britannico, è opportuno evidenziare come, in ogni caso, non si giunga a soluzioni paragonabili a quelle adottate in alcuni ordinamenti di *civil law*, come, in particolare, quello tedesco. L'approccio statunitense nei casi di hardship opta, di norma, per la *termination* del contratto e non per una sua rinegoziazione o un suo mero adattamento in via giudiziale.

Nel commento ufficiale al s 2-615 dell'UCC si legge: *in situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of 'excuse' or 'no excuse', adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in the furtherance of commercial standards and good faith.* UCC s 2-615, Comment 6.

Per quanto astrattamente possibile il ricorso all'*adjustment* del contratto, in passato sono state rare le ipotesi in cui le corti d'oltreoceano hanno usufruito di questa possibilità.

Così è stato nel caso *Aluminium Co of America (ALCOA) v Essex Group Inc.*, in cui, per la prima volta, il tribunale si discostò dalla

---

<sup>491</sup> Così J. PERILLO, *op.cit.*, 9.

consolidata massima secondo cui la corte non fa il contratto al posto delle parti<sup>492</sup>.

Al contrario, la Corte assunse un ruolo più attivo e surrogatorio, predisponendo un complesso schema per la determinazione del prezzo e rimpiazzando quello già presente nel contratto.

La Corte riconobbe, infatti, che la distribuzione del rischio effettuata sulla base della consolidata tradizione giudiziale dell'*impracticability* di *common law*, non sarebbe stata nel caso di specie soddisfacente.

Viceversa, una composizione compromissoria, secondo la Corte appariva una soluzione più adeguata ed equa<sup>493</sup>.

#### 4. L'imprévision nel diritto francese

Nel Diciannovesimo secolo, come già visto parlando della Germania, i legislatori europei, supportati dalla dottrina, si mostrarono riluttanti a riconoscere il principio *rebus sic stantibus* in relazione ai contratti tra privati.

Era il momento d'oro della dottrina classica del diritto dei contratti, ove regnavano sovrane il liberalismo economico, l'ideale della certezza del diritto e la libertà contrattuale.

Ciò è evidente nel Code Civil del 1804, che non prevede una scusante per le ipotesi di mutamento delle circostanze.

---

<sup>492</sup> Il contratto, stipulato nel 1967, stabiliva che ALCOA avrebbe trasformato un certo quantitativo di materie prime in alluminio, per un periodo di 16 anni. Il prezzo avrebbe dovuto essere determinato mediante un complicato meccanismo di indicizzazione. Dopo il 1973, a causa dei problemi legati al mercato dell'uranio, l'indice crebbe vertiginosamente. ALCOA, durante il dibattito, provò d'aver già sofferto perdite ingenti, che sarebbero risultate più che quintuplicate se il criterio di determinazione del prezzo non fosse stato modificato. *Aluminium Co of America (ALCOA) v Essex Group Inc.*, 499 F Supp 53 (WD Pa, 1980).

<sup>493</sup> P. WALTER, *op.cit.*, 228.

E questa è ancora la posizione prevalente nel diritto francese<sup>494</sup>. Su queste basi, i tribunali francesi si mostrarono molto rigorosi, quindi, nel rispettare il principio *pacta sunt servanda*, in quanto la parte poteva essere esonerata solo nelle ipotesi di forza maggiore o caso fortuito, ai sensi dell'art. 1148, applicabile solo al verificarsi delle seguenti condizioni:

- L'evento perturbativo deve essere irresistibile<sup>495</sup>;
- L'evento deve essere imprevedibile;
- L'evento deve essere estraneo alla sfera di controllo della parte e del tutto inevitabile;
- L'evento deve essere esterno (ad esempio l'inadempimento deve essere del fornitore o del subcontraente non è un ragione sufficiente)<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> Così C. BRUNNER, op. cit, 404.

<sup>495</sup> La dottrina francese riconosce che la caratteristica dell'*irrésistibilité* sia l'elemento centrale nella nozione di forza maggiore. Come per il carattere dell'imprevedibilità, anche in questo caso l' *irresistibility* test ha principalmente un carattere oggettivo: la posizione dell'obbligato viene confrontata con quella di un astratto soggetto ragionevole. Così RIVKIN D.R., *Lex Mercatoria and Force majeure*, in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC Publ Nr. 480,4), Gaillard, Paris 1993, at 161 e ss., in <http://www.translex.org/116100/#FootnoteInline85a3a81071c44721c4e269d6c39c2142>

Alcuni esponenti della dottrina francese hanno così definito questa caratteristica:

- Planiol: "The unavoidable character of the obstacle is manifested by the words 'force majeure'. It is a force superior to that of the obligor and which imposes itself on him ... . If the obligor can, by his activity, divert such force or dominate it, then no force majeure exists. PLANIOL, *Elementary Treatise of Civil Law*, LGDJ, Paris, 2d ed. by G. Ripert, 1947, pag 249

- Julliot de la Morandiere: "The primary condition is indeed that the obligor was prevented from performing; namely that the event raised an insurmountable obstacle to the performance of his obligation." L. JULLIOT DE LA MORANDIERE *Elementary course in French Civil Law*, Dalloz, Paris, 2d ed., 1948 pag 92

- Chabas: "The irresistible event is that against which one cannot defend oneself even by foreseeing it, or which, when it occurs, leaves the obligor powerless." CHABAS *Force majeure*, Dalloz Encyclopedia, Civil law, 1973, n 30

- Carbonnier: "Man encounters his master in the event which is stronger than him. It is that which is impossible, and which none can be obligated to perform." CARBONNIER *Civil Law*, PUF, Paris, 1975, p. 246

- Le Tourneau: "if the event was insurmountable, it can be imputed to no one. This is the application of common sense: no one can be obliged to perform what is impossible. Man is faced with an event which dominates him and which he cannot master. He is fate's puppet. LE TOUMEAU *Civil Liability*, Dalloz, Paris, 3 ed., 1982, p. 239

In sintesi doveva trattarsi in ogni caso di una prestazione divenuta impossibile sulla base di circostanze oggettive. Ed ogni tentativo, fatto dai tribunali di merito, di estenderne l'ambito di applicazione venne ostacolato dalla *Court de Cassation*, che rimase sempre devota all'approccio più tradizionale<sup>497</sup>. La posizione della Corte fu chiaramente espressa, e da quel momento in poi si consolidò, nel caso Canal de Craponne. La ben nota decisione, datata 1876, riguarda la vicenda giudiziaria intrapresa dagli eredi di Mr Adam de Craponne.

Le parti avevano concluso un contratto nel 1567 per la fornitura di un servizio di irrigazione. Il contratto era rimasto in vigore per oltre 300 anni e fissava, quale contropartita del servizio reso, un prezzo fisso che nel tempo era divenuto del tutto inadeguato a coprire i costi che il prestatore doveva affrontare per il mantenimento dei canali di irrigazione. La Corte d'Appello di Aix adattò il prezzo alle mutate condizioni economiche. Facendo leva sull'articolo 1134 Code Civil, tuttavia la Suprema corte<sup>498</sup> statuiti che "*Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*"<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> Sul rapporto tra crisi economica e sistema dei contratti, *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique* (Actes du colloque du 22 octobre 2009), in RDC, 2010, 179 ss. Così A. H. PUELINCKX, *op. cit.*, 16.

<sup>497</sup> Anche parte della dottrina tentò di emanciparsi da questo approccio estremo, così già nel diciannovesimo secolo Larombière scriveva <<*les obligations s'éteignent encore par la survenance de circonstance telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues*>>. M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire aux titres III et IV du Code Napoléon*. Prima edizione, Parigi, 1858, art. 1234, No. 4.

<sup>498</sup> Per questa descrizione dei fatti vedi P. GARELLO, *The breach of contract in French law: between safety of expectations and efficiency*:

<sup>499</sup> Cour de cassation, civ., 06-03-1876.

La teoria fu confermata anche dagli *arrêts* susseguenti<sup>500</sup>.

Schematizzando, quindi, quanto emerge da questa *case law*, possiamo enucleare questi elementi:

- In principio, l'ambito d'applicazione dell'impossibility rimane molto ristretto.
- Solo eventi straordinari ed imprevedibili possono scusare l'inadempimento solo se, in considerazione delle circostanze verificatesi nel singolo caso, rientrano nella nozione di forza maggiore o caso fortuito.
- L'adattamento giudiziario anche in casi di *extreme hardship* deve esser visto come un atto che va contro l'ufficio che è proprio del giudice (*intangibilité du contrat pour le juge*)<sup>501</sup>.

L'eziologia di questa inflessibilità è probabilmente da rintracciare quale mero retaggio di un periodo post-rivoluzionario, in cui predominava una forte diffidenza verso l'autorità giudiziaria e notevole riluttanza nell'accettare un ruolo quasi paternalistico del giudice, consentendogli di modificare il contratto quale frutto della volontà delle parti<sup>502</sup>.

