FABRIZIO MARRELLA
PROFESSORE ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ «CÀ FOSCARI» DI VENEZIA (*)

FORZA MAGGIORE E VENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI IN UN CONTESTO DI PANDEMIA: ALCUNE RIFLESSIONI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di autonomia della volontà in d.i.p. quale pietra angolare della disciplina della forza maggiore nei contratti internazionali. – 3. La clausola espressa di forza maggiore: anatomia. – 4. *Segue*: la clausola di forza maggiore 2020 nella codificazione della Camera di commercio internazionale. – 5. La mancata pattuizione di una clausola di forza maggiore e le soluzioni poco soddisfacenti della convenzione di Vienna del 1980. – 6. *Segue*: l'art. 79 della convenzione. – 7. Il diritto applicabile alla clausola di forza maggiore e ai suoi requisiti. – 8. *Segue*: il richiamo di un diritto nazionale e i diversi modelli regolatori. – 8.1. Italia. – 8.2. Francia. – 8.3. Germania. – 8.4. Russia e Cina. – 8.5. Regno Unito e Stati Uniti. – 9. Clausola penale e forza maggiore. – 10. Il richiamo di norme anazionali tra i principi dell'Aja del 2015 ed i Principi Unidroit del 2016. – 11. *Segue*: l'obbligo di mitigare i danni. – 12. Sul nesso di causalità e la legge applicabile. – 13. *Segue*: sull'efficacia probatoria dei «certificati di forza maggiore». – 14. Sui «pagamenti impossibili», sulla legge applicabile al tasso di interesse ed alla prescrizione. – 15. Le norme sullo stato di emergenza sono norme di applicazione necessaria o mere «modalità di esecuzione» delle obbligazioni contrattuali? – 16. Conclusioni.

1. Da secoli, gli ordinamenti giuridici nazionali ed anche quello internazionale ai propri fini conoscono il fondamentale principio *pacta sunt servanda* al pari delle sue eccezioni, *rebus sic stantibus* e *ad impossibilia nemo tenetur*. Il cambiamento imprevedibile di circostanze è uno dei problemi più rilevanti per i contratti internazionali, in particolare i contratti di durata, e le diverse soluzioni offerte tanto dagli ordinamenti giuridici nazionali, quanto dal principale strumento di diritto materiale uniforme, la convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili (d'ora in avanti CISG), costituiscono un interessante terreno di studio delle tecniche di d.i.p. a fini di prevenzione e di risoluzione delle controversie transnazionali.

Le calamità naturali, le epidemie o i mutamenti improvvisi delle principali variabili politiche e geoeconomiche sullo scenario internazionale

(*) L'articolo è stato sottoposