

Parte Prima

Dottrina

La responsabilità contrattuale nei rapporti commerciali internazionali al tempo della pandemia da Covid-19

Contractual liability and international commercial contracts at the time of the Covid-19 pandemic

Marco Frigessi di Rattalma *

Abstract

Il saggio analizza gli effetti delle misure di contenimento della pandemia da Covid-19 sui contratti del commercio internazionale. La sussistenza o meno di una situazione di forza maggiore incide sull'obbligo di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale con evidente ricaduta sulla prestazione dell'assicuratore della responsabilità contrattuale della parte in asserito default.

Parole chiave: assicurazione della responsabilità contrattuale, inadempimento, forza maggiore, misure di contenimento degli effetti della pandemia da Covid-19

Abstract

The essay analyzes the effects of the Covid-19 pandemic containment measures on international commercial contracts. The existence or otherwise of a situation of force majeure affects the obligation to pay damages for breach of contract with evident repercussions on the performance of the insurer of the contractual liability of the party in alleged default.

Keywords: contractual liability insurance, default, force majeure, measures to contain the effects of the Covid-19 pandemic

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Forza maggiore e contrattualistica internazionale. – 3. ICC *Force Majeure/Hardship Clause*. – 4. La CISG e la *force majeure*. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Come è noto sono numerose le fattispecie in cui il contraente di un contratto stipula un contratto di assicurazione per coprire il rischio inerente ai danni che egli sia tenuto a dover risarcire alla controparte contrattuale a causa dell'inadempimento da parte sua alle proprie obbligazioni contrattuali.

Indefettibile presupposto per il pagamento della somma assicurata da parte dell'assicuratore è l'accertata responsabilità contrattuale dell'assicurato.

Il presente saggio intende esaminare precisamente tale presupposto, con specifico riferimento agli effetti che le misure di contenimento della pandemia da Covid-19 producono sui contratti del commercio internazionale e, quindi, sull'accertamento della responsabilità contrattuale oggetto della copertura assicurativa.

2. Forza maggiore e contrattualistica internazionale

In seguito alla diffusione della drammatica pandemia da Covid-19 non sarà soltanto la contrattualistica italiana a subire ripercussioni per effetto delle sopra citate misure che competerà ai giuristi dipanare. Infatti, seppure in misura variabile, quasi tutti gli Stati del mondo hanno adottato provvedimenti di contenimento della pandemia sovente destinati a produrre effetti sui contratti; se a ciò si aggiunge l'innata transnazionalità dei rapporti commerciali nell'era della globalizzazione, ne segue che di tali misure saranno investiti non solo i contratti c.d. interni, ma anche e soprattutto quelli transnazionali, ossia quelli che presentano contatti con più Stati.

Per chi abbia dimestichezza con la contrattualistica internazionale è circostanza ben nota che i contratti del commercio internazionale sono sovente di lunga durata, anche per il fatto di impiegare e localizzare in diverse giurisdizioni i fattori della produzione, caratterizzandosi quindi per lo più come contratti *cross border* di durata e, non di rado, ad esecuzione continuata e periodica. Ciò incide, come vedremo, sulla disciplina della forza maggiore fondata sull'autonomia contrattuale nell'ambito dei rapporti del commercio internazionale. Per contro l'archetipo preso in considerazione dai codici ci-

vili nazionali nel normare la nozione e gli effetti della forza maggiore sono i contratti di scambio ad esecuzione istantanea¹.

L'esame della contrattualistica del commercio internazionale permette di rilevare come sovente i requisiti della forza maggiore siano resi più flessibili, rispetto al rigore che tendenzialmente li caratterizza nei codici e nelle legislazioni nazionali.

L'autonomia contrattuale ha creato nella prassi una regolamentazione particolarmente adatta alle esigenze della moderna società degli affari iper-connessa e globalizzata.

L'indipendenza dell'evento impediente dalla volontà del debitore e la sua irresistibilità previste dallo schema del diritto interno, sono sostituite dalla circostanza che l'evento impediente si collochi "*beyond the reasonable control of the parties*". Anche l'imprevedibilità non viene richiesta in modo assoluto, ma declinata nella "*ragionevole imprevedibilità ad opera delle parti*".