Altra plausibile motivazione alla base della scelta *tranchante* della Suprema corte francese, fornita da Mekki, potrebbe esser la paura di una reazione a catena in cui una modifica conduce ad un'altra<sup>503</sup>. In ogni caso, la via eletta dalla Cassazione sembra abbia avuto l'effetto d'escludere ogni possibilità d'applicare l'*imprévision* al diritto civile francese. Pur non di meno, negli stessi anni, il Conseil d'État, il giudice amministrativo d'ultima istanza, sembra accogliere una

---

<sup>500</sup> Ex multis Cass, civ,4 août 1915, DP 1916.1.22, Cass. Civ. 6 juin 1921. 1.193

<sup>501</sup> Così A. KARAMPATZOS, *op. cit.*, 136.

<sup>502</sup> Così A. KARAMPATZOS, *op.cit.*, 144; E. BARAKNAUS - P. ZAPOLSKIS *op.cit.*, 200; V. ŽIVKOVIĆ, *op. cit.*, par. 2.1.

<sup>503</sup> Così M. MEKKI, Hardship and Modification (or“revision”) of the contract, 8-9, in <http://ssrn.com/abstract=15422511>

posizione del tutto opposta, elaborando una nuova teoria relativa alla revisione del contratto, la *théorie de la imprévision*<sup>504</sup>.

Il Consiglio di Stato elaborava, col caso Gaz de Bordeaux, pertanto, una giurisprudenza più flessibile.

La vicenda in cui la teoria sopracitata ha trovato il suo primo impiego pratico, ebbe inizio nel 1904, e coinvolgeva due parti: la Città di Bordeaux ed una compagnia privata con cui avevano stipulato un contratto di fornitura a concessione di gas ed elettricità per la maggior parte dell'area urbana per un periodo di trent'anni.

A seguito dello scoppio della prima guerra mondiale, tuttavia, il prezzo del carbone crebbe da 35 a 117 franchi per tonnellata.

Per questa ragione la compagnia fornitrice tentò d'incrementare il prezzo fissato nel contratto. Anche se i giudici di primo grado rigettarono l'istanza, il Conseil d'État decise in favore dell'adattamento del contratto, in ragione del fatto che, con lo scoppio della guerra, erano aumentati vertiginosamente i prezzi; per conseguenza, le tariffe del gas, così come determinate in contratto, non risultavano più adeguate al mutato contesto economico.

Alla società fornitrice fu, altresì, garantito un risarcimento a carico della città<sup>505</sup>.

Il *dictum* del Conseil d'État si basava sui seguenti significativi criteri:

- La necessità dell'adattamento del contratto, che risponde al pubblico interesse di non veder interrotta la fornitura di gas alla

---

<sup>504</sup> Così D. PLANUTIS, *Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisibl des circonstancis et ses remédes Étude de droit compare: Espagne- Pologne-France*. Université Panthéon-Assas (Paris II) sotto la direzione del Professor Lurent Convert. in <http://assasrecherche.u-paris2.fr/ori-oai-search/notice/view/univ-panthéon-assas-ori-2612>

<sup>505</sup> Conseil d' État, Fr., 24 Marzo 1916, Lebon 125.

città. Esso rappresenta, infatti, un bene necessario per l'ordinato svolgimento della vita pubblica.

- La modifica dell'accordo era, altresì, necessaria al fine di ripristinare l'equilibrio economico del contratto, dissolto dal mutamento delle circostanze quale conseguenza della guerra.
- Le parti non erano state in grado di raggiungere un accordo tra loro prima d'adire la corte. In questo modo la corte pare accogliere la *formule de collaboration* secondo la quale le parti devono, in prima battuta, provare a raggiungere un accordo tra loro e, solo nel caso in cui questo tentativo fallisse, potrebbero rivolgersi al tribunale<sup>506</sup>.

Secondo quanto riportato da parte della dottrina, la ragione primaria che indusse la giurisprudenza amministrativa ad assumere questa posizione meno rigida, fu, però, essenzialmente l'interesse pubblico. Un contratto di natura amministrativa, quando viene ostacolato o ne viene procrastinata l'esecuzione, inevitabilmente comporta innumerevoli effetti pregiudizievoli per i cittadini. Per cui preservare il benessere della collettività risulta l'interesse prioritariamente tutelato.

Ciò impedisce alla *théorie de la imprévision* di travalicare i confini del diritto amministrativo e di essere accolta anche nell'ambito dei contratti di natura privatistica<sup>507</sup>.

Anche la Suprema Corte di Cassazione sembra dello stesso avviso, dal momento che, anche dopo la suddetta pronuncia del *Conseil d'État*, non mutò il proprio orientamento, e ciò anche, nei periodi più critici di crisi e d'inflazione dovuti alle guerre mondiali.

---

<sup>506</sup> Così KARAMPATZOS, *ibidem*.

<sup>507</sup> Si veda in particolare M. PLANIOL – G. RIPERT – P. ESMEIN, *Traité pratique de Droit Civil Français-VI*, 2a edizione, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudance, Paris, 1952, 392.



Fu, infatti, il legislatore ad intervenire, sia nel primo che nel secondo dopoguerra, varando delle leggi speciali per consentire la rescissione dei contratti conclusi *ante bellum* ed eventualmente riconoscere anche un indennizzo.

Nel Primo caso si trattava della *Loi Falliot*, datata 21 Gennaio 1918, nel secondo caso di uno *Statute* del 22 Aprile 1949.

Queste leggi furono viste semplicemente come eccezioni alla rigorosa regola aurea del *pacta sunt servanda* per cui ebbero effetti molto limitati, vuoi temporalmente, vuoi per ambito d'applicazione, senza influenzare, pertanto, la granitica giurisprudenza della Cassazione.

Ad onor del vero, in tempi più recenti, non sono mancate circostanze in cui la Cour de Cassation abbia mostrato lievi segni d'apertura.

Così, ad esempio, in una decisione del 1992 in cui la Corte d'ultima istanza pare abbia sostenuto che il dovere di buona fede possa essere fonte di un obbligo d'emendamento del contratto<sup>508</sup>.

Lo stesso si è ripetuto in un *arrêt* del 2004<sup>509</sup>, in cui i giudici di merito imposero un onere di rinegoziazione alle parti per ripristinare l'equilibrio sinallagmatico ormai alterato, sulla base, ancora una volta del principio di *bonne foi*<sup>510</sup>.

Nonostante questi segnali d'apertura verso un minor rigorismo, si è ancora lontani dal poter affermare di essere di fronte ad un vero e proprio *overruling*.

---

<sup>508</sup> Com. 3 nov. 1992, R.T., 93, 124. In particolare nel caso di specie la corte esonerò una compagnia petrolifera dal suo obbligo verso un rivenditore poiché quest'ultimo aveva rifiutato di negoziare un adattamento dell'originario regolamento contrattuale che avrebbe consentito alla compagnia petrolifera di adeguarsi alle nuove condizioni di mercato imposte dai competitors.

<sup>509</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, 16 mars 2004.

<sup>510</sup> Così RÖSLER, *op. cit.*, 501.

Ed è anche per questo, verosimilmente, se la dottrina e la stessa *Chancellerie du Ministère de la Justice* hanno presentato negli anni scorsi tre progetti di riforma del codice del 1804, in cui, tra le altre modifiche proposte, si riscontrava la presenza d'una norma *ad hoc* che disciplinava e regolava le ipotesi di mutamento delle circostanze. Mantenere fermo il *dictum dell'arrêt Canal de Craponne*, pare ormai anacronistico, stante anche la profonda e perdurante crisi economica globale<sup>511</sup>.

*L'Avant projet de réforme du droit des obligation et de la prescription*, redatto sotto l'egida dell'*Association Capitant* e la direzione del Professor Pierre Catala fu pubblicato nel 2005<sup>512</sup>.

L'idea di fondo su cui poggia questo progetto, relativamente al tema che qui si tratta, è quella di dar preminenza alla volontà delle parti.

La soluzione concordata tra le parti costituisce sempre il miglior modo per adeguarsi alla mutata realtà. Le parti, secondo il punto di vista accolto dai redattori del progetto, sono quindi del tutto in grado di fronteggiare gli effetti dell'evento perturbante.

L'opzione predisposta per i contratti ad esecuzione continuativa o periodica è quella di consentire alla parti la rinegoziazione, anche se esse non s'erano, mediante apposita clausola, vincolate. Infatti, se le

---

<sup>511</sup> Sul rapporto tra crisi economica e sistema dei contratti, *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009)*, in RDC, 2010, 179 ss.

<sup>512</sup> L'obiettivo primario del progetto in questione è di modernizzare la sezione del codice civile relativa al diritto delle obbligazioni, dal momento che le disposizioni ivi contenute non riflettono più lo stato attuale del diritto francese. Salvo eccezioni, i testi delle norme sono rimasti immutati dal 1804, ma questo non ha impedito che avesse luogo una profonda evoluzione del diritto francese delle obbligazioni. Nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, quest'evoluzione si è già verificata, al di fuori del codice civile, nei codici speciali, come il codice di commercio e il codice del consumo, ed è dovuta anche alla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Il diritto francese dei contratti quindi è divenuto difficilmente accessibile. Si comprende quindi la necessità di ricodificare il diritto delle obbligazioni per restituire al codice civile lo status di diritto comune che esso ha rappresentato. B. F.COSSON *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription: présentation générale*, in *European Review of Private Law*, Vol. 6, 2007, 761-764.

circostanze sopravvenute hanno un effetto tale da render il contratto privo d'ogni utilità per una delle parti, questa sarà intitolata a rivolgersi al Président du Tribunal de Grande Instance, affinché imponga la rinegoziazione.

