

# CONTRATTI INTERNAZIONALI:

## *FORZA MAGGIORE, IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA ED ECCESSIVA ONEROSITÀ*

### 1. INTRODUZIONE

### 2. TUTELA CONTRATTUALE

- 2.1 ICC force majeure clause
- 2.2 ICC hardship clause
- 2.3 Modelli FIDIC
- 2.4 Condizioni generali Orgalime

### 3. TUTELA LEGALE

La Convenzione di Vienna

### 4. INDIVIDUAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE

### 5. SPUNTI COMPARATIVI (DIRITTO FRANCESE, DIRITTO TEDESCO, DIRITTO INGLESE ED IN GENERE I CONTRATTI INTERNAZIONALI)

5.1. Prima parte: Forza maggiore

5.2. Seconda parte: Eccessiva onerosità

### 6. FORZA MAGGIORE ED ESEMPI DI CLAUSOLE NEL DIRITTO SPAGNOLO

# INTRODUZIONE

## TUTELA CONTRATTUALE

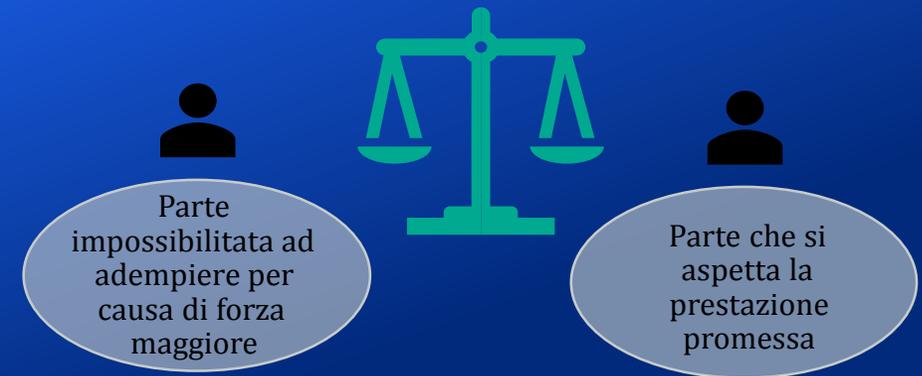
Previsioni contrattuali incluse nelle clausole di forza maggiore che operano a monte una **ripartizione del rischio** tra le parti

## TUTELA LEGALE

(IN ASSENZA DI DISCIPLINA CONTRATTUALE)

- Civil law: principio «*rebus sic stantibus*»
- Common law: principio «*pacta sunt servanda*»
  - ✓ UK: Doctrine of frustration
  - ✓ US: Doctrine of impracticability

## BILANCIAMENTO DI INTERESSI



## 2. TUTELA CONTRATTUALE

2.1 ICC FORCE MAJEURE CLAUSE

2.2 ICC HARDSHIP CLAUSE

2.3 MODELLI FIDIC

2.4 CONDIZIONI GENERALI ORGALIME

## 2.1 TUTELA CONTRATTUALE: ICC (International Chamber of Commerce) *FORCE MAJEURE CLAUSE*

Vari organismi sovranazionali hanno predisposto modelli di clausole di forza maggiore a beneficio degli operatori economici

### ***ICC Force Majeure Clause - LONG FORM*** (aggiornata nel marzo 2020):

- ❑ Condizioni per la qualificazione di «Forza Maggiore»:
  - a) impedimento fuori dal controllo della parte
  - b) imprevedibilità al momento della conclusione del contratto
  - c) inevitabilità e insormontabilità degli effetti
- ❑ Criterio della ragionevolezza (vs. impossibilità assoluta)
- ❑ Inadempimento del terzo può considerarsi forza maggiore solo se esso stesso è causato da forza maggiore

#### ***1. Definition.***

*“Force Majeure” means the occurrence of an event or circumstance that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that the party affected by the impediment proves:*

- a) that such impediment is beyond its reasonable control; and*
- b) that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and*
- c) that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the Affected Party.*

#### ***2. Non-performance by third parties.***

*Where a contracting party fails to perform one or more of its contractual obligations because of default by a third party whom it has engaged to perform the whole or part of the contract, the contracting party may invoke Force Majeure only to the extent that the requirements under paragraph 1 of this Clause are established both for the contracting party and for the third party.*

## 2.1 TUTELA CONTRATTUALE: ICC FORCE MAJEURE CLAUSE

- ❑ Sussistenza di un evento tra quelli elencati al par. 3 esonera la parte dall'onere di provare le condizioni sub. a) e b) di cui al par. 1 (presunzione semplice, salva sempre la prova contraria)
- ❑ Inevitabilità degli effetti causati dall'evento di forza maggiore (condizione sub. c) par. 1) dovrà sempre essere dimostrata
- ❑ Notifica senza ritardo alla controparte
- ❑ Esonero dalla responsabilità contrattuale per inadempimento
- ❑ In caso di ritardo nella notifica, l'esonero dalla responsabilità avrà effetto dal momento della notifica

*3. Presumed Force Majeure Events. In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions a) and b) under paragraph 1 of this Clause, and the Affected Party only needs to prove that condition c) of paragraph 1 is satisfied:*

*[...]*

*d) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation;*

*e) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event;*

*[...]*

*4. Notification. The Affected Party shall give notice of the event without delay to the other party.*

*5. Consequences of Force Majeure. A party successfully invoking this Clause is relieved from its duty to perform its obligations under the Contract and from any liability in damages or from any other contractual remedy for breach of contract, from the time at which the impediment causes inability to perform, provided that the notice thereof is given without delay. If notice thereof is not given without delay, the relief is effective from the time at which notice thereof reaches the other party. The other party may suspend the performance of its obligations, if applicable, from the date of the notice.*

## 2.1 TUTELA CONTRATTUALE: ICC FORCE MAJEURE CLAUSE

- ❑ Impedimento temporaneo: esonero dalla responsabilità contrattuale da ritardo
- ❑ Obbligo di adoperarsi per mitigare gli effetti dell'evento di forza maggiore ponendo in essere tutte le misure che possano ragionevolmente adottarsi
- ❑ Diritto di risolvere il contratto dopo un certo periodo
- ❑ Diritto della parte che abbia parzialmente eseguito il contratto a ricevere un indennizzo: nessuna parte deve trarre beneficio dalla risoluzione contrattuale

*6. Temporary impediment. Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the consequences set out under paragraph 5 above shall apply only as long as the impediment invoked prevents performance by the Affected Party of its contractual obligations. The Affected Party must notify the other party as soon as the impediment ceases to impede performance of its contractual obligations.*

*7. Duty to mitigate. The Affected Party is under an obligation to take all reasonable measures to limit the effect of the event invoked upon performance of the contract.*

*8. Contract termination. Where the duration of the impediment invoked has the effect of substantially depriving the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract, either party has the right to terminate the contract by notification within a reasonable period to the other party. Unless otherwise agreed, the parties expressly agree that the contract may be terminated by either party if the duration of the impediment exceeds 120 days.*