Di regola, le clausole contenute nei contratti internazionali non dispongono se non come *extrema ratio* la risoluzione del contratto. Esse prevedono, piuttosto, un periodo di sospensione dell'esecuzione del contratto che decorre dal momento in cui la parte affetta dall'evento di forza maggiore notifica tale evento alla controparte e che si estende fino a che tale impedimento perdura. Ciò denota come, non solo sul piano definitorio della nozione di forza maggiore, ma anche quello delle conseguenze dell'accertata situazione di *force majeure*, il regime transnazionale della stessa si discosti in modo significativo dallo "schema tipico" dei codici civili nazionali, ovviamente ferma restando l'esenzione dalla responsabilità della parte inadempiente.

Mette conto poi notare come le clausole contrattuali in uso nel commercio internazionale introducono, quale specifico rimedio nel caso del protrarsi della sopra indicata sospensione, l'obbligo di rinegoziazione del contratto in capo alle parti, oppure l'avvio di un procedimento arbitrale volto a pervenire all'adattamento del contratto alle sopravvenute circostanze.

Si può quindi affermare che mentre gli ordinamenti nazionali tendono ad inquadrare la forza maggiore nell'ottica della risoluzione del contratto, la prassi del commercio internazionale predilige clausole ispirate al *favor negotii* ed a garantire nella misura massima possibile una continuazione, pur adattata, del rapporto contrattuale. Ciò ben si spiega se si considera che sovente i contratti del commercio internazionale si caratterizzano quali contratti di durata che determinano oltre tutto rilevanti investimenti economici ad opera delle imprese contraenti e che tali contratti coinvolgono oltre tutto

¹ Si veda U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*, vol. 2, Padova, 1988, 37.

numerosi e diversificati stakeholder, sia privati sia pubblici, oltre tutto afferenti a molteplici giurisdizioni.

3. ICC Force Majeure/Hardship Clause

La *Force Majeure Clause* della Camera di Commercio Internazionale (ICC) esprime una delle più coerenti manifestazioni della sopra delineata tendenza emergente dalla contrattualistica del commercio internazionale a rendere più flessibili i requisiti costitutivi della forza maggiore rispetto al rigore che tendenzialmente li caratterizza nello schema “classico” delle legislazioni domestiche.

L’ICC ha predisposto nel marzo del 2020 la nuova versione della clausola di forza maggiore, unitamente a quella di *hardship*, che sostituisce la versione della clausola redatta nel 2003, che aveva a sua volta sostituito il testo del 1985.

Poiché l’inizio della pandemia di Covid-19 si colloca a cavallo tra la fine del 2019 e l’inizio del 2020 vi potranno essere contratti che hanno adottato la clausola di forza maggiore dell’ICC nella formulazione del 2003 ed altri in quella del 2020.

Il buon successo della clausola ICC di forza maggiore, nelle varie versioni che sono susseguite, si spiega con il fatto che gli operatori del commercio internazionale, anziché dover negoziare *ex novo* una clausola contrattuale, trovano così pronto all’uso un prototipo di clausola predisposto da un ente autorevole ed indipendente da inserire nei loro contratti o da utilizzare come base per la redazione di clausole “su misura”.

La Commissione Commercial Law and Practice della ICC ha migliorato ed attualizzato la clausola del 2003, che ha mantenuto peraltro le caratteristiche di *long form* ed ha predisposto altresì una *short form* della clausola, che riprende i profili essenziali della *long form*, con formulazione più sintetica.

La clausola ICC 2020 adotta, nella prima parte, la definizione generale, e nella seconda, una serie di situazioni tipiche di forza maggiore². Essa si apre con la definizione ed i requisiti che caratterizzano la forza maggiore: “*Costituisce forza maggiore il verificarsi di un evento o circostanza (‘Evento di Forza Maggiore’) che impedisce ad una parte di eseguire una o più obbligazioni contrattuali, se e nella misura in cui la parte che subisce l’impedimento (‘la Parte Interessata’) prova:*

a) che l’impedimento è fuori dal suo ragionevole controllo; e

² Si veda F. BORTOLOTTI, *La nuova clausola di forza maggiore della ICC*, qui consultabile <https://www.mglobale.it/contrattualistica/tutte-le-news/la-nuova-clausola-di-forza-maggiore-della-icc.kl>.

b) che esso non avrebbe ragionevolmente potuto essere previsto al momento della conclusione del contratto; e

c) che gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto essere ragionevolmente evitati o superati dalla Parte interessata".