Se, a seguito delle trattative condotte in buona fede le parti non siano pervenute ad una soluzione concordata, ognuna di esse ha il diritto di risolvere il contratto senza costi o pregiudizi di qualunque genere.

La soluzione qui accolta, quindi, non abilita il potere giudiziario ad ingerire sul regolamento negoziale, mentre, peraltro, il presupposto che consente al contraente d'adire la corte è descritto in modo eccessivamente vago.

Questa indeterminazione fa sì che il parametro possa essere interpretato in maniera eccessivamente lata (prendendo quindi in considerazione le ragioni che hanno indotto le parti ad obbligarsi) ovvero estremamente restrittiva (abilitando la parte alla rinegoziazione solo ove si verificasse l'annullamento della controprestazione).

Altro rilievo critico riscontrabile, riguarda la rescissione senza costi o pregiudizi. Infatti, il creditore che non si renda disponibile alle modifiche, si troverà, per questa via, a dover perdere i vantaggi spettantigli sulla base dell'accordo originario senza poter sperare che la controparte sopporti almeno gli oneri della liquidazione della situazione contrattuale<sup>513</sup>.

Questo progetto, rispetto agli altri due, ha la peculiarità di essere di matrice governativa e non dottrina. È stato, infatti, redatto e pubblicato dalla *Chancellerie* del Ministero della Giustizia nel luglio

---

<sup>513</sup> Così A. CALDERALE, Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto Luso-Brasiliano, in *Comparazione e Diritto Civile*, 1, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)

2008. L'*Avant Projet de la Chancellerie* si caratterizza per aver tenuto in gran conto, sia i Principi Lando, sia i Principi Unidroit.

La disposizione pertinente all'argomento qui in discorso, è l'art 136, che, a differenza di quanto previsto nel *projet Catala*, trova applicazione per tutte le tipologia di contratti, non essendo il suo *scope of application* relativo ai soli contratti ad esecuzione differita o continuativa. Nel caso in cui, pertanto, una sopravvenienza imprevista ed imprevedibile affetti il sinallagma d'un contratto, anche se ad esecuzione istantanea, si potrà domandare la rinegoziazione.

Chiaro il rimando al dovere di rinegoziazione che la recente giurisprudenza summenzionata aveva principiato ad affermare sulla base del dovere di *bonne foit*.

Come Carldarale fa notare, i redattori governativi mostrano in questo modo d'aver voluto dar ingresso, anche nel diritto comune, alla teoria di matrice amministrativa dell'*imprévision*.

A fini cautelativi contro richieste pretestuose o meramente dilatorie, l'evento sopravvenuto deve aver reso "eccessivamente" onerosa la prestazione della parte svantaggiata, mettendola nella posizione di dover sopportare un rischio che non si sarebbe *ab origine* assunta. Nel corso della rinegoziazione intrapresa al verificarsi di tali presupposti, la parte pregiudicata sarà comunque tenuta ad eseguire la prestazione. Evidenti sono le analogie con i Principi Unidroit.

Nell'ipotesi di fallimento delle negoziazioni, il giudice sarà intitolato ad emendare il contratto, a condizione che le parti siano d'accordo ad attribuirgli questo potere d'intervento<sup>514</sup>.

Questa disciplina presta il fianco ad un'aspra critica. Sebbene, difatti, sia evidente che la scelta di subordinare il potere del giudice alla volontà concorde della parti risponda all'esigenza di mantenere

---

<sup>514</sup> Così C.CASTES-RENARD, *Les projets de réforme du droit français des contrats*, in *Osaka University Law Review*, No. 57, 2010, 77.

sotto il controllo degli autori dello stesso, le sorti del contratto, d'altro canto è ingenuo pensare che due contraenti incapaci d'addivenire ad un accordo di modifica del contratto, possano scoprirsi unanimi nel voler abilitare il giudice ad agire.

Siffatto ruolo interventista del giudice si estrinseca in due modalità alternative:

- egli può adattare il contratto; o
- terminarlo alle condizioni da lui stesso fissate.

Come sottolineato da Calderale “Così viene conferito al giudice un potere assai ampio che a taluno è parso mascherare una surrettizia facoltà di riscrivere il contratto, come in realtà accadrebbe se ne venisse decisa, ad esempio, la risoluzione totale o parziale, con o senza indennità.”<sup>515</sup>.

Da ultimo, l'*Académie des Sciences morales et politiques* ha presentato, nel dicembre 2008, un ulteriore progetto di riforma dei contratti, i cui lavori alla proposta di modifica sono stati diretti e coordinati dal Professor François Terré.

La disposizione relativa alla rinegoziazione del contratto è sostanzialmente affine a quella del progetto della *Chancellerie*, ma vi sono delle significative divergenze che possono riscontrarsi solo quando la proposta prende in considerazione l'ipotesi d'esito negativo della negoziazione *inter-partes*.

L'analizzando *projet* attribuisce un ruolo molto più preponderante al giudice. Egli avrà, infatti, il potere d'emendare il contratto tenendo conto delle legittime aspettative delle parti ovvero di risolverlo, precisandone in questo caso le condizioni. Non è quindi

---

<sup>515</sup> Così A. CALDERALE, *op. cit.*, 4.

richiesto qui l'accordo delle parti per abilitare il giudice all'intervento<sup>516</sup>.

## 5. L'approccio avanguardistico del Codice civile italiano

Il codice civile italiano può esser considerato un modello pionieristico nel panorama, non solo europeo, ma anche mondiale, in relazione alla tematica del disequilibrio del sinallagma quale conseguenza del mutamento imprevisto ed imprevedibile delle circostanze. Infatti, già il legislatore del 1942 s'era preoccupato d'inserire all'interno della struttura codicistica l'articolo 1467, rubricato "Dell'eccessiva onerosità".

La norma in questione codifica, quindi, la clausola *rebus sic stantibus*, ancorché entro limiti ben definiti. La disciplina definisce il proprio ambito d'applicazione alle ipotesi in cui "fatti sopravvenuti, straordinari ed imprevedibili rendano la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa determinando un sacrificio sproporzionato di una parte a vantaggio dell'altra"<sup>517</sup>.

Perché si possa considerare legittimo il ricorso al dispositivo dell'art 1467 c.c. devono, però ricorrere, in modo cumulativo ed ineludibile, alcune condizioni.

In primis, che si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita.

In altre parole, la regola in esame si rivolge solo a quelle tipologie di contratti in cui, tra la stipula e l'esecuzione, intercorra un

---

<sup>516</sup> A. CARDERALE, *op. cit.*, 1-3-4.

<sup>517</sup> A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato, diciannovesima edizione*, Giuffrè, Milano, 2009, 632.

certo lasso temporale. (art. 1467, co.1). Ma, dall'ambito d'applicazione sono, altresì, esclusi i contratti aleatori, ai sensi dell'art.1469<sup>518</sup>.

L'adempimento della prestazione dev'esser divenuto eccessivamente oneroso. Dal che è possibile derivare che non sarà sufficiente un semplice maggior onere per giustificare il ricorso alla norma, ma l'aggravio per la parte svantaggiata dovrà essere eccessivo, cioè dovrà creare un profondo disequilibrio economico nel rapporto tra prestazione e controprestazione.

L'eccessiva onerosità può dipendere egualmente dal drammatico incremento del sacrificio necessario per l'adempimento della proprio prestazione per la parte svantaggiata ovvero per la drastica diminuzione del valore della controprestazione<sup>519</sup>.

Ma ciò non è sufficiente, dal momento che lo squilibrio in questione deve, altresì, esser di tipo funzionale, cioè non originario ma successivo rispetto alla conclusione del contratto (ad esclusione dell'ipotesi in cui il contraente sia in mora).

L'art. 1467 c.c. richiede, poi, che l'eccessiva onerosità sia dovuta al "verificarsi d'avvenimenti straordinari ed imprevedibili".

Il requisito delle previsione è parametrato sulla capacità dell'uomo medio, tenuto conto delle circostanze sussistenti al momento della conclusione del contratto. La prevedibilità va, altresì, valutata in relazione all'ambito particolare cui l'obbligazione afferisce. Il che introduce un correttivo al criterio summenzionato che si traduce in un aumento dello standard richiesto, come accade in alcuni settori imprenditoriali in cui si tiene conto delle tendenze di mercato

---

<sup>518</sup> "Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti". Art.1469 c.c.

<sup>519</sup> F. BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988, 1

innalzando la diligenza valutativa rispetto a quella *del quisque de populo*<sup>520</sup>.