*9. Unjust enrichment. Where paragraph 8 above applies and where either contracting party has, by reason of anything done by another contracting party in the performance of the contract, derived a benefit before the termination of the contract, the party deriving such a benefit shall pay to the other party a sum of money equivalent to the value of such benefit.*

## 2.1 TUTELA CONTRATTUALE: ICC FORCE MAJEURE CLAUSE

ICC ha elaborato anche una versione ridotta – SHORT FORM – della clausola di forza maggiore, che si limita ad alcune disposizioni essenziali

*1. "Force Majeure" means the occurrence of an event or circumstance that prevents or impedes a party from performing one or more of its contractual obligations under the contract, if and to the extent that that party proves: [a] that such impediment is beyond its reasonable control; and [b] that it could not reasonably have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and [c] that the effects of the impediment could not reasonably have been avoided or overcome by the affected party.*

*2. In the absence of proof to the contrary, the following events affecting a party shall be presumed to fulfil conditions (a) and (b) under paragraph 1 of this Clause: (i) war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive military mobilisation; (ii) civil war, riot, rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy; (iii) currency and trade restriction, embargo, sanction; (iv) act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation; (v) plague, epidemic, natural disaster or extreme natural event; (vi) explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy; (vii) general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.*

*3. A party successfully invoking this Clause is relieved from its duty to perform its obligations under the contract and from any liability in damages or from any other contractual remedy for breach of contract, from the time at which the impediment causes inability to perform, provided that the notice thereof is given without delay. If notice thereof is not given without delay, the relief is effective from the time at which notice thereof reaches the other party. Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the above consequences shall apply only as long as the impediment invoked impedes performance by the affected party. Where the duration of the impediment invoked has the effect of substantially depriving the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract, either party has the right to terminate the contract by notification within a reasonable period to the other party. Unless otherwise agreed, the parties expressly agree that the contract may be terminated by either party if the duration of the impediment exceeds 120 days.*

## 2.2 TUTELA CONTRATTUALE: ICC HARDSHIP CLAUSE

L'ICC ha inoltre elaborato una clausola di *hardship*

- ❑ Condizioni per l'applicazione:
  - a) adempimento divenuto eccessivamente oneroso a causa di eventi fuori dal controllo della parte
  - b) imprevedibilità dell'evento
  - c) inevitabilità e insormontabilità dell'evento e delle sue conseguenze
- ❑ Criterio della ragionevolezza
- ❑ Rimedi:
  - a) rinegoziazione dei termini contrattuali
  - b) in mancanza di accordo, risoluzione del contratto

*1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.*

*2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:*

*(a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that*  
*(b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.*

*3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.*

## 2.3 TUTELA CONTRATTUALE: I MODELLI FIDIC

### Clausola di Forza Maggiore Modello FIDIC Red Book (ed. 2017)

I modelli FIDIC (organizzazione internazionale di normazione e standard per la consulenza nell'ingegneria e nell'edilizia) promuovono testi contrattuali utilizzati per forniture internazionali di impianti e grandi opere

*18.1 Exceptional Events. "Exceptional Event" means an event or circumstance which:*

*(i) is beyond a Party's control;*

*(ii) the Party could not reasonably have provided against before entering into the Contract;*

*(iii) having arisen, such Party could not reasonably have avoided or overcome; and*

*(iv) is not substantially attributable to the other Party.*

*An Exceptional Event may comprise but is not limited to [...]: (a) war, hostilities [...]; (b) rebellion, terrorism, [...]; (c) riot, commotion or disorder [...]; (d) strike or lockout [...]; (e) encountering munitions of war, explosive materials, ionising radiation or contamination by radio-activity, [...]; or (f) natural catastrophe; [...].*

*18.2 Notice of an Exceptional Event. If a party is or will be prevented from performing any obligations under the contract due to an exceptional event (the "affected party" in this clause), then the affected party shall give a notice to the other party of such an exceptional event, and shall specify the obligations, the performance of which is or will be prevented. This notice shall be given within 14 days after the affected party became aware, or should have become aware, of the exceptional event, and the affected party shall then be excused performance of the prevented obligations [...].*

*However, the obligations of either party to make payments due to the other party under the contract shall not be excused by an exceptional event.*

- ❑ Condizioni per la qualificazione di «Evento Eccezionale» sono sostanzialmente le medesime riscontrate nella clausola ICC (impedimento fuori dal controllo della parte, imprevedibilità alla sottoscrizione del contratto e inevitabilità degli effetti). È inoltre esplicitamente richiesta la sostanziale non imputabilità dell'evento alla parte
- ❑ Criterio della ragionevolezza
- ❑ Notifica (entro 14 giorni) non solo dell'evento, ma anche delle prestazioni contrattuali concretamente compromesse dall'evento
- ❑ L'evento eccezionale non libera mai il debitore dalle obbligazioni pecuniarie

## 2.3 TUTELA CONTRATTUALE: I MODELLI FIDIC

### Clausola di Forza Maggiore Modello FIDIC Red Book (ed. 2017)

*18.3 Duty to Minimise Delay. Each Party shall at all times use all reasonable endeavours to minimise any delay in the performance of the Contract as a result of an Exceptional Event.*

*[...].*

*18.4 Consequences of an Exceptional Event. If the Contractor is the affected Party [...] the Contractor shall be entitled [...] to:*

*(a) Extension of Time; and/or*

*(b) [...] payment of [...] Cost.*

*18.5 Optional Termination. If the execution of substantially all the Works in progress is prevented for a continuous period of 84 days by reason of an Exceptional Event [...], or for multiple periods which total more than 140 days due to the same Exceptional Event, then either Party may give to the other Party a Notice of termination of the Contract.*

*[...]*

*18.6 Release from Performance under the Law. [...] if any event arises outside the control of the Parties [...] which:*

*(a) makes it impossible or unlawful for either Party or both Parties to fulfil their contractual obligations; or*

*(b) under the law governing the Contract, entitles the Parties to be released from further performance of the Contract [...],*

*then after either Party gives a Notice to the other Party of such event, the Parties shall be discharged from further performance [...].*

- ❑ Obbligo, per quanto possibile, di mitigare gli effetti dell'evento di forza maggiore
- ❑ Rimedi:
  - a) estensione dei termini e/o rimborso delle spese e costi ulteriori sostenuti (escluso il lucro cessante)
  - b) risoluzione volontaria, dopo un certo periodo
  - c) risoluzione legale, se esecuzione è divenuta impossibile, illecita o è altrimenti prevista dalla legge applicabile
- ❑ Se non espressamente previsto dal contratto, il diritto della parte a vedersi rimborsati i costi ulteriori sopportati a causa della forza maggiore è solitamente escluso da giudici e corti arbitrali