Le tre condizioni devono ricorrere cumulativamente per esonerare l'obligato dall'osservanza delle proprie obbligazioni.

La definizione di forza maggiore della ICC si allontana dal rigore delle corrispondenti nozioni dei vari diritti nazionali in quanto pone l'accento sulla "ragionevolezza" per quanto concerne i requisiti della forza maggiore³.

Inoltre l'indipendenza dell'evento impediente dalla volontà del debitore e la sua irresistibilità previste dallo schema "classico" dei diritti interni sono sostituite dalla circostanza che l'evento impediente si collochi "fuori dal suo ragionevole controllo". Lo stesso vale per l'imprevedibilità che non viene richiesta in modo assoluto ma declinata nella "ragionevole" imprevedibilità.

La clausola prosegue con una lista di "Eventi di forza maggiore presunti". In presenza degli eventi elencati si presume, salvo prova contraria, che siano realizzate le condizioni (a) e (b) della definizione generale. Pertanto, in presenza di uno degli eventi elencati, la parte interessata dovrà solo provare la sussistenza del requisito *sub* (c)⁴ e cioè che non avrebbe potuto evitare o superare gli effetti dell'impedimento, senza dover dimostrare che lo stesso fosse imprevedibile e fuori dal suo controllo. Competerà invece alla controparte fornire la prova contraria relativamente ai requisiti *sub* (a) e (b), dato che gli stessi sono presunti se l'evento invocato è uno di quelli elencati. Riporto la lista di "Eventi di forza maggiore presunti":

"a) war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive military mobilization;

b) civil war, riot, rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy;

c) currency and trade restriction, embargo, sanction;

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;

f) explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy;

³ Il richiamo del criterio di ragionevolezza era già presente nella clausola del 2003. Osserva F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, che "In tal modo si fanno rientrare sotto la forza maggiore anche situazioni in cui l'adempimento, pur in teoria possibile, è di fatto impraticabile."

⁴ <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>.

g) *general labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises*".

Naturalmente, le parti possono modificare ed integrare la lista nella fase delle negoziazioni in modo di renderla più calzante ai rischi inerenti all'attuale realtà socio-economica che contraddistingue le giurisdizioni coinvolte al momento della trattativa e ciò sia da un punto di vista per così dire sia "macro" che "micro".

Come chiarito dai commenti che accompagnano la clausola, anche impedimenti diversi da quelli elencati tra i "*Presumed force majeure events*" potranno essere fatti valere dalla parte interessata. Tuttavia, in questo caso, essa è tenuta a provare tutte i tre requisiti prescritti dalla "*Definition*" e non godrà quindi delle presunzioni di cui beneficia la parte che invoca quale impedimento uno degli eventi ricompresi nell'elenco.

La clausola ICC prevede poi alla § 4 che la parte affetta dall'evento di forza maggiore debba comunicare l'evento impediente senza ritardo all'altro contraente.

La § 5 della clausola intitolata "Conseguenze della forza maggiore" dispone che: "La parte che invochi con successo la presente Clausola è esonerata dall'obbligo di adempiere alle sue obbligazioni contrattuali, e da qualsiasi responsabilità per danni o qualsiasi rimedio per inadempimento contrattuale, a partire dal momento in cui l'impedimento impedisce l'adempimento, purché ne venga data notizia all'altra parte senza ritardo. In mancanza di comunicazione tempestiva, l'esonero prende effetto dal momento in cui la comunicazione raggiunge l'altra parte. L'altra parte potrà sospendere l'adempimento dei propri obblighi a partire dalla data della comunicazione, ove applicabile".

Tale disposizione enuncia le conseguenze tipiche della forza maggiore, ossia che la parte interessata è esonerata dai propri obblighi e non potrà essere tenuta responsabile per danni come anche non sarà tenuta al pagamento di somme pattuite in eventuali clausole penali. Peraltro, la parte che ha invocato la forza maggiore non può pretendere di essere indennizzata dalla controparte dei maggiori costi sostenuti in ragione dell'evento di forza maggiore.