Per quanto concerne il carattere straordinario dell'evento sopravvenuto la giurisprudenza tende ad interpretarlo come analogo alla sua imprevedibilità, considerando l'accostamento delle due locuzioni come mera endiadi del testo legislativo. Solo in rarissimi casi i due concetti sono stati distinti ma le ipotesi risultano del tutto marginali<sup>521</sup>.

La *condicio sine qua non* dell'applicabilità dell'articolo analizzando, è contenuta nel secondo comma ove si stabilisce che la sopravvenuta onerosità debba eccedere l'alea normale del contratto, ossia il rischio naturale insito nella contrattazione>><sup>522</sup>. La giurisprudenza lega il concetto di alea normale alla prevedibilità dell'evento<sup>523</sup>.

È poi opportuno precisare che la regola codicistica impone che il contratto non sia ancora stato eseguito quando sopraggiunge l'evento straordinario ed imprevedibile, come si deduce dal testo del primo comma ove si legge << la parte che deve la prestazione>><sup>524</sup>.

Terminata la disamina dei requisiti richiesti dalla fattispecie normativa, si vedranno adesso le conseguenze ricollegate al verificarsi dello squilibrio contrattuale nei termini sopradescritti. Essenzialmente la parte che subisce gli effetti negativi, sarà intitolata a domandare la risoluzione del contratto.

La soluzione proposta appare molto *tranchant*. Tuttavia, essa viene mitigata dal terzo comma dell'esaminanda norma in cui si

---

<sup>520</sup> Così F. BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988, 2-3.

<sup>521</sup> Corte d'Appello di Napoli 11 Aprile 1956 in *Gius. Civ. rep.* 1956 alla voce "Obbligazioni e contratti" No 619-629-635. Cass. Civ 1799/1984, Lodo arbitrale 28 Febbraio 1972 in *Dir mar*, 1972, 420.

<sup>522</sup> Così F. GALGANO, *Il contratto, II edizione*, CEDAM, Padova, 2011, 544.

<sup>523</sup> Cass. Massima a sentenza n 1913/1985 in *Mass Foro. it*, 1985.

<sup>524</sup> Ancora F. GALGANO, *op. cit.*, 543.



prevede che la parte, contro la quale viene domandata la risoluzione, può proporre una modifica del contratto tale da riportare il rapporto delle prestazioni entro i limiti dell'alea normale (*c.d. reductio ad equitatem*), evitando così la risoluzione. In questo caso si avrà un vero e proprio adattamento del contratto, anche se è bene notare che l'emendamento può esser proposto solo dalla parte che subisce l'istanza di risoluzione, mentre ciò non potrebbe viceversa provenire dalla parte svantaggiata, né essere proposto *ex officio* dal giudice.

La *reductio ad equitatem*, non ha lo scopo di ristabilire l'equilibrio originario tra le prestazioni, ma semplicemente d'eliminare la sproporzione che eccede l'alea normale. Per cui se la parte svantaggiata accetta l'offerta, dovrà subire in ogni caso il pregiudizio derivante dal mutamento delle circostanze che non eccedono il rischio inerente il contratto<sup>525</sup>.

Pertanto, in questo caso, se la proposta di modifica è considerata equa, la parte svantaggiata non potrà insistere per la risoluzione<sup>526</sup>. Va, inoltre, tenuto conto che l'offerta dovrà esser presentata in termini chiari e precisi, dal momento che la valutazione del giudice si limita alla congruità dell'offerta senza possibilità d'intervenire ed emendare la stessa<sup>527</sup>.

Pur non di meno, la Cassazione, in tempi più recenti, ha talvolta affermato la possibilità di delineare un ruolo più attivo del giudice nel processo di modifica del contratto, sostenendo che qualora la proposta

---

<sup>525</sup> Così F. GALGANO, *Il contratto II edizione*, CEDAM, Padova, 2011, 544. C. ZACCARIA, *op. cit.*, 148, Ma in questi termini V. anche F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato VII edizione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, 964. Anche la Cassazione in una sentenza del 1992 s'esprimeva in termini analoghi affermando che l'offerta di modifica può esser considerata equa se ripristina la situazione esistente al momento della conclusione del contratto. Cass., 11 Gennaio 1992, n. 247, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, I, 1, 2018.

<sup>526</sup> Cass., *Ibidem*.

<sup>527</sup> Cass., 29 Giugno 1981, n. 4249 in *Foro italiano*, 1981, I, 2133

presentata dalla parte fosse inadeguata, può determinare una più equa revisione del contratto<sup>528</sup>.

Secondo quanto riportato da Macario, questa decisione raggiunge un buon punto di compromesso, riuscendo a tutelare il principio per cui solo la parte, contro cui viene proposta la domanda risolutoria, può formulare l'offerta modificatrice e, d'altro canto, tutelare in modo soffi sfacente la parte svantaggiata<sup>529</sup>.

Parte della dottrina<sup>530</sup> non ha mancato d'avanzare la possibilità che anche la parte svantaggiata, che ha interesse a non porre fine alla relazione contrattuale, possa mantenere il contratto, suggerendo che il dovere di buona fede, principio fondamentale del nostro ordinamento, imponga alle parti l'onere d'adattare il contratto alla nuova situazione creata dall'evento perturbante.

Ad oggi, però, a quanto consta, nessuna decisione giurisprudenziale s'è mossa in tal senso<sup>531</sup>.

---

<sup>528</sup> Cass., 18 Luglio 1989, n. 3347, in Foro italiano, 1990, I, 565.

<sup>529</sup> F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e potere del giudice*, in Foro Italiano, I, 1990, 565.

<sup>530</sup> R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto II edizione*, UTET, Torino, 1993, 685-686; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato VII*, 1991, sez civ, Digesto IV, 244.

<sup>531</sup> E. C. ZACCARIA, *op. cit.*, 149.

## Conclusioni

Alla luce di quanto illustrato, appare evidente che il commercio internazionale sia un settore in costante ed inesorabile evoluzione.

Le esigenze degli operatori che nel secolo XXI elaborano, con sempre maggior frequenza, per via dell'avvento della globalizzazione, della New Economy ed, in particolare, dell'economia dell'immateriale, nuove pratiche commerciali, dando vita a moderne tipologie di relazioni che, al contempo, però, manifestano la necessità che il diritto fornisca loro i mezzi adeguati per far fronte a queste innovazioni.

Pertanto il contratto, strumento primario ed indispensabile su cui i rapporti commerciali inevitabilmente si fondano, dovrà essere in grado d'adattarsi.

Di pari passo con quest'ultimo, però, dovrà modellarsi, sulla base di queste rinnovate esigenze, anche tutto il contesto normativo in cui il contratto vive, vuoi che si tratti di leggi di origine statale o interstatale, vuoi che vi siano testi normativi, in senso lato, di matrice non statale.

In realtà, sono in particolar modo questi ultimi, i quali spesso assumono la veste di codificazioni di natura privatistica prive di forza vincolante, che meglio rispondono alle istanze dei soggetti del commercio internazionale.

Come abbiamo avuto modo di vedere, in particolare coi Principi Unidroit, da una parte essi riescono a proporsi come disposizioni di tipo armonizzato, rendendo più agevole a coloro che intraprendono transazioni con partner stranieri, relazionarsi sulla base d'un contesto regolamentare analogo e precipuamente pensato per le transazioni *cross-border*.

Dall'altra, essendo redatte in una cornice non statutale, non sono soggette, né ai profondi retaggi culturali cui qualsivoglia ordinamento è immancabilmente legato, né tanto meno alle pressioni ed alle ingerenze d'ogni legislatore nazionale. Ovviamente, ciascun giurista, formatosi all'interno del *framework* accademico e legislativo del proprio Paese, non potrà mai spogliarsi del tutto delle categorie giuridiche alle quali è avvezzo, ma, allo stesso tempo, trovandosi in un ambito transnazionale, s'approccerà al lavoro in modo senz'altro più aperto.

Ciò premesso, vediamo come il fenomeno dell'*hardship*, anche se riconosciuto e studiato da tempi ormai non più recentissimi, sia un chiaro esempio di quanto fino ad ora abbiamo esposto.

Esso si manifesta, in prevalente modo, nei contratti di durata, anche se non è in principio escluso che possa aver luogo, in rare ipotesi tuttavia, anche in contratti ad esecuzione istantanea.

Nell'ambito dell'*international trade*, poi, ciò assume una rilevanza ben maggiore, e per questo è stato oggetto di un'attenzione più profonda, rispetto a quanto possa avvenire in ambito domestico, giacché in questo genere di rapporti economici vengono effettuati ingenti investimenti e mobilitati capitali d'una significativa entità.

Il termine "hardship", tendenzialmente utilizzato nella sua versione inglese, stante la difficoltà d'individuare vocaboli corrispondenti in altre lingue, indica uno squilibrio economico, di natura funzionale del sinallagma contrattuale, che rende ad una della parti eccessivamente oneroso l'adempimento della prestazione dedotta in contratto, a seguito del mutamento delle circostanze sulla base delle quali le parti medesime erano state indotte a prestar il proprio consenso.