## 2.3 TUTELA CONTRATTUALE: I MODELLI FIDIC

### Clausola di Forza Maggiore Modello FIDIC Red Book (ed. 2017)

*8.5 Extension of Time for Completion. The Contractor shall be entitled [...] to Extension of Time if is or will be delayed by [...]:*

*[...]*

*(d) unforeseeable shortages in the availability of personnel or Goods (or Employer-Supplied Materials, if any) caused by epidemic or governmental actions*

*[...]*

*8.6 Delays Caused by Authorities. If:*

*(a) the Contractor has diligently followed the procedures laid down by the relevant legally constituted public authorities or private utility entities in the Country;*

*(b) these authorities or entities delay or disrupt the Contractor's work; and*

*(c) the delay or disruption was Unforeseeable, then this delay or disruption will be considered as a cause of delay under Sub-Clause 8.5*

Il Modello FIDIC Red Book (ed. 2017) include ANCHE una specifica previsione che permette all'appaltatore di richiedere un'estensione dei termini contrattuali nel caso di imprevedibile indisponibilità di risorse umane o materiali causata da:

- a) epidemie
- b) atti di governo
- c) ritardi o omissioni da parte della pubblica amministrazione

## 2.4 TUTELA CONTRATTUALE: CONDIZIONI GENERALI ORGALIME

### Clausola di Forza Maggiore Orgalime (ed. 2012)

Orgalime (associazione rappresentativa delle industrie europee del settore meccanico, elettrico, elettronico e della lavorazione dei metalli) supporta le imprese di settore dal punto di vista legale, pubblicando linee guida, modelli contrattuali e condizioni generali standard

*41.Ciascuna delle parti avrà diritto alla sospensione dell'adempimento previsto dal Contratto nella misura in cui un evento di Forza Maggiore come uno dei seguenti ne impedisca l'adempimento o lo renda eccessivamente oneroso: vertenze sindacali e qualsiasi altra circostanza che sfugga al controllo delle parti quale incendio, evento bellico, [...], epidemie, calamità naturali, [...], nonché inconvenienti o ritardi nelle consegne da parte di sub-contraenti, che siano causati da una qualsiasi delle circostanze citate nella presente Clausola.*

*Ove una delle circostanze citate [...] si verifichi, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga prima o dopo la conclusione del Contratto, il diritto alla sospensione sarà riconosciuto solo se i suoi effetti sull'adempimento del Contratto non potevano essere previsti al momento della conclusione del Contratto.*

*42.La parte [...] dovrà dare immediata notifica all'altra parte Per Iscritto del fatto che tale circostanza si è verificata e della sua cessazione. Se una parte omette tale notifica, l'altra parte avrà il diritto a ricevere il rimborso di ogni spesa supplementare che abbia dovuto sostenere e che avrebbe potuto evitare se avesse ricevuto tale notifica.*

*Se la Forza Maggiore impedisce all'Acquirente di adempiere alle proprie obbligazioni, egli dovrà risarcire al Fornitore le spese da questi sostenute per mettere al sicuro e salvaguardare il Prodotto.*

*43.[...] ciascuna delle parti avrà la facoltà di risolvere il Contratto, notificando ciò Per Iscritto all'altra parte ove l'adempimento Contrattuale sia sospeso in virtù della Clausola 41 per oltre sei mesi.*

- ❑ Condizioni per la qualificazione di «Forza Maggiore»:
  - a) impedimento fuori dal controllo delle parti
  - b) imprevedibilità degli effetti (non dell'evento) al momento della conclusione del contratto
- ❑ Clausola ampia: copre anche eccessiva onerosità e circostanze avveratesi prima della conclusione del contratto se gli effetti sull'esecuzione dello stesso erano imprevedibili
- ❑ Immediata notifica: solleva la parte dall'obbligo di rimborsare eventuali spese supplementari della controparte
- ❑ Rimedi:
  - a) sospensione dell'adempimento
  - b) risoluzione, se la sospensione si prolunga oltre 6 mesi

### 3. Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili

La Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti per la vendita internazionale di beni mobili (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods "CISG"*) è un trattato internazionale adottato nell'ambito delle Nazioni Unite, che disciplina i contratti di vendita di beni mobili stipulati da parti che risiedono in Stati diversi.

#### Art. 79 –ESONERO

1. *Una parte non è responsabile per l'inadempimento di una delle sue obbligazioni se prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo, e che non era ragionevolmente tenuto a prevedere al momento della conclusione del contratto o ad evitare o a superarne le conseguenze.*
2. *Se l'inadempimento di una parte è dovuto all'inadempimento di un terzo che era stato da essa incaricato di eseguire in tutto o in parte il contratto, questa parte è esonerata dalla sua responsabilità solo se:  
(a) ne è esonerata in virtù del paragrafo precedente; e  
(b) il terzo da essa incaricato ne sarebbe esonerato qualora le disposizioni di tale paragrafo fossero a lui applicabili.*
3. *L'esonero di responsabilità previsto da questo articolo produce effetto per il periodo nel quale l'impedimento sussiste.*
4. *La parte che non adempie deve dare all'altra parte avviso dell'impedimento e degli effetti di questo sulla sua capacità di adempiere. Se l'avviso non è ricevuto dall'altra parte entro un lasso di tempo ragionevole dal momento in cui la parte inadempiente era a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'impedimento, essa è responsabile dei danni derivanti da tale mancata ricezione.*
5. *Nessuna disposizione in questo articolo impedisce all'una o all'altra parte di avvalersi di ogni altro rimedio, diverso dal risarcimento del danno, in base alla presente Convenzione.*

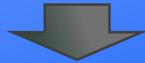
- ❑ Condizioni per l'esonero di responsabilità:
  - a) estraneità dell'accadimento dalla sfera di controllo della parte obbligata
  - b) imprevedibilità al momento della conclusione del contratto
  - c) l'insormontabilità del fatto e dei suoi effetti
- ❑ Criterio della ragionevolezza
- ❑ Inadempimento del terzo è considerato ai fini dell'esonero solo se esso stesso è causato da forza maggiore
- ❑ Responsabilità per i danni causati dal ritardo nella notifica

## 4. Individuazione della Legge applicabile

Si distingue tra

### Contratti c.d. internazionali

sono i contratti che presentano elementi di collegamento (soggettivi e/o oggettivi) a più ordinamenti.



In tali casi, per l'individuazione della **legge applicabile** al contratto, si dovrà operare un richiamo alle norme di diritto internazionale privato.

**La legge applicabile al contratto c.d. internazionale** (ai sensi dell'art. 12 del Regolamento Roma I) disciplina, tra l'altro:

- a) *la sua interpretazione;*
- b) *l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono;*
- c) *[...] le conseguenze dell'inadempimento totale o parziale di quelle obbligazioni, compresa la liquidazione del danno in quanto sia disciplinata da norme giuridiche;*
- d) *i diversi modi di estinzione delle obbligazioni nonché le prescrizioni e decadenze;*
- e) *le conseguenze della nullità del contratto.*

### Contratti c.d. interni

che sono i contratti in cui tutti gli elementi rilevanti (parti, luogo di conclusione del contratto, luogo di esecuzione ecc.) sono localizzati in un unico paese.