Abbiamo sopra indicato l'obbligo di comunicazione tempestiva dell'evento di forza maggiore previsto alla § 4. Precisamente allo scopo di spronare la parte ad attenersi a tale obbligo, è previsto che se non è stata data tempestivamente comunicazione dell'evento alla controparte, l'effetto liberatorio della forza maggiore si verificherà esclusivamente dal momento in cui la comunicazione dell'impedimento raggiunge l'altra parte⁵.

⁵ Sotto questo profilo si nota la maggiore flessibilità della clausola ICC rispetto all'atteggiamento assunto dagli arbitri internazionali, almeno in tempi passati. Così in un lodo si arrivò a giudicare che la mancanza della tempestiva comunicazione dalla causa di forza mag-

In virtù del principio *inadimplenti non est adimplendum* che si applica anche in caso di inadempimento causato da forza maggiore, la clausola ICC conferisce all'altra parte il diritto di sospendere l'esecuzione delle proprie obbligazioni, a partire dal ricevimento della notifica.

Nella § 6 si specifica che ove l'evento di forza maggiore abbia carattere temporaneo le conseguenze della forza maggiore hanno effetto finché l'impedimento invocato impedisce l'adempimento ad opera della parte interessata. Inoltre si specifica che la parte interessata è tenuta a informare l'altra parte non appena l'impedimento viene a cessare.

Poiché non di rado l'impedimento di forza maggiore può protrarsi per un tempo rilevante, il § 8 opportunamente disciplina la risoluzione del contratto. È proprio nel disciplinare questa ipotesi che la versione del 2020 della ICC *Force Majeure Clause* innova significativamente rispetto alla versione del 2003.

Viene stabilito infatti che nel caso in cui l'impedimento duri troppo a lungo e di conseguenza abbia l'effetto di privare le parti contraenti di ciò che potevano ragionevolmente attendersi dal contratto, ciascuna di esse ha il diritto di risolvere il negozio con un ragionevole preavviso. Circa la durata massima della sospensione per effetto dell'impedimento di forza maggiore, la clausola stabilisce un periodo massimo di centoventi giorni, che si applica in assenza di diverso accordo delle parti.

I redattori della clausola hanno ritenuto – per garantire la certezza del diritto – di fissare essi stessi un termine, centoventi giorni⁶, raggiunto il quale ciascuna delle parti può dichiarare la risoluzione del contratto.

Nella versione del 2003, invece, la clausola non prevedeva un termine preciso, ma utilizzava l'espressione “*reasonable period*”, ossia “periodo ragionevole”⁷. Quindi, in mancanza di un accordo specifico delle parti sul punto che quantificasse in un determinato numero di giorni tale “*reasonable period*”, la disposizione poteva generare, proprio per l'eccessiva vaghezza dei termini utilizzati, controversie sulla possibilità o meno per la parte interessata di risolvere il contratto.

Si noti infine che la ICC ha predisposto anche una *short form* della clausola di forza maggiore. Si tratta di una clausola che riprende gli aspetti salienti

giore all'altra parte determinasse addirittura la decadenza dal diritto di invocare la forza maggiore. Così ICC n. 2478/1974, in *Clunet*, 1975, p. 925.

⁶ Tale termine può essere liberamente modificato dalle parti nel corso delle trattative precontrattuali.

⁷ Nella versione del 2003 si disponeva alla § 8 che “*Se le cause di esenzione continuano a sussistere oltre il periodo pattuito dalle parti (tale periodo va specificato qui dalle parti) o, in assenza di una simile pattuizione, oltre un periodo ragionevole, ciascuna parte avrà il diritto di risolvere il contratto mediante notifica all'altra.*”.

della clausola completa (c.d. *long form*) ed in particolare si articola anch'essa sulla definizione della nozione di forza maggiore e sulla lista di eventi di forza maggiore cui si collega il regime probatorio agevolato sopra descritto.

Sia l'attuale versione sia la versione del 2003 della clausola ICC contengono nella lista degli "Eventi di forza maggiore presunti" alla lettera e) gli eventi "*plague, epidemic*".

Le prime valutazioni degli studiosi circa la riferibilità della pandemia, e quindi anche dell'attuale pandemia da Covid-19, alla lettera e), divergono.