Il *bouleversement*, per essere rilevante deve, altresì, essere cagionato da un evento imprevisto ed imprevedibile, oltre che estraneo alla sfera di controllo delle parti.

Qualora siffatti episodi si verificano, i contraenti, nella maggioranza dei casi, non hanno interesse alla dismissione del contratto, per cui, in linea di massima, si opta per tentare d'emendare i termini dell'accordo, in modo tale da ristabilire l'equilibrio dei reciproci obblighi.

Il ricorso alla risoluzione è visto, quindi, come *extrema ratio*.

Questo fenomeno s'è manifestato in maniera particolarmente grave in alcuni periodi storici, quali ad esempio il primo ed il secondo dopoguerra in relazione ad episodi inflazionistici perduranti e fuori dagli standard normali, così come durante le crisi petrolifere dovute alle guerre israelo-palestinesi, per effetto delle quali si sono verificati aumenti drammatici dei costi e, talvolta, persino la chiusura d'importanti rotte commerciali.

Superfluo aggiungere, quindi, come esso abbia avuto una rilevanza differente anche in relazione alle aree geografiche del globo.

Per questa ragione, oltre che a causa dei divergenti *background* giuridico-legislativi, ciascun Paese ha fronteggiato le ipotesi di hardship in maniera peculiare.

Tra gli ordinamenti presi in esame, in Germania s'è sicuramente mostrato di adottare l'approccio più attento, consentendo, prima in via giurisprudenziale ed in tempi recenti grazie ad un'apposita disposizione codicistica, l'adattamento del contratto anche da parte del giudice. Siffatta scelta non deve stupire di certo, posto che i tribunali tedeschi hanno dovuto trovare eque soluzioni alla controversie in materia contrattuale sorte a causa dell'iperinflazione tra le due guerre, all'altrettanto grave inflazione successiva al secondo conflitto

mondiale ed alle problematiche conseguenti alla riunificazione delle due Germanie.

Su un fronte diametralmente opposto si colloca l'ordinamento francese, nel quale una giurisprudenza civilistica quasi granitica, ha negato la possibilità di modificare il contratto per adattarlo ai mutamenti sopravvenuti delle circostanze.

Il principio, espresso dall'art 1134 del Code Civil, secondo cui le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge tra le parti, è risultato sempre preferito.

Contrariamente s'è mossa, invece, la giurisprudenza amministrativa, la quale ha fatto propria la *théorie de la imprévision*, consentendo l'adattamento del contratto, sulla base d'una prioritaria esigenza di preservare il pubblico interesse.

Si è registrata solo, in anni recenti, qualche tenue, quanto non frequente, apertura della *Cour de Cassation*, nonché tre progetti di riforma del Codice civile, con l'obbiettivo, tra gli altri, d'introdurre una norma che consenta, nelle varie declinazioni assunte nelle diverse proposte riformatrici, la modifica del contratto a fronte del mutamento sopravvenuto delle circostanze.

Del tutto peculiare, poi, l'approccio degli ordinamenti di *common law*. L'ordinamento inglese consente infatti la *termination* del contratto, e si veda bene non la modifica dello stesso, solo nel caso di *frustration of purpose*, ovverosia quando per effetto di eventi sopravvenuti, il contratto originario si è tramutato in un accordo del tutto diverso; sarebbe quindi irrilevante l'eccessiva onerosità sopravvenuta. L'ordinamento statunitense adotta una linea meno inflessibile rispetto a quello della madrepatria, elaborando la *doctrine of commercial impracticability*.

Questa teoria prende in considerazione le ipotesi di prestazioni che non sono impossibili da un punto di vista oggettivo, ma il cui

adempimento richiede un sacrificio irragionevole, tale da poter considerare l'obbligazione giuridicamente inesigibile.

Essa venne codificata nelle UCC, ed il commento ufficiale di quest'ultimo consente, in linea di principio, l'*adjustment* del contratto. Tuttavia, possiamo notare come i giudici statunitensi abbiano raramente fatto ricorso a tale facoltà.

Una soluzione ancora diversa è quella offerta dal nostro Codice Civile all'art 1467, inserito già dal legislatore del '42. La norma disciplina le ipotesi in cui l'obbligazione assunta sia divenuta eccessivamente onerosa per una delle parti dopo la conclusione del contratto, consentendo a quest'ultima di domandare all'altro contraente la risoluzione del medesimo, per evitare la quale quest'ultimo può offrirsi di modificare il negozio, riportando il rapporto tra le prestazioni entro i limiti dell'alea normale del contratto, ovvero per ristabilire l'equilibrio originario, se si opta per la soluzione, sicuramente più garantista per la parte svantaggiata, che recentemente è stata avanzata in dottrina e accolta in giurisprudenza.

Ciascuna di queste opzioni presenta indubbiamente vantaggi ed aspetti criticabili, ma rispecchia il bilanciamento d'opposti interessi che ogni ordinamento ha ritenuto più adeguato al proprio contesto. Per tale ragione nessun modello può risultare preferibile ad un altro.

Tuttavia, è innegabile che questa "babele giuridica"<sup>532</sup>, come l'ha definita Bortolotti, non si confaccia alle istanze dei protagonisti della scena del business internazionale.

Quest'inadeguatezza conduce alla ricerca di soluzioni diverse per tutelare i contraenti dalle conseguenze dell'hardship.

---

<sup>532</sup> F. BORTOLOTTI, *Diritto dei Contratti Internazionali: Manuale di Diritto Commerciale Internazionale*, CEDAM, Padova, 1997, 3.

*In primis* essi, *recte*, nella maggioranza dei casi i giuristi che li assistono, potranno prender in considerazione l'ipotesi del mutamento sopravvenuto delle circostanze direttamente nel regolamento contrattuale con un'apposita *hardship clause*. Queste generalmente si compongono di due parti definite, secondo la terminologia francese, *hypothèse* e *régime*.

La prima, o *hypothèse*, contiene la descrizione delle circostanze e degli effetti che le medesime producono sul contratto, al ricorrere delle quali le parti intendono ricollegare le conseguenze giuridiche da loro volute, esposte invece nella seconda o *régime*.

La prima contromisura al verificarsi dell'*hypothèse* è, di norma, l'adattamento del contratto e (solo in subordine) la risoluzione dello stesso.

Se l'aspetto positivo delle clausole *de qua* è quello di consentire alla parti di mantenere sotto la propria sfera di controllo anche un momento patologico del contratto, dall'altro lato esse possono finire con l'approntare una tutela solo nei confronti del contraente "forte".

Meno semplice sarà, invece, comprendere quali saranno le sorti del contratto affetto dall'*hardship*, qualora non sussistano le summenzionate clausole.

Se il presupposto è sempre quello che le parti non considerano conveniente affidarsi alle inadeguate soluzioni fornite dagli ordinamenti interni, l'ultima ipotesi possibile sarà quella di far ricorso alle discipline di matrice non statale.

Tra queste è stata da noi approfondita quella proposta dai principi Unidroit, che, sotto molti aspetti, appare indiscussa debitrice degli usi elaborati dalla prassi del commercio internazionale. Difatti, la scelta effettuata dai redattori dei principi in questione cerca, evidentemente, di trovare un punto d'equilibrio nel permanente conflitto tra i principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*, cercando di mitigare la



tendenza del primo verso l'assolutezza e di comprimere la potenzialità espansiva, pressochè illimitata, del secondo.

Come abbiamo visto, infatti, la prima delle disposizioni della sezione dedicata all'hardship stabilisce che le parti sono tenute ad eseguire le obbligazioni assunte in contratto anche se l'adempimento delle stesse è divenuto più oneroso.

L'obbligatorietà del contratto può esser messa in discussione, pertanto, solo in circostanze straordinarie, dettagliatamente disciplinate nelle norme susseguenti.

Stante gli stringenti requisiti necessari affinché possa configurarsi l'hardship, non si sarebbe dovuto ribadire in via preliminare siffatto principio, tuttavia, nell'economia del testo, ciò non risulta una mera o pleonastica locupletazione, ma contribuisce a fornire in modo icastico una linea ermeneutica.

L'art 6.2.2 fornisce la nozione di hardship, descrivendo le condizioni al ricorrere delle quali essa assume rilevanza giuridica.

Questa definizione, in realtà, non si discosta dal concetto di hardship che abbiamo illustrato appena sopra.

I Principles considerano verificata l'analizzanda ipotesi, quando un evento, esterno rispetto alla possibile sfera d'ingerenza delle parti, non prefigurato né prefigurabile dalla stesse, di cui non si sono assunte il rischio, accaduto, o conosciuto dalla parte lesa solo dopo la conclusione del contratto, cagioni un disequilibrio sostanziale nel sinallagma.

Da ultimo, i principi prendono in considerazione gli effetti dell'hardship, e da questa disposizione s'evince la *ratio* sottostante la scelta d'inserire le norme sull'hardship nel capitolo dedicato all'adempimento.