Salvo diversa scelta convenzionale si applica la legge dell'unico paese al quale si riferiscono gli elementi rilevanti.

*NB la corretta individuazione della legge applicabile al contratto è **fondamentale** perché consente alle parti di orientare correttamente la propria condotta e di evitare l'insorgere di eventuali controversie.*

# Qualifica dei contratti c.d. internazionali

I contratti si qualificano come internazionali in base alla presenza dei c.d. elementi di estraneità che possono essere:



**1) di carattere soggettivo** (e ciò quando le parti appartengono, ad esempio, per nazionalità, domicilio, ecc. a più ordinamenti)



**2) di carattere oggettivo** (ed in tale caso l'internazionalità verrà in rilievo allorquando, ad esempio, il contratto, pur essendo stipulato tra parti che appartengono allo stesso stato, esplica i suoi effetti in altro stato).

Alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale (concluse dopo il 17 dicembre 2009) si applica, il Regolamento CE 17 giugno 2008, n. 593 *“sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”* (anche detto *“Regolamento Roma I”*).

*NB. Ai contratti internazionali conclusi prima dell'entrata in vigore del Regolamento Roma I continua ad applicarsi la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980.*

# I criteri di collegamento

## 1) LA VOLONTÀ DELLE PARTI

Il primo e principale criterio di collegamento per l'individuazione della legge applicabile, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento Roma I (“*libertà di scelta*”), è la **volontà delle parti**:

- 1. Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso.*
- 2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza per effetto di una scelta anteriore effettuata ai sensi del presente articolo o per effetto di altre disposizioni del presente regolamento. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non ne inficia la validità formale ai sensi dell'articolo 11 e non pregiudica i diritti dei terzi.*
- 3. Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente.*
- 4. Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente.*
- 5. L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile sono disciplinate dagli articoli 10, 11 e 13.*

*NB cfr. Considerando n. 11 del Regolamento Roma I “La libertà delle parti di scegliere la legge applicabile dovrebbe costituire una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali”.*

## Le parti sono, infatti, libere di scegliere quale legge applicare al contratto...

La scelta potrà essere

### **1) esplicita:**

qualora risulti in modo espresso (mediante l'inserimento di un'apposita clausola).

ovvero

### **2) implicita:**

e sarà valida solo se risulti con sufficiente chiarezza dal contenuto del contratto e sia inequivocabilmente riconducibile all'intenzione delle parti.

*NB Ciò può ad esempio verificarsi qualora: (i) le parti adottino un contratto-tipo riconducibile ad uno specifico regime giuridico tratto da un determinato ordinamento; (ii) il contratto, pur non richiamando espressamente un ordinamento, ne faccia un ripetuto e costante riferimento.*

**L'autonomia** riconosciuta alle parti è alquanto ampia seppur incontra dei limiti



le parti possono, infatti, decidere anche in un secondo momento di modificare la legge applicabile al contratto (e ciò sia quando questa sia stata convenzionalmente pattuita che qualora si mancata una scelta in merito alla legge al momento della stipulazione del contratto)

così come

sono libere designare la legge applicabile ad una sola parte del contratto (c.d. *dépeçage* o *split clause*, cfr. art. 3 par. 1 del Regolamento Roma I)



1. come, ad esempio, qualora *“tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta”*, c.d. contratto “interno” (art. 3 par. 3 del Regolamento Roma I)

Ovvero

2) laddove *“tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione sono ubicati, al momento della scelta, in uno o più Stati membri e le parti abbiano scelto una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro”*, c.d. contratto “infracomunitario” (art. 3 par. 4 del Regolamento Roma I).

*NB Inoltre il Regolamento pone anche limiti all'applicabilità della legge scelta per alcuni tipi di contratti nei quali una delle due parti è tipicamente un contraente debole che come tale deve essere tutelato (ad esempio contratto concluso con un consumatore e/o un contratto individuale di lavoro).*

## SEGUE... 2) I CRITERI DI COLLEGAMENTO C.D. SUSSIDIARI

In mancanza di una scelta delle parti (ovvero qualora questa non sia individuabile in forza dei richiami contrattuali) l'art. 4 del Regolamento Roma I ("*Legge applicabile in mancanza di scelta*") prevede che la legge applicabile sia individuata ricorrendo ai c.d. criteri sussidiari:

1. *In mancanza di scelta esercitata ai sensi dell'articolo 3 e fatti salvi gli articoli da 5 a 8, la legge che disciplina il contratto è determinata come segue:
  - a) il contratto di vendita di beni è disciplinato dalla legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale;
  - b) il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale;
  - c) il contratto avente per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile è disciplinato dalla legge del paese in cui l'immobile è situato [...]*
2. *Se il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da a) ad h), del paragrafo 1, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale.*
3. *Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso paese.*
4. *Se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei paragrafi 1 o 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto.*

## ESEMPIO DI CLAUSOLA CONTRATTUALE

Per evitare il ricorso ai criteri c.d. sussidiari (che non sempre portano a soluzioni univoche, con conseguenti eventuali incertezze relative alla legge applicabile) è consigliabile introdurre nel contratto che presenti profili di internazionalità **una clausola specifica a tal fine, di modo che sia individuata in modo chiaro ed univoco la legge applicabile al contratto.**

### ✍ Esemplio di clausola sulla legge applicabile

*Legge applicabile*

*Le Parti dichiarano che per espresso accordo il presente Contratto è interamente regolato dalla legge italiana.*

## LE NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA («OVERRIDDING MANDATORY PROVISIONS»)

In relazione al problema della legge applicabile ai contratti transnazionali la dottrina prima, e poi il legislatore, hanno riconosciuto la presenza negli ordinamenti interessati di norme imperative («*overriding mandatory provisions*») che «*in considerazione del loro oggetto o del loro scopo*» devono essere applicate dal Giudice indipendentemente dalla legge applicabile al contratto, ovverossia anche se tale legge - per scelta delle parti o per effetto delle norme di conflitto – sia quella di un altro Stato/ordinamento giuridico.

Per quel che interessa l'ordinamento italiano e comunitario in particolare vengono in rilievo:

A) L'art. 17 Legge 31 maggio 1995 n. 218

*È fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono [ovvero le norme di conflitto che forniscono i criteri per individuare la legge applicabile a una fattispecie transnazionale, ndr] delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.*

## B) L'art. 9 del Regolamento CE 17 giugno 2008 n. 593 (Regolamento Roma I)

1. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento.

2. Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro.