Un autore si è espresso in senso positivo al riguardo: "Facciamo un esempio concreto relativo all'invocazione del Covid-19 da parte di un fornitore come causa di esonero per la mancata consegna di prodotti all'acquirente. Essendo l'epidemia espressamente prevista nella clausola come evento di forza maggiore, il fornitore non è tenuto a provare che l'evento sia fuori dal suo controllo e che non fosse prevedibile al momento della conclusione del contratto, ma solo che esso ha impedito la produzione o la spedizione della merce alle date stabilite".

Altri autori hanno invece espresso un'opinione diversa: «*In light of the ongoing COVID-19 pandemic, note that "plague" and "epidemic" are explicitly included, but that "pandemic" is not*»⁸. Peraltro, come esattamente osservano gli stessi autori, «*however, also note that the model clause includes 'compliance with any law or governmental order'*». Ne segue che la disputa circa la riferibilità o meno della pandemia alla lettera e) diverrà sovente sterile e ciò almeno tutte le volte che – e saranno le più numerose – l'impedimento invocato dalla parte sia riconducibile ad una o più delle misure di contenimento della pandemia imposte dallo Stato.

Ciò detto, la questione della riconducibilità della "pandemia" alla lettera e) che contempla "*plague, epidemic*" non può a ben vedere essere risolta in astratto, ma deve esserlo in stretto riferimento alla legge applicabile al contratto ed ai criteri sull'interpretazione dei contratti prevalenti ai sensi della legge applicabile. Con il risultato che giudici di ordinamenti più inclini all'interpretazione estensiva dei termini negoziali, come quelli di *civil law*, riterranno probabilmente la pandemia riconducibile per analogia alla lettera e) in quanto contempla "l'epidemia", mentre giudici di ordinamenti più legati ad un'interpretazione letterale dei termini contrattuali, come quelli di *common law*, potrebbero giudicare in modo opposto⁹.

⁸ A. WEST-S. LANGE, *Timing is Everything: International Chamber of Commerce Updates Its Model Force Majeure and Hardship Clauses*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5a7c72e0-c648-4989-ba48-16d008d6421b>.

⁹ L'interprete di *civil law* non potrebbe resistere facilmente all'argomento per il quale se le parti hanno convenuto che l'epidemia costituisce evento di forza maggiore, *a fortiori* deve

Qualche indicazione infine in merito alla ICC Hardship Clause, anch'essa riveduta nel 2020. La ICC, predisponendo tale clausola, riprende quanto non di rado accade nella prassi dei contratti internazionali, dove alla "*force majeure clause*" viene affiancata la "*hardship clause*": tale clausola ha di mira una situazione sopravvenuta al momento della conclusione del contratto, dovuta ad un evento che fosse al di fuori del ragionevole controllo della parte e dalla stessa non prevedibile, al verificarsi della quale l'equilibrio economico del contratto stesso ne risulta sensibilmente alterato e l'esecuzione di quest'ultimo diventa eccessivamente oneroso ("*excessively onerous*") per uno dei contraenti. In virtù di questa clausola, la parte affetta dall'evento può richiedere alla controparte la "rinegoziazione del contratto", allo scopo di ristabilire l'equilibrio contrattuale.

Invero la clausola impone alle parti, entro un ragionevole lasso di tempo, di "rinegoziare" i termini contrattuali, sancendo il diritto della parte che ha invocato la clausola di risolvere il contratto ove l'altra parte contraente rifiuti la rinegoziazione.

La clausola di *hardship* punta decisamente, almeno in prima battuta, al mantenimento del contratto tramite l'obbligo di rinegoziazione, mentre la risoluzione del contratto assume un carattere subordinato, in quanto può avere luogo solo allorché la rinegoziazione del contratto non abbia esito.

4. La CISG e la force majeure

Veniamo ora alla Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci¹⁰, sottoscritta a Vienna l'11 aprile 1980 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988, attualmente vigente in 93 Stati, redatta allo scopo di addivenire ad un'uniformità almeno parziale ma comunque significativa della disciplina della vendita internazionale di beni tra imprese¹¹.

essere qualificata tale la pandemia, che altro non è che un'epidemia "aggravata", ossia con tendenza a diffondersi rapidamente attraverso vastissimi territori e continenti. L'Organizzazione Mondiale della Sanità che ha dichiarato il Covid-19 una pandemia in data 11 marzo 2020 definisce la pandemia come "*Un nuovo virus che si diffonde in tutto il mondo e contro il quale la maggioranza degli uomini non ha difese immunitarie*".