Se, infatti, si realizzino i presupposti descritti nell'articolo immediatamente precedente, la parte svantaggiata potrà chiedere la rinegoziazione del contratto, per ripristinare l'equilibrio alterato dall'evento perturbativo.

Qualora, poi, questa dovesse fallire, ciascuna delle parti potrà rivolgersi al giudice (inteso come organo giudicante di qualsivoglia metodo di risoluzione delle controversie prescelto dalla parti nel contratto o al momento dell'insorgenza della lite), il quale potrà:

- invitare le parti ad una nuova negoziazione, se ritiene sussistano margini di trattativa;
- emendare il contratto per eliminare lo squilibrio economico;
- risolvere il contratto indicando le condizioni della dismissione e la data da cui considerare sciolto il vincolo; ovvero
- confermare l'accordo nei suoi termini originari (anche se quest'ultima ipotesi è scarsamente condivisibile, dato che la parte svantaggiata sarebbe chiamata ad adempiere la prestazione sopportando un onere eccessivo).

Pur mancando una preferenza esplicitamente espressa nel testo, in realtà, l'adattamento giudiziale del contratto sembra esser la soluzione che i *principles* prediligono.

Quanto detto rende palese come l'*hardship* sia un concetto autonomo, anche se affine a quello di *force majeure*.

La differenza principale è che in quest'ultimo caso la prestazione non è solo eccessivamente onerosa, ma oggettivamente impossibile.

Qualora si verificano circostanze sussumibili sotto questa fattispecie, non s'avrà la modifica del contratto, ma la parte, la cui prestazione è divenuta impossibile, sarà esonerata dell'adempimento della stessa.

Apprezzabile, quindi, la scelta d'evitare d'inserire le due discipline in un'unica disposizione, nonostante la potenziale

sovrapposizione dei due concetti in relazione all'*imprévisibilité* ed all'*extériorité* dell'evento perturbante.

Le differenti conseguenze, riconnesse alla *force majeure*, consentono, altresì, di comprendere la ragione per cui questa venga regolamentata nel capitolo relativo all'inadempimento.

A seguito dell'analisi svolta, possiamo testimoniare l'indiscusso successo riscosso dalle disposizioni dei Principi Unidroit in tema di hardship.

Innanzitutto, sono gli stessi soggetti giuridici che operano nel panorama del commercio internazionale, ad aver tributato il loro favore alla proposta dell'Istituto per l'Unificazione del Diritto Privato, scegliendo, sempre più frequentemente, di ricorrervi quali fonti di disciplina del proprio contratto.

Non essendo gli operatori tenuti in alcun modo a presceglierli, data la loro natura non vincolante, questa decisione è chiaramente frutto d'un *idem sentire* tra questi ultimi ed i *drafters* dei PICC. Tesi suffragata, tra l'altro, dalla pubblicazione di ben due versioni successive alla prima del testo sostanzialmente immutato.

Anche gli organi giudicanti hanno mostrato di considerare positivamente questa fonte, e non si fa riferimento soltanto ai tribunali arbitrali, i quali era prevedibile che apprezzassero questo strumento, ma anche alla giurisprudenza interna. Sono diversi i casi illustrati in cui i giudici nazionali, nell'applicare le norme domestiche sul mutamento delle circostanze, od in mancanza d'una chiara disciplina al riguardo, abbiano fatto rinvio ai Principi in discorso, per suffragare le loro argomentazioni.

Da ultimo, non possiamo dimenticare come, sia i *Principles of European Contract Law*, sia la clausola-modello proposta dalla ICC nel 2003 abbiano tratto ispirazione da essi. Non si tratta, naturalmente,

d'una pedissequa imitazione, ma, come abbiamo avuto modo d'analizzare, le influenze sono molteplici.

I PICC sono, quindi, una risposta soddisfacente, anche grazie alla capacità d'adattamento che un mezzo del genere sottintende, al dinamismo *dell'international trade* e rappresentano un momento essenziale nel lungo processo d'armonizzazione del diritto privato.

## Bibliografia

1. AA. VV., *Dictionary of Law*, Oxford University Press, Market House Book Ltd, 1997.
2. AA. VV., *Remedies for International Sellers of Goods* - I Dennis Campbell Editor, 2009.
3. AA. VV., *The Oxford Companion to Law*, 1980.
4. ALPA G., *Corso di diritto contrattuale*, CEDAM, 2006.
5. ANSTIS BEWES WYNDHAM, "*The Romance of the Law Merchant: Being an Introduction to the Study of International and Commercial Law with Some Account of the Commerce and Fairs of the Middle Ages*", Sweet and Maxwell, London, 1923.
6. BACKHAUS R, in *The Limits of the duty to perform in the Principles of European Contract Law*. in <http://www.ejcl.org/81/abs81-2.html>
7. BARANAUSKAS E. - ZAPOLSKIS P., *The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract*, in *Jurisprudence*, vol. 4, 2009.
8. BEHN D., in <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?news=30892>
9. BERNARDINI P., *Hardship e Force Majeure*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, a cura di M. J. BONELL e F. BONELLI, Giuffrè Milano, 1997.
10. BESSONE M. "*Presupposizione*" *sopravvenienza di eventi e problemi di teoria generale del contratto* in *Rivista del Notariato*, 198.
11. BIANCHI M., *Contratti internazionali*, 3, Milano, 2002.
12. BIANCHI M. *Tecniche di redazione dei contratti internazionali*, IPSOA, 2011.
13. BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28, 1951.
14. BONELL M. J., *Un Codice Internazionale del Diritto dei Contratti*, Giuffrè Milano, 2006.
15. BONELL M. J., *The Unidroit Principles 2010: an International Restatement of Contract Law*, in *Diritto del commercio Internazioanle*, vol. 4, 2011.

16. BONELL, M. J. *I Principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 4, 2012.
17. BONELL M. J. *An International Restatement of Contract Law: the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publisher, 2009.
18. BONELLI F., *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1988.
19. BONOMI A., *Il Diritto internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di Andrea Bonomi, Giappichelli Torino, 2009.
20. BORTOLOTTI F., *Diritto dei Contratti Internazionali: Manuale di Diritto Commerciale Internazionale*, CEDAM, Padova, 1997.
21. BORTOLOTTI F., *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*, CEDAM, Padova, 2012.
22. BORTOLOTTI F., *Diritto dei contratti internazionali*, CEDAM, 1997.
23. BRAUTOUS, *Arbitration and International Economic Cooperation Towards Industrial, Scientific and Thecnical Development*, (relazione al IV Congresso Internazionale sull'Arbitrato), in *The Arbitration Journal*, 1972.
24. BRUNNER C., *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance, in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law International, 2009.
25. BUNDY SMITH G.- HALL T.J. *The frustration if purpose doctrine is alive and well*, in *New York Law Journal*, Vol 246, n° 78, 21-ott-2011, disponibile in [www.nylj.com](http://www.nylj.com)
26. CALDERALE A., *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto Luso-Brasiliano*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 1, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)
27. CALLIES G. P., *Rome Regulations, commentary on the European rules of the conflict of laws*, Walter Kluwers law and business publisher, 2011.
28. CAMPANALE S., *Introduzione alle fonti di diritto commerciale internazionale*, in *Manuale di Diritto del Commercio Internazionale*, a cura di U. PATRONI GRIFFI, Giuffrè, Milano, 2012.
29. CARBONE S. M., *Interpretazione e integrazione degli strumenti di hard law relativi al commercio internazionale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012.

30. CARBONE S. M., *I Principi UNIDROIT quale soft law applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del commercio internazionale*, fascicolo 4, 2012.
31. CARBONE S. M., *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 1, 2012.
32. CARBONE S. M. - LOPEZ DE GONZALO, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*. Commentario, coordinato da Bianca, CEDAM, Padova, 1989 - 92, Art. 1, 2.
33. CARBONE S. M. - LUZZATO R., *I contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. priv.*, 11, Torino, 1987.
34. CARBONE S. M. - LUZZATO R., *Il Contratto Internazionale*, Torino, 1994.
35. CARBONNIER, *Civil Law*, PUF, Paris, 1975.
36. CARDILLI R., *Sopravvenienza e pericoli contrattuali in Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003.
37. CASTES-RENARD C., *Les projets de réforme du droit français des contrats*, in *Osaka University Law Review*, No. 57.
38. CASTRO A. - ZAPATA A., *El Hardship en Los Contratos Internacionales* in *Revist@ e- Mercatoria*, Vol. 4, No. 2, 2005.
39. CASTRONOVO C., *Manuale di diritto privato europeo*, Volume 2, Giuffrè, Milano, 2007.
40. CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2001.
41. CASUCCIO P., in "A Modernization of the Incoterms" *GlobalTrade and Customs Journal*, Volume 7, Issue 2, 2012, Kluwer Law International.
42. CENDON P., *Commentario al codice civile. D. Lg. 6 settembre 2005, n.206. Codice del consumo*, Giuffrè Editore, 2010 - ISBN 8814150869.
43. CHABAS, *Force majeure*, Dalloz Encyclopedia, Civil law, 1973, n 30.
44. CHAMIE J. FELIX, *Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato*, in *Revista de Derecho Privado* No. 14, 2008.
45. CIRIELLI S. E., *Clausola di hardship e adattamento del contratto commerciale internazionale*, in *Contratto e Impresa*, Europa, vol 1, 1998.