3. Può essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno.

# I criteri per l'individuazione delle norme di applicazione necessaria

Alla luce di tali norme, e di altre contenute in altre fonti rilevanti, dunque le norme di applicazione necessaria sono riconoscibili, in linea di massima:

- alla luce «*del loro oggetto e del loro scopo*»;
- alla luce della circostanza di essere ritenuti cruciali «*da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile*»;
- eventualmente anche dal fatto, di per sé però non vincolante, ma da valutare alla luce della gerarchia delle fonti, che una norma si auto-proclami di applicazione necessaria, come ha fatto, in materia di corona-virus, l'art. 28 del decreto legge 2 marzo 2020 n. 9, che disciplina le modalità e le condizioni dei rimborsi per gli utenti di titoli di viaggio e pacchetti turistici non fruiti per effetto di tale emergenza sanitaria.

E' stato anche detto che «*gli Stati membri restano competenti a determinare in concreto quando siano colpiti interessi pubblici intesi in senso ampio, che giustificano il riconoscimento del carattere imperativo a determinate norme (conc. Avv. Generale caso «Unamar»)*».

**Ciò non toglie tuttavia che la scelta ultima nel determinare se una norma deve considerarsi di applicazione necessaria spetta al Giudice, che, per quanto riguarda le norme di applicazioni necessaria straniera (art. 9, comma III Reg. 593/2008) farà altresì una valutazione di opportunità, tenendo conto della circostanze sopra indicate con «libertà decisionale» la cui funzione è quella di agevolarlo nella pronuncia di un'equa decisione che tenga conto degli interessi legittimi delle parti, nonché degli interessi degli Stati la cui legge influisce su un determinato rapporto giuridico»**

## Norme di applicazione necessaria e coronavirus

Le norme di applicazione necessaria assumono particolare rilievo in relazione alla legislazione di emergenza relativa al corona-virus che contiene molte di tali norme, quali ad esempio:

- I divieti di movimento da uno stato all'altro;
- La normativa a tutela del contraente debole in materia di rimborso di titoli di viaggio, pacchetti turistici, eventi;
- I divieti di importazione e esportazione.

Tali norme, dunque, dovrebbero o potrebbero essere applicate dal Giudice in un giudizio relativo ad un contratto internazionale, anche se la legge scelta dalle parti per tale contratto o che il Giudice ha individuato come applicabile allo stesso in base al proprio diritto internazionale privato, fosse quella di un altro ordinamento.

## Esempi di applicazione di norme di applicazione necessaria:

- 1) in caso di acquisto da parte di un cittadino ad esempio italiano di un biglietto aereo per l'Austria, che ha vietato molto presto per l'emergenza coronavirus l'accesso di turisti stranieri nel proprio territorio nazionale, il Giudice austriaco, adito perché indicato come competente nella clausola di elezione del foro contenuta nelle condizioni generali di contratto, potrebbe considerare lo stesso nullo per impossibilità giuridica della prestazione, applicando ex art. 9, commi I e II Regolamento Roma I, la propria norma di applicazione necessaria e ciò anche quando al contratto si applicasse, ad esempio la legge italiana che prevedesse una disciplina diversa. Non solo anche qualora il Giudice adito fosse quello la cui legge sarebbe applicabile, nell'esempio il Giudice italiano, quest'ultimo «**potrebbe**» a seguito di una valutazione anche di opportunità, applicare la norma imperativa straniera (austriaca) ai sensi dell'art. 9, comma III del Regolamento Roma I;
- 2) In un caso di vendita internazionale di beni in presenza di un divieto di esportazione (per esempio di mascherine o materiale medico) è possibile che nonostante si preveda come legge applicabile al rapporto quella del compratore, che permetta l'importazione, se si adisce il Foro del venditore per chiedere l'adempimento o il risarcimento del danno, quest'ultimo darà senz'altro rilievo alle proprie norme di applicazione necessaria, considerando giustificata la mancata consegna, nonostante la stessa sia assolutamente possibile alla luce della legge applicabile al rapporto. Se invece si adisce il foro del compratore, il Giudice farebbe altresì una valutazione di opportunità ai sensi dell'art. 9, III comma del Regolamento Roma I.

## Indicazioni pratiche:

Alla luce di quanto sopra occorre pertanto:

- **in sede di formazione del contratto**, tenere conto sia nella determinazione del suo contenuto materiale che nella scelta della legge applicabile, che quest'ultima non è in grado a priori di escludere l'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro o del luogo dove il contratto deve essere eseguito, qualora tale ultima legge consideri illegittima la prestazione contrattuale. E' pertanto utile accompagnare la scelta della legge applicabile con la scelta di un Foro favorevole, immaginando il comportamento del Giudice e anche tenendo conto che l'applicazione o la non applicazione delle norme di applicazione necessaria rilevanti da parte del Giudice potrebbe anche incidere sulla sua riconoscibilità della Sentenza in un altro paese sotto il profilo dell'ordine pubblico
- **in sede di eventuale contenzioso**: utilizzare i criteri descritti nelle *slides* precedenti per individuare – a proprio favore - le norme di applicazione necessaria del foro applicabili e per guidare il Giudice nella valutazione di opportunità in relazione all'eventuale applicazione delle norme di applicazione necessaria straniera

## 5. SPUNTI COMPARATIVISTICI (diritto francese; diritto tedesco, diritto inglese ed in genere contratti internazionali)

### 5.1 Prima parte

### **FORZA MAGGIORE**

## 5.1 La Forza maggiore nel diritto francese...

### Code civil 1804: art. 1148:

- Non vi è luogo a risarcimento del danno quando, a seguito di una forza maggiore o di un caso fortuito, il debitore è stato impedito di dare o fare ciò cui era obbligato, o ha fatto ciò che gli era vietato
- Nessuna definizione di forza maggiore;
- Approccio restrittivo

### Riforma del 2016: art. 1218:

Definisce la Forza Maggiore come un evento che sfugge al controllo del debitore, che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto e i cui effetti non possono essere evitati con mezzi adeguati, tale da impedire l'esecuzione dell'obbligazione da parte del debitore. Se l'impedimento è temporaneo, l'esecuzione dell'obbligazione è sospesa, a meno che il ritardo che ne consegue non giustifichi la risoluzione del contratto. Se l'impedimento è definitivo, il contratto è risolto di pieno diritto e le parti sono liberate dalle loro obbligazioni.

## 5.1 La Forza maggiore nel diritto francese (segue)...

Quindi si ha “*force majeure*” quando l'evento:

- sfugge al controllo del debitore;
- è imprevedibile;
- è impossibile evitarne gli effetti con misure adeguate;
- è tale da impedire l'esecuzione della prestazione (Questo elemento distingue *force majeure* dalla *imprévision* e cioè la difficoltà di esecuzione, non impedimento assoluto)

Effetti:

- Il debitore è liberato;
- Per gli effetti sul contratto occorre distinguere tra:

(a) **Sospensione** se l'impossibilità è temporanea

(b) **Risoluzione** se è definitiva o se il ritardo determina il venir meno dell'utilità della prestazione.