¹⁰ Nota come CISG *Convention on Contracts for the International Sales of Goods*.

¹¹ Infatti ai sensi dell'art. 2: "*This Convention does not apply to sales: (a) of goods 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 altre parole la Convenzione non si applica alle vendite di beni mobili acquistati per uso personale, familiare o domestico, a meno che il venditore, anteriormente alla, od al momento

Nella Convenzione spicca, per quanto qui di interesse, l'art. 79¹²⁻¹³. Alla stregua di tale disposizione tre sono i requisiti necessari per l'invocabilità dell'esenzione dalla responsabilità: l'estraneità dell'impedimento rispetto alla sfera di controllo dell'obbligato; l'impedimento deve qualificarsi quale evento che l'obbligato non era ragionevolmente tenuto a prendere in considerazione al momento della conclusione del contratto; l'obbligato non poteva ragionevolmente né evitare l'impedimento, né superarne le conseguenze.

Pertanto la forza maggiore si identifica con quell'evento imprevedibile e fuori dal controllo della parte tale da non consentire ragionevolmente l'esecuzione del contratto. Il debitore inadempiente, provando l'esistenza di questi requisiti, è sollevato dalla responsabilità contrattuale.

della, conclusione del contratto, non sapesse o non fosse tenuto a sapere che i beni erano acquistati per tale uso.

¹² Section IV Exemptions art. 79: "1. A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. 2. If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if: (a) he is exempt under the preceding paragraph; and (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him. 3. The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. 4. The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt. 5. Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention."

¹³ Si riporta per comodità del lettore la traduzione non ufficiale in lingua italiana. Sezione IV Cause di esonero art. 79 "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."

Ciò chiarito, e prima di analizzare la giurisprudenza rilevante, mette conto evidenziare quale sia l'ambito di applicazione della CISG: la Convenzione si applica quando le parti abbiano la propria sede d'affari in Stati diversi che siano entrambi contraenti della CISG. In mancanza di questa condizione la Convenzione si applica altresì quando le norme di diritto internazionale privato rimandano all'applicazione della legge di uno Stato contraente della CISG.

È importante notare che la Convenzione precisa all'art. 6 che le parti di un contratto hanno la libertà contrattuale di escluderne integralmente od in parte l'applicazione al contratto¹⁴. Ne consegue che si possono delineare le seguenti principali ipotesi:

- se il contratto è stato stipulato tra parti che abbiano la propria sede d'affari in Stati diversi che siano entrambi contraenti della CISG ed il contratto non escluda l'applicazione della CISG, si applica la CISG;
- se il contratto è stato stipulato tra parti che abbiano la propria sede d'affari in Stati diversi che non siano entrambi contraenti della CISG e il diritto applicabile al contratto sia quello di uno Stato contraente della CISG ed il contratto non escluda l'applicazione della stessa, si applica la CISG;
- se il contratto esclude espressamente l'applicazione della CISG e contiene la scelta della legge applicabile al contratto, deve necessariamente farsi esclusivo riferimento a quanto stabilito in tema di forza maggiore ed impossibilità sopravvenuta dalla legge scelta, senza tener conto delle norme della CISG.

Diverse sentenze hanno affrontato il livello di “difficoltà” nell'esecuzione dell'obbligazione che una parte deve provare di aver sperimentato per poter far valere con successo l'esenzione ai sensi dell'art. 79. L'orientamento prevalente nella giurisprudenza degli Stati contraenti della Convenzione sembra indicare che l'esenzione ai sensi dell'art. 79 richieda “l'impossibilità” dell'esecuzione della prestazione¹⁵. La Corte di cassazione belga ha tuttavia giudicato che all'“impedimento” di cui all'art. 79, paragrafo 1, possa ricondursi anche un mutamento delle circostanze che abbia causato una *economic*

¹⁴ Art. 6: “Le parti possono escludere l'applicazione della presente Convenzione o, salvo l'articolo 12, derogare a singole sue disposizioni o modificarne gli effetti.”.