46. CORAPI D., *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi unidroit* in Europa e diritto privato, 2002.
47. COSSON B. F., *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription: présentation générale*, in European Review of Private Law, Vol. 6, 2007.
48. DAWWAS A., *Alteration of the contractual equilibrium under Unidroit Principles*, in Pace International Law Review Online Companion.
49. DEEB H. DeVan DAGGET G. *The Buyer's Performance Under The CISG: Articles 53-60 Trends in Decisions*, in Journal of Law and Commerce Vol. 25, 2005-06.
50. DE LY F., *Choice of non-state law and international contracts*, in Diritto del Commercio Internazionale, vol. 4, 2012.
51. DE PAULI A. - CAMPEIS G., *Le operazioni del commercio internazionale - Regole giuridiche sostanziali e tutela processuale*, Milano, 2000.
52. DOUDKO A. G., *Hardship in Contract: The Unidroit Principles Approach and Legal Developments in Russia in Uniform Law Review*, 2000.
53. DRAETTA U., *Force majeure clauses in International trade practice*, in International Business Law Journal, 1996.
54. DRAETTA U., *Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans Les Contrats Internationaux*, in International Business Law Journal, 2002, No 3-4.
55. DUVIA P., *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Giuffrè Editore, 2012.
56. DESSEMONTET, F., *The UNIDROIT Principles and the Long Term Contracts*, in Diritto del Commercio Internazionale, vol 4, 2012.
57. EBKE W. F.- STEINHAUER B. M., *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in BEATSON - D. FRIEDMAN, Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford Scholarship Online, Marzo 2012.
58. EISENBERG M. A., *Unexpected circumstances in contract law: impossibility, impracticability, and frustration*, in Journal of Legal Analysis, Vol. 1, n°. 1, 2009.
59. EMMERICH V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, München, 6th ed. 2005.
60. FERRARI F., *La vendita internazionale applicabilità e applicazione della convenzione di Vienna del 1980*, CEDAM, 1997.



61. FERRARI F. - LEIBLE S, "Rome I Regulation. The law applicable to contractual Obligation in Europe, Sellier European law publishers, 2009.
62. FISCHER, *Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf und Vertragsrecht*, 2001; n. 4.
63. FINN P., "Symposium Paper: The Unidroit principles: An Australian Perspective", in *Australian International Law Journal* 2010, vol. 17.
64. FIROOZMAND M. R., *Changed Circumstances and Immutability of Contract: a Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines*, in *Business Law International*, Vol. 8, No. 2, 2007.
65. FLATCHER D., *UK and EU company and Commercial L*, Helsinki University, Faculty of Law, 2013/2014.
66. FONTAINE M., *Les disposition relatives au hardship et à la force majeure*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, a cura di M. J. BONELL - F. BONELLI, Giuffrè, Milano, 1997.
67. FONTAINE M. - DE LY F., in *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2003.
68. FOUNTOULAKIS C. - SCHWENZER I. - DIMSEY M. , *International sales law*, in *Business & Economics*, Routledge Cavendish, Mar 12, 2007.
69. FRIGNANI A., *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising*. Giappichelli, Torino, 1991.
70. FRIGNANI A., *Il diritto del commercio internazionale*, IPSOA Informatica, Milano, 1990,
71. FRIGNANI A., *La Hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1979.
72. FRIGNANI A. - TORSELLO M., *Il contratto internazionale*, Wolters Kluwer Italia, 2010.
73. FONTAINE M., *Les Principes Unidroit comme guide dans la rédaction des contrats internationaux*, in *Institute of International Business Law and Practice*, a cura di Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A new Lex Mercatoria?, Pubblicazione ICC, n 490/1, 1995.
74. FRIGNANI A, *Gli Incoterms, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, a causa di Galgan*, Cedam, 1990.
75. FULLER L.-EISENBERG M.A., *Basic Contract Law*. St. Paul, Minn.: ThomsonWest., 2005.

76. GABOR D. O., *Unidroit Principles applicable to International commercial contracts*, in Bulletin of the Transilvania University of Braov, Vol 3, n°. 52, 2010.
77. GALGANO F., *Il contratto, II edizione*, CEDAM, Padova, 2011.
78. GALGANO F., *Lex mercatoria*, in Enc. Dir., Aggiornamento, V, Milano, 2001.
79. GALGANO F. - MARELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 2004.
80. GALGANO F. - MARELLA F., *Diritto e Prassi del Commercio Internazionale*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. GALGANO, Volume cinquantaquattresimo, CEDAM, Padova, 2010.
81. GALLETTO T., *Clausola rebus sic stantibus*, in Digesto civ. II, UTET, Torino, 1988.
82. GALLO P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato VII*, 1991, sez. civ, Digesto IV.
83. GAOMETZ G., *La Certezza Giuridica come Prevedibilità*, 22, par. 1.4, La certezza come prevedibilità, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.
84. GARELLO P., *The breach of contract in French law: between safety of expectations and efficiency*:
85. GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato VII edizione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.
86. GIRSBERGER D. - ZAPOLSKIS P. *Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption in Jurisprudence*, Vol. 19 (1), 2012.
87. HARTKAMPT A. S., *Towards a European Civil Code*, Paragrafo 4.1.1.
88. HARTKAMPT A. S., *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law*, in European Review of Private Law, vol. 2, 1994.
89. HILLMAN R.A., *Court Adjustment of Long-Terms Contracts: an analysis under modern contract law*, in Duke Law Journal, Vol. 1, 1987.
90. HOLTZMAN, *Arbitration in Long-Term Transaction*, in SCHMITTHOFF *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers*, New York, British Institute of International and Comparative Law, London, 1974-75.
91. HONNOLD J. O., *Uniform law for International sales law under the 1980 United nations Convention*, Kluwer Law International, 2009.

92. HUBER U., 'Das geplante Recht der Leistungsstörungen', in Wernst, R Zimmermann (eds), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, N. 4.
93. JENKINS S. H., *Exemption for non-performance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles. A comparative assessment*, in Tulane Law review, 1998, in [www.cisg.law.pace.edu/biblio/jenkins.html](http://www.cisg.law.pace.edu/biblio/jenkins.html)
94. JOHNS F., *Performing Party Autonomy*, in Law and Contemporary Problems Vol. 71, No 3, 2008.
95. JULLIOT DE LA MORANDIERE L. *Elementary course in French Civil Law*, Dalloz, Paris, 2d ed.,1948.
96. KARAMPATZOS A., *Supervening hardship as subdivision of the general frustration rule: a comparative analysis with reference to Anglo-American, German, French and Greek law*, in European Review of Private Law, Kluwer Law International, vol. 2, 2005.
97. KELLY D., "The International Chambers of Commerce", in New Political Economy, vol. 10 No. 2, June, 2005.
98. KONARSKI H., *Force Majeure and Hardship clauses in International contractual practice*, in International Business Law Journal, 2003.
99. KÖTZ H. - PATTI S., *Diritto Europeo dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 2006.
100. LANCIOTTI A., *Norme uniformi di conflitto e materiali*, Edizioni scientifiche italiane, 1992.
101. LANDO O., "European Contract Law", in American Journal of Comparative Law, Vol. 31, 1983.
102. LANDO O., "Lo spirito dei Principi del Diritto Contrattuale Europeo" in Il Codice Civile Europeo, materiali dei seminari 1999-2000 raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccio, presentati da Remo Danovi, Giuffrè Editore, 2001.
103. LANDO O., "Principle of European Contract Law: An alternative to or a precursor of European Legislation", in American Journal of Comparative Law, vol. 40.
104. LANDO O. Renegotiation and Revision of International contracts,in 23 German Yearbook of International Law, 1980.
105. LANDO O. - BALE H., *Principles of European Contract Law, Kluwer Law International*, The Hague/London/ Boston, 2001.