*NB Prima del 2016: era necessaria una pronuncia del giudice. Con la riforma «di pieno diritto»: è controverso se il giudice possa o meno pronunciare d'ufficio la risoluzione (Non esistono casi).*

## 5.1 La Forza maggiore nel diritto francese (segue)...

La **giurisprudenza** ha sempre adottato un **approccio restrittivo** in casi di epidemie:

(1) Cour d'appel Nancy 22/11/2010:  
la febbre dengue è stata ritenuta non imprevedibile e irresistibile perché è un fenomeno ricorrente e non letale nella maggior parte dei casi

(2) Cour d'appel Besançon 8/1/2014:  
l'influenza H1n1 è stata ritenuta non imprevedibile perché era stata annunciata e attesa.

(3) Cour d'appel Paris 17/3/2016:  
con riferimento all'ebola, si evidenzia che occorre dimostrare il nesso causale tra epidemia e impossibilità di adempiere

(4) Cour d'appel Basse-Terre 17/12/2018:  
la chikungunya non è imprevedibile e irresistibile perché può essere agevolmente rilevata e in genere superabile facilmente.

## 5.1 La Forza maggiore nel diritto francese (segue)...

### COVID-19:

- La normativa (*ordonnance* 25 marzo) ha previsto la sospensione di termini anche contrattuali (ad esempio: penali) ma non una norma analoga al nostro art. 91 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18
- diffusione e gravità inducono la dottrina a ritenere che che si rientri nella ipotesi di force majeure
- ma cautela:
  - perché sono semmai i provvedimenti adottati dalle pubbliche autorità ad essere rilevanti (ad esempio: divieto di assembramenti e eventi pubblici ecc.);
  - è sempre il giudice a dover valutare (Evento irresistibile? Era possibile adottare misure?. Imprevedibilità: in particolare: tacita rinnovazione del contratto dopo che l'evento era conclamato);
  - v. Cour d'appel Colmar 23/3/2020 che ha ritenuto sussistere un caso di forza maggiore per le misure di confinamento assunte dalle pubbliche autorità, ma non con riferimento ad una controversia in materia contrattuale, bensì circa la comparizione di uno straniero irregolare.

## 5.1 La Forza maggiore nel diritto tedesco...

- La forza maggiore non è disciplinata e definita in modo espresso dal BGB;
- Tuttavia par. 275: l'adempimento può essere rifiutato dal debitore se la prestazione è impossibile. I tipici eventi di forza maggiore sono ricondotti a tale norma.
- Stretta connessione con la disciplina del mutamento di circostanze (v. *infra*)

## 5.1 La Forza maggiore nel diritto inglese...

- Non esiste una regola generale in materia di forza maggiore, che è quindi riservata alla autonomia contrattuale delle parti;
- Dalla metà del XIX secolo si sviluppa la regola della “*frustration*”:
  - caso *Taylor v. Caldwell* del 1863: il debitore può essere liberato in presenza di un evento sopravvenuto e impreveduto, in alcun modo dovuto a colpa, tale da rendere la prestazione impossibile;
  - Celebri “*coronation cases*”, caso *Krell*: locazione di un appartamento per assistere alla parata per l’incoronazione di Re Edoardo VII, poi rinviata per malattia;
- Giurisprudenza successiva: deve trattarsi di circostanze per cui l’adempimento renderebbe la prestazione radicalmente diversa da quella pattuita («non haec in foedera veni») (*Davis Contractors v. Fareham* del 1956);
- US: si parla di *impracticability*, sostanzialmente simile.

- Approccio molto restrittivo: solo in casi eccezionali si ritiene che un contratto possa essere “*frustrated*”;
- In tal caso l’effetto è di “*kill the contract*”, che resta privo di qualunque effetto (e obbliga a restituzioni);
- Sostanzialmente esclusa l’impossibilità parziale: “*all or nothing*”

### Esempi:

- Anni '60, chiusura del canale di Suez: comunque era possibile il percorso alternativo attraverso il Capo di Buona Speranza (!), quindi non impossibile ma «solo» più costoso;
- 2019, locazione di un immobile prima della *Brexit* in uno stato membro: l’uscita del R.U. dall’UE non costituisce ipotesi di *frustration*;

### Covid-19?

- In dottrina si ritiene che la pandemia abbia caratteri tali da integrare gli estremi della *frustration* (ma approccio caso per caso);
- Recentissimo caso *MillChris Developments Ltd v Waters 2020*: nessun motivo di concedere il differimento di un appalto per lavori presso una abitazione.

## 5.1 La Forza maggiore nei contratti internazionali...

➤ La forza maggiore è riconosciuta nel diritto dei contratti internazionali:

- La maggior parte dei contratti contiene specifiche clausole
- L'Iran-United States Claims Tribunal (organismo ufficialmente istituito nel 1981 da Stati Uniti e Iran per conoscere controversie relative a contratti tra soggetti appartenenti ai due Stati) l'ha espressamente riconosciuto come principio generale
- Trova spazio nella Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili (art. 79) e nei Principi Unidroit (art. 7.1.7)

➤ Quattro requisiti:

- I. Esternalità dell'evento;
- II. Inevitabilità/irresistibilità;
- III. Imprevedibilità;
- IV. Nesso di causalità (*conditio sine qua non*).

# 5.1 La Forza maggiore nei contratti internazionali... (segue)

## COVID-19?

- Si evento esterno e inevitabile;
- Si imprevedibile ma attenzione: imprevedibile non significa che sia sempre al di fuori della sfera di controllo del debitore, che deve fornire la prova di non aver potuto evitare gli effetti dell'imprevedibilità dell'evento;
- Obbligo di notifica alla controparte dell'evento e della intenzione di far valere la forza maggiore.

## Effetti:

La risoluzione del contratto è l'ultima *ratio*. Spinta verso la rinegoziazione.