¹⁵ Oberlandesgericht Hamburg 4 luglio 1997; Rechtbank van Koophandel Hasselt 2 maggio 1995; Oberlandesgericht Hamburg 28 febbraio 1997; Tribunale Civile di Monza 14 gennaio 1993. Si veda tuttavia Amtsgericht Charlottenburg 4 maggio 1994 dove la Corte afferma che anche una situazione meno stringente dell'impossibilità della prestazione possa giustificare l'esenzione ex art. 79. I riferimenti giurisprudenziali indicati dalla presente nota e sino alla nota 148 sono tratti da 2012 UNCITRAL *Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Digest of Article 79 case law*, ove le sentenze sono in gran parte riprodotte. Si visiti cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest.

hardship in ordine all'esecuzione della prestazione, anche se l'esecuzione della prestazione non sia divenuta tout court impossibile; la Corte ha sottolineato che, per qualificarsi come un "impedimento", il mutamento delle circostanze non deve essere ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione del contratto ed, inoltre, l'esecuzione del contratto deve comportare un onere straordinario e sproporzionato in seguito alle mutate circostanze¹⁶.

In vista della natura "autonoma" della nozione contenuta all'art. 79, che non consente in quanto tale il ricorso alle normative nazionali, è stato inoltre affermato che l'art. 79 impedisce l'applicazione di istituti finitimi, quali il c.d. Wegfall der Geschäftsgrundlage previsto dall'ordinamento tedesco¹⁷ e l'eccessiva onerosità sopravvenuta contemplata dall'art. 1467 c.c. italiano¹⁸. Un tribunale ha altresì condizionato all'assenza di malafede nella condotta dell'obbligato il diritto dello stesso a far valere l'esenzione dell'art. 79¹⁹.

Una decisione arbitrale ha poi affermato che un "impedimento" deve essere "un rischio ingestibile o un evento del tutto eccezionale, come forza maggiore od impossibilità economica"²⁰. Un'altra decisione ha ritenuto che, in linea di principio, un divieto di esportazione emanato dallo Stato del venditore può costituire un "impedimento" ai sensi dell'art. 79 che giustifica il venditore che non ha consegnato l'intero quantitativo di merci. Il tribunale, tuttavia, ha nella specie negato l'esenzione perché ha giudicato che il divieto di esportazione era già in vigore al momento della conclusione del contratto²¹.

Un'ulteriore sentenza ha rigettato la richiesta di esenzione di un acquirente che ha rifiutato di pagare il prezzo per i beni ricevuti, facendo valere gli sviluppi negativi del mercato, i problemi inerenti alla conservazione dei beni, la rivalutazione della valuta di pagamento e la diminuzione degli scambi nel settore industriale dell'acquirente medesimo²².

Alcune decisioni arbitrali si sono poi concentrate sul requisito che l'impedimento sia al fuori del "controllo" del contraente che invoca l'esenzione. In particolare tali decisioni hanno ritenuto sussistere un impedimento al di fuori del controllo del contraente nel caso in cui provvedimenti governativi o azioni dei funzionari governativi abbiano impedito l'esecuzione della presta-

¹⁶ 19 giugno 2009 Court of Cassation [Supreme Court] (Scafom International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S.).

¹⁷ Landgericht Aachen 14 maggio 1993.

¹⁸ Tribunale Civile di Monza 14 gennaio 1993.

¹⁹ Tribunal de Commerce de Besançon, 19 gennaio 1998.

²⁰ Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 giugno 1996.

²¹ Bulgarska turgosko-promishlena palata, 24 aprile 1996 (Arbitral award No. 56/1995).

²² Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, 12 febbraio 1998.

zione. Pertanto, un acquirente che aveva pagato la merce è stato ritenuto esente dalla responsabilità per la mancata presa in consegna della stessa, posto che la merce non poteva essere importata nel paese dell'acquirente in quanto i funzionari pubblici non ne avevano certificato la sicurezza ai fini della commercializzazione²³. Analogamente, un tribunale arbitrale ha giudicato che un divieto all'esportazione di carbone attuato dallo Stato del venditore costituiva un impedimento al di fuori del controllo del venditore²⁴.

Per quanto attiene alle fattispecie riconducibili alla c.d. *supply chain*, una sentenza ha giudicato che, laddove il fornitore del venditore non potesse continuare la produzione dei beni senza che il venditore non gli anticipasse una notevole quantità di denaro, l'impedimento alla prestazione del venditore non fosse al di fuori dal "controllo" di quest'ultimo. Il venditore deve garantire la propria capacità finanziaria per eseguire la prestazione pur a fronte ad eventi sopravvenuti ed imprevedibili e questo principio si applica anche al rapporto del venditore con i propri fornitori²⁵.