106. LAROMBIÈRE M. L., *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire aux titres III et IV du Code Napoléon*. Prima edizione, Parigi, 1858.
107. LE TOUMEAU *Civil Liability*, Dalloz, Paris, 3 ed., 1982
108. LOOKOFSKY J., *Alive and Well in Scandinavia: CISG Part II* in *Journal of Law and Commerce* 1999.
109. LOOKOFSKY J. Impediments and Hardship in International Sales: A *Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship"* in *International Review of Law and Economics*, vol 25,2005
110. LOPEZ DE GONZALO M., *La posizione del venditore in Contratto e Impresa*, Europa, 2012.
111. LORENZ W., *Contract Modification as a Result of Change of Circumstances* in J. BEATSON - D. FRIEDMAN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford Scholarship Online, Marzo 2012.
112. LUMINOSO A., *La Compravendita: corso di diritto civile*. Giappichelli Editore, 2011.
113. MACARIO F., *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e potere del giudice*, in *Foro Italiano*, I, 1990.
114. MACARIO F. *Razionalità limitata e tecniche nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista scuola superiore scienze dell'economia e delle finanze*,2005,119ss
115. MASKOW D., *Hardship and Force Majeure*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992.
116. MATTEUCCI M., *The history of Unidroit and the Methods of Unification*, in *Law Library Journal*, 1973.
117. Mc KENDRICK E., *Force majeure and frustration of contract second edition*, Lloyd's of London press Ltd., 1995.
118. Mc KENDRICK E. *Comment to Performance Art 6.2.1-6.2.3- Hardship*, in *Commentary on The Unidroit Principles of International Commercial Contract (PICC)*, 2009.
119. Mc KENDRICK E., *Hardship*, in VOGENAUER S. - KLEINHEISTERKAMP J., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
120. MEKKI M., *Hardship and Modification (or "revision") of the contract*, 8-9, in <http://ssrn.com/abstract=1542251>

121. MEMMO, *Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e procedura*, 1983.
122. MEYER L., *Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of the European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 34, No. 1, 2006.
123. MEYERS L. *Non-performance and Remedies Under International Contract Law Principles and Indian Contract Law: A Comparative Survey of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law, and Indian Statutory Contract Law*, Peter Lang, 2010.
124. MEZZANOTTE S., *Natura della presupposizione*, in *Giurisprudenza di Merito*, n°. 9, 2008.
125. MICHAELS R., *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State* in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, 2007.
126. MILAN D., in *"I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, XXVI, parte nona"*, 2005.
127. MOMBERG URIBE R., *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 15.
128. MONACO R., *I risultati dell'Unidroit nella codificazione di diritto uniforme*, in *Il Diritto privato europeo: problemi e prospettive: atti del Convegno internazionale, Macerata 8-10 giugno 1989*, a cura di Luigi Moccia.
129. MONTAGUE A. A., *Hardship Clauses*, in *International Business Lawyer*, International Bar Association (UK), 1985, Vol. 13.
130. NEUMAYER V. - MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale du merchandises*, Commentaire, 1993.
131. NICHOLAS B., *Prerequisites and extent of liability for breach of contract under the U.N. Convention*," in *Einheitliches Katfrecht und nationales Obligationenrecht Schlechtriem* , 1987.
132. OPPETIT B., *L'Aptation des contract internationaux aux changements de circonstances: la clause de << Hardship >>*, in *101 Clunet*, 1974.
133. PADOVINI, *La vendita internazionale dalle convenzioni dell'Aja alla convenzione di Vienna*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e procedura*, 1987.
134. PATTI S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè Editore, 2007 - ISBN 8814133476.

135. PATTI S.- VACCA L., *Trattato sulle obbligazioni*, Vol. 5, Wolters Kluwer Italia, 2010.
136. PELLICANÓ *La Presupposizione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976.
137. PERILLO J. M., *Force majeure and hardship under the Unidroit*, in *Contractación International Comentarios a los principios sobre los contratos nternacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autonoma de México Unoversidad Panamericana, Mexico, 1998.
138. PERILLO J. M., *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1996.
139. PETRINA GRAVILA S. - ROSU A., in “*The implications of the Modernization of International Transactions: Incoterms*, 2010, in *European Integration Realities and Perspective*, 2011.
140. PHILIPPE DENIS, *La force majeure et le hardship*, in *Les Principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international*(ed. 2010) et l’arbitrage, Bruylant, 2011.
141. PLANIOL M. - RIPERT G. - ESMEIN P., *Traité pratique de Droit Civil Français*, VI, 2a edizione, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.
142. PLANIOL M., *Elementary Treatise of Civil Law*, LGDJ, Paris, 2d ed. by G. Ripert, 1947.
143. PLANUTIS D., *Le déséquilibre contractuel dû an changement imprévisibl des circostancis et ses remédes Étude de droit compare: Espagne- Pologne- France*. Université Panthéon-Assas (Paris II) sotto la direzione del Professor Lurent Convert. in <http://assasrecherche.u-paris2.fr/ori-oai-search/notice/view/univ-pantheon-assas-ori-2612>
144. POOLE J., *Casebook on Contract Law*, Oxford University Press, Jul 19, 2012.
145. PUELINCKX A. H., *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit Change of Circumstances. A comparative study in English, French, German and Japanese law*, in 3 *J. Int'l Arb.*, 1986, No. 2.
146. RAGNO F., *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Wolters Kluwer Italia, 2008.
147. REICH MICKLITZ H. - ROTT P., *Understanding consumer law*, 285, par. 6, ”relation to special EC instruments”.
148. REIMANN M., ‘*Nineteenth Century German Legal Science*’, 31, in *Boston College Law Review*, 1990.

149. REGELSBERGER *Pandekten*, Leipzig, 1893.
150. RIMKE J., *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1999-2000.
151. RIVKIN D.R., *Lex Mercatoria and Force majeure*, in Transnational Rules in International Commercial Arbitration (ICC Publ Nr. 480,4), : Gaillard, Paris 1993,. in <http://www.translex.org/116100/#FootnoteInline85a3a81071c44721c4e69d6c39c2142>
152. RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, 2009.
153. ROPPO V., *Diritto privato*, Giappichelli Editore, 2010 - ISBN 8834800052.
154. ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, 2001.
155. ROPPO *Trattato del contratto*, vol.5, Giuffrè, Milano, 2006.
156. RÖSLER H., *Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage*, Juristische Schulung, 2004.
157. RÖSLER H., *Hardship in German codify private law. In comparative perspective to English, French and International contract law*, in European Review of Private Law, vol. 3, 2007.
158. ROVELLI L., “*I Principi del Diritto Contrattuale Europeo: Tendenze e Prospettive*” in Il Codice Civile Europeo, materiali dei seminari 1999-2000, raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccio presentati da Remo Danovi, Giuffrè Editore, 2001.
159. SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto II edizione*, UTET, Torino, 1993.
160. SCHMITTHOFF C. M., '*Hardship and intervenor clauses*', in Journal of Business Law, 1988.
161. SCHWENZER I., *Force Majeure and Hardship in International sales contracts* in Victoria University of Wellington Law Review, No. 39, 2008.
162. SPEIDEL, *Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method*, 67 Cornell LawReview, 1982.
163. SOHM, *Institutionen des romischen Rechts*, Leipzig, 1898.
164. SOUTHERINGTON *Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade*, B:55Faculty of Law of Turku n. 4.1 (2001), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>.

165. STOLL H *Analysis of Arts. 74-77, 79, 80, in: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* Schlechtriem ed., Oxford (1998), art 79, par 9.
166. STROUD J., *Judicial Dictionary, II*, 1986.
167. SUÁREZ SÁNCHEZ C.A. *Eficacia de los principios de contratación en el proceso de unificación del Derecho Internacional Privado: comparación entre la unificación jurídica latinoamericana y la integración europea*, in REVIST@ E-Mercatoria, Vol. 11, n°. 1, 2012.
168. TALLON D., *Hardship*, in BIANCA - BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna sales convention*, Milano, 1987.
169. TALLON D., *Hardship in Towards a European Civil Code. Third fully revised and expended edition*, Kluwer Law International, 2004.
170. TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di Diritto Privato, diciannovesima edizione*, Giuffrè, Milano, 2009.
171. TRIMARCHI P. *Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis*, 11 *International Review of Law & Economics*, n. 4, 1991.
172. ULLMAN H., *Enforcement oh Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, in *California Western International Law Journal*, vol. 19, 1988.
173. UMBERTAZZI B, in *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
174. VAN HOUTTE H., *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, in Gaillard ed., *Transnational Rules*, in *International Commercial Arbitration*, ICC Publ. Nr. 480, 4, Paris, 1993.
175. WAI R., *The Interlegality of Transnational Private Law in Law and Contermporary Problems*, Vol. 71, 2008.
176. WALTER P., *Commercial Impracticability in Contracts*, in *ST. Jonh's Law Review*, Vol. 61, 1987.
177. WEISKOFF N. A. *Frustration of contractual pourpose-doctrine or myth?*, in *St. John's Law Review*, vol 70, n°. 2, 1996.
178. WILDERSPIN M., *The Rome I Regulation: Communitarisation and modernization of the Rome Convention*, in *ERA Forum*, 2008, Vol. 9, fascic. 2.
179. WILHELMSSON Th., *International Lex Mercatoria and Local Consumer Law: An Impossible Combination?*, in *Uniform Law Revue*, 2003.



## Bibliografia

180. WINDSCHEID B. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1850.
181. YORK S., *The Impracticability Doctrine of the U.C.C.*, in *Duquesne Law Review*, Vol. 29, 1991.
182. ZACCARIA E. C., *The Effect of the Changed Circumstances in International Commercial Trade*, in *International Trade and Business Law Review*, 2005.
183. ZIMMERMANN R., 'Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Science', 112, in *Law Quarterly Review*, 1996.
184. ŽIVKOVIĆ VELIMIR, *Hardship in French English and German Law*, in <http://ssrn.com/abstract=2158583>.
185. ZWEIGERT K.-, KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè Milano, 2011.