## Clausole in uso nella prassi internazionale

- spesso clausole standard ricalcate sul modello diffuso dalla Camera di Commercio Internazionale;
- Pongono problemi in sede di interpretazione, tra cui: (i) quale è il nesso con le *hardship clauses*?; (ii) l'elenco degli eventi contemplati (e che quindi esonerano dalla prova che si tratti di evento di forza maggiore) è tassativo o indicativo?
- Marzo 2020: Camera di Commercio Internazionale ha modificato il modello di clausola: Epidemie e pandemie vi risultano incluse in modo chiaro, insieme a catastrofi naturali e eventi naturali estremi in genere

## 5. SPUNTI COMPARATIVISTICI (diritto francese; diritto tedesco, diritto inglese ed in genere contratti internazionali)

### 5.2 Seconda parte **ECCESSIVA ONEROSITÀ**

## 5.2 Eccessiva Onerosità nel diritto francese...

- Il diritto francese non ha mai annesso rilievo al sopravvenuto mutamento di circostanze.
  - Nel noto caso *Canal de Craponne* (1876) la Cour de Cassation ha ritenuto che il valore vincolante del contratto impedisce che il giudice possa adattarne il contenuto. In quel caso si trattava di un contratto di manutenzione di un canale risalente al 1567 (*sic!*) e tacitamente rinnovato, che fissava un canone divenuto totalmente irrisorio dopo ben tre secoli.
- Nei contratti tra privati questo approccio è stato sempre mantenuto fermo,
  - mentre in quelli pubblici il Conseil d'Etat ha accolto la teoria dell'*imprévision* consentendo al giudice di adattare il contenuto del contratto in presenza di rilevante mutamento delle circostanze

La **riforma del 2016** ha introdotto il nuovo art. 1195, che introduce espressamente la figura dell'*imprévision*:

- Se un mutamento di circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumerne il rischio, questa può domandarne la rinegoziazione alla controparte, continuando ad eseguire le sue prestazioni durante la rinegoziazione.
- In caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono concordare la risoluzione del contratto alla data e alle condizioni da esse fissate, o domandare di comune accordo al giudice di procedere al suo adattamento. In difetto di accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, a richiesta di una delle parti, rivedere il contratto o risolverlo, alla data e alle condizioni dallo stesso fissate.
- **Eccessiva onerosità** significa che la parte deve trovarsi confrontata ad un incremento estremo, straordinario e inaspettato dei costi dell'adempimento.
- Si verifica anche in caso di una estrema diminuzione dei vantaggi che l'altra parte si attendeva ragionevolmente dalla controprestazione? Controverso e no giurisprudenza.
- La norma introduce in apparenza una novità rilevante: il giudice può rivedere il contratto
  - Salutata talora come sorprendente, talaltra come estremamente innovativa
- Ma attenzione:
  - Solo su concorde richiesta delle parti
  - Tradizionalmente non è l'approccio seguito quindi occorre vedere in concreto che posizione assumerà la giurisprudenza
  - Significativo che dal 2016 praticamente in tutti i contratti è ormai introdotta una clausola, divenuta quasi di stile, che esclude l'applicazione dell'art. 1195 (anche se in dottrina qualcuno dubita che queste clausole siano valide se non prevedono un corrispettivo)

## 5.2 Eccessiva Onerosità nel diritto tedesco...

### ➤ Il BGB del 1900 nega rilievo alla sopravvenienza contrattuale

- Dogma della volontà
- Irrilevanza della condizione implicita o inespressa «*rebus sic stantibus*»

### ➤ Ben presto si rivela l'inadeguatezza:

- svalutazione del marco del 1919 e obbligazioni pecuniarie
- Giurisprudenza fa leva sul par. 242 (buona fede), accogliendo la teoria elaborata dall'*Oertmann* sulla presupposizione: ogni contratto si fonda su condizioni anche inesprese ma ritenute essenziali dalle parti

### ➤ Riforma del 2002: par. 313 BGB: interferenza sul fondamento del contratto

- In caso di mutamento significativo delle circostanze che erano a fondamento del contratto al momento della sua conclusione e senza le quali le parti non avrebbero concluso il contratto o l'avrebbero concluso a condizioni diverse, può essere richiesto l'adattamento del contratto se, tenuto conto delle circostanze concrete e della distribuzione del rischio tra le parti, non ci si può attendere da una delle parti che mantenga inalterato il suo obbligo.



- Sostanzialmente la norma codifica i risultati raggiunti dalla giurisprudenza
- Se l'adattamento del contratto non è possibile o se non ci si può attendere che una delle parti lo accetti, la parte svantaggiata può recedere. Nei contratti ad esecuzione continuata e periodica la parte svantaggiata può risolvere il contratto.
- I giudici tedeschi adottano un approccio favorevole all'adattamento del contratto
- Ciò è particolarmente rilevante per il caso di Covid, perché spinge le parti a procedere esse stesse ad una revisione del contratto, piuttosto che far intervenire il giudice

## 5.2 Eccessiva Onerosità nel diritto inglese...

- Diversa concezione del contratto
  - Essenzialità della *consideration* (cioè della controprestazione come fondamento della prestazione o della promessa della prestazione)
- Nessuna regola sul mutamento delle circostanze
  - Alcune ipotesi possono essere ricondotte entro gli strettissimi confini della *frustration*, ma le corti sono riluttanti e hanno respinto ogni apertura
- Ciò perché gli effetti della *frustration* sono la risoluzione del contratto e MAI è immaginabile l'intervento del giudice sul regolamento contrattuale
- Semmai sono le parti a poter prevedere
  - di qui «*hardship clauses*», generalmente riconosciute valide (purché ben redatte e in particolare se salvaguardano il requisito della *consideration*)

## 5.2 Eccessiva Onerosità nei contratti internazionali...

- Talvolta si afferma che l'*hardship* non costituisce un principio generale, come la forza maggiore.
- In senso contrario è significativo che i Principi *Unidroit* dettano una disciplina molto puntuale:
  - Se l'adempimento diviene più oneroso la parte è comunque obbligata
  - Ma: Art. 6.2.2:  
Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e
    - a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto;
    - b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto;
    - c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e
    - d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

- E' evidente la somiglianza con la fattispecie di forza maggiore:
  - il verificarsi di evento di qualsiasi natura, avente caratteri sovrapponibili a quelli della f.m.
- Squilibrio significativo (*fundamental*)
  - Cosa significa? Caso per caso!
- Effetti

### Art. 6.2.3:

- 1) la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata.
- 2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione.
- 3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice.
- 4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso,
  - (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure
  - (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

## 6. La Forza maggiore ed esempi di clausole nel diritto spagnolo...

### 1. Come il diritto spagnolo regola la *fuerza mayor* come causa esimente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni contrattuali.

Nel diritto spagnolo l'invocazione della *fuerza mayor* come causa esimente circa l'impossibilità nell'adempimento delle obbligazioni opera rispetto a quegli eventi che non si sarebbero potuti prevedere o che, seppur previsti, sarebbero stati inevitabili.

L'art. 1105 del Codice Civile (Código Civil) recita letteralmente:

#### *Artículo 1105.*

*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.*

#### *Articolo 1105.*

*“Al di fuori dei casi espressamente menzionati nella legge, e di quelli nei quali lo dichiara espressamente il contratto, nessuno sarà responsabile per quegli eventi che non avrebbero potuto essere previsti, o che, previsti, erano inevitabili”.*

La giurisprudenza delimita i requisiti che debbono ricorrere cumulativamente al fine dell'esonero da responsabilità per l'inadempimento contrattuale a causa del ricorrere della *fuerza mayor*:

- (i) l'imprevedibilità dell'evento, o che, ove l'evento fosse prevedibile, esso sia da considerare “*inevitabile, insuperabile o irresistibile*”;
- (ii) che non sia riconducibile alla volontà delle parti contrattuali ma piuttosto a fattori esterni;
- (iii) che il fatto renda impossibile l'adempimento dell'obbligazione; e
- (iv) che esista un nesso causale tra l'inadempimento contrattuale e l'evento che lo ha prodotto, essendo questa la causa ostativa dell'adempimento.