Altre sentenze si sono concentrate sul requisito per il quale la parte che invoca l'esenzione non possa essere ragionevolmente tenuta ad evitare l'impedimento o a superarne le conseguenze. Così si è giudicato che un venditore di pomodori non andasse esente dalla responsabilità per la mancata consegna della merce, per il fatto che forti piogge avevano danneggiato il raccolto di pomodori nel paese del venditore, causando un aumento dei prezzi di mercato: poiché l'intero raccolto non era stato distrutto, la corte ha stabilito che la prestazione del venditore era ancora possibile e la riduzione delle forniture e l'aumento dei relativi costi erano impedimenti che il venditore poteva essere ragionevolmente tenuto a superare²⁶.

Alcune sentenze si sono occupate del rapporto tra l'art. 79 e le clausole di forza maggiore contenute nei contratti. L'art. 79 non è escluso dalla norma dell'art. 6 che autorizza le parti a "derogare o variare l'effetto" delle disposizioni della Convenzione. Le decisioni hanno interpretato l'art. 79 in combinazione con clausole di forza maggiore contenute nei contratti. Una decisione ha rilevato che un venditore non andava esente da responsabilità per mancata consegna della merce e ciò sia ai sensi dell'art. 79 sia di una clausola di forza maggiore contrattuale, evidentemente sul presupposto che la previsione della clausola di forza maggiore non costituisse una tacita deroga ad opera delle

²³ Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, 22 gennaio 1997 Arbitral award No. 155/1996.

²⁴ Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, 24 aprile 1996.

²⁵ Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg 21 giugno 1996.

²⁶ Oberlandesgericht Hamburg 4 luglio 1997.

parti all'art. 79²⁷. Un'altra decisione sembra di diverso segno: essa ha infatti negato l'esenzione dell'acquirente in virtù del fatto che l'impedimento invocato non fosse indicato nell'elenco esaustivo di casi di forza maggiore contenuto nella pertinente clausola contrattuale, senza valutare l'impedimento nel prisma dell'art. 79; ciò, evidentemente, sul presupposto che la previsione della clausola comportasse deroga implicita ad opera delle parti all'art. 79²⁸.

Uno specifico dovere in capo al debitore si rinviene al n. 4 dell'art. 79: è imposto alla parte, la cui prestazione è divenuta definitivamente o temporaneamente impossibile di avvertire, entro un termine ragionevole, l'altra parte della sussistenza dell'impedimento e degli effetti che questo comporta sulla sua capacità di adempiere il contratto. Nel caso in cui ciò non si verifichi, si profila in capo al debitore una violazione del principio di correttezza e buona fede, ed il debitore sarà responsabile dei danni derivanti all'altra parte da tale mancata comunicazione.

Si segnala come uno degli aspetti positivi dell'art. 79 sia la sua già menzionata natura "autonoma", in quanto disciplinando esaustivamente la materia, non consente il ricorso alle normative nazionali, come previsto dall'art. 7(2) della Convenzione. Quest'ultima, sottraendo la nozione e gli effetti della forza maggiore dall'influenza delle concezioni domestiche che caratterizzano i ben 93 Stati contraenti della CISG, garantisce una, certamente apprezzabile, uniformità delle soluzioni.

5. Conclusioni

Il giudice o l'arbitro che si trovino a dover decidere una controversia transnazionale dovranno quindi fare applicazione dei principi sopra riportati. Sovente la questione dirimente sarà se un determinato evento impediente la prestazione sia direttamente riconducibile alla misura restrittiva governativa o meno. Anche la prevedibilità della misura che ha dato luogo all'impedimento potrà rilevare ed è chiaro che sotto questo profilo saranno decisive le circostanze inerenti alla conclusione del contratto ed in particolare il momento della negoziazione dello stesso rispetto alla diffusione della pandemia di Covid-19 avuto riguardo alla localizzazione geografica delle parti contraenti. Molto dipenderà quindi dal concreto atteggiarsi della fattispecie come allegata dalle parti nel procedimento.

²⁷ Oberlandesgericht Hamburg 28 febbraio 1997.

²⁸ Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 17 ottobre 1995 (Arbitral award n. 123/1992).