## 6. La Forza maggiore ed esempi di clausole nel diritto spagnolo... (segue)

### 2. La clausola di forza maggiore nell'ambito dei contratti commerciali

In Spagna vige la libertà negoziale nell'ambito contrattuale, così che la parti possono regolare espressamente la clausola di *fuera mayor* nel contratto.

Tuttavia, ove non vi sia espressa pattuizione, si applicherà la regolamentazione di cui al codice civile.

Le clausole di forza maggiore variano notevolmente a seconda del tipo di contratto in questione e delle conseguenze attribuite a questa circostanza ("giustificare" l'inadempimento o determinare la cessazione degli effetti del contratto). Nella maggior parte dei casi, semplicemente, si prevede un riferimento a cause di forza maggiore quale causa giustificatrice (esimente) dell'inadempimento, senza ulteriori specificazioni. In altri casi, la regolamentazione può essere più ampia.

Seguono alcuni esempi...

## 6. La Forza maggiore ed esempi di clausole nel diritto spagnolo... (segue)

### Ejemplo 1:

#### Contrato de joint venture

Ninguna de las partes responderá por el incumplimiento, suspensión o retraso en la ejecución de las obligaciones derivadas del presente contrato, ni estará obligada a indemnizar a la otra por los perjuicios causados, cuando el incumplimiento, la suspensión o retraso sea producido por **fuorza mayor** debidamente probada.

La prueba de la **fuorza mayor** corresponderá a quien la alega, presentado como prueba suficiente del suceso. Queda expresamente convenido que tal parte deberá dar notificación por escrito a la otra de los detalles del caso de **fuorza mayor** dentro de los diez días naturales siguientes a que se haya producido el acontecimiento determinante de dicha **fuorza mayor**.

La parte afectada por la **fuorza mayor** está obligada a reanudar el cumplimiento de sus obligaciones tan pronto hayan cesado los efectos de la fuerza mayor. Las obligaciones no afectadas por la **fuorza mayor** serán cumplidas según las estipulaciones de este Acuerdo.

### Ejemplo 2:

#### Contrato de obra

No se considerará retraso en el cumplimiento del contrato ni incumplimiento de la ejecución por las partes si concurrieran causas de **fuorza mayor**. En todo caso, la parte incumplidora por este motivo habrá de notificárselo inmediata y fehacientemente a la parte afectada por el incumplimiento.

Se entiende que concurre **fuorza mayor** en los siguientes supuestos: fenómenos meteorológicos que impidan el desarrollo de los trabajos, inundación, incendio, huelga, requerimiento de la Administración Pública o cualquier otro que, quedando fuera de la esfera de control de la parte afectada, impida el cumplimiento de las obligaciones pactadas en este contrato.

En cualquier caso, la parte afectada por la **fuorza mayor** queda obligada a hacer todo lo posible por evitarla, superarla o eliminarla. Una vez finalizada la causa de **fuorza mayor** que determine la imposibilidad de desarrollar los trabajos, la parte afectada por aquella dispondrá de cinco días para [fijar el modo de regularizar la situación].

### Ejemplo 3:

#### Contrato de concesión de distribución exclusiva de marcas

El contrato puede ser denunciado sin necesidad de respeto del preaviso establecido en caso de grave incumplimiento por cualquiera de las partes. También es posible la denuncia en caso de concurso de cualquiera de las partes o en el supuesto de que así sea dispuesto por la autoridad pública, en caso de que se retire la autorización de importación o –en su caso– de comercialización de los productos, en caso de guerra o en otro supuesto de **fuorza mayor**. La parte que se proponga denunciar el contrato en virtud de alguna de estas causas deberá notificar a la otra parte la concurrencia de dicha causa o del incumplimiento y le concederá un plazo de días a partir de la fecha de la notificación para que la parte requerida pueda subsanar el incumplimiento o alegar lo que estime oportuno sobre la concurrencia de una causa de **fuorza mayor**. Si la parte infractora no remedia el incumplimiento en el plazo anteriormente expresado, la parte afectada podrá resolver el presente contrato notificándolo a la parte incumplidora en un plazo máximo de noventa días desde la notificación del incumplimiento. Dicha resolución no perjudicará cualesquiera otros derechos o reclamaciones que la parte afectada pueda ostentar respecto de la parte infractora. Si la resolución se produce por causa mayor, ésta será automática pasado el plazo de preaviso.

## 6. La Forza maggiore ed esempi di clausole nel diritto spagnolo... (segue)

### Ejemplo 4:

#### Contrato de prestación de servicios

Ninguna de las Partes podrá ser considerada como responsable de un retraso, defecto o error en la ejecución de sus obligaciones contractuales cuando aquellos son debidos u ocasionados por una causa de **fuerza mayor**. No obstante, las Partes quedan obligadas a notificar a la otra cuando tengan conocimiento de que una causa de esta naturaleza ha ocurrido y afectará a la correcta ejecución de sus obligaciones.

### Ejemplo 5:

#### Contrato de transporte de mercancías por carretera

El porteador no podrá apartarse de la ruta elegida por el cargador salvo por causa de **fuerza mayor**.

Si se apartara de la misma sin mediar causa justificada, será responsable de todos los daños que por cualquier circunstancia sobrevengan durante el transporte a las mercancías que integran el envío, además de pagar la suma de euros ( €) en concepto de arras penitenciales.

Si, por causa de **fuerza mayor**, el Porteador tiene que tomar una ruta distinta a las especificadas, tendrá derecho al aumento de portes correspondiente, el cual le será abonado tras su formal justificación

### Ejemplo 6:

#### Contrato de suministro de alimentos y catering

El suministrador no responderá frente al suministrado ni ninguna otra persona que pudiera resultar afectada, por la pérdida o deterioro total o parcial de las mercaderías suministradas, ni por el retraso en la entrega de la mismas, siempre que esta pérdida o retraso en la entrega sea motivada por circunstancias que no pudieron preverse o que resulten inevitables, es decir, caso fortuito o fuerza mayor. En estos supuestos el suministrador quedará exento de las consecuencias de su incumplimiento, así como del pago de daños y perjuicios.

➤ **A Cura del Gruppo studio creato dalla Libera Associazione Forense sul tema**

**Avvocati:**

**Marco Bertini, Francesco Bracco, Prof. Ermanno Calzolaio, Mauro Colantoni,  
Caterina Coroneo, Juan Sánchez Corzo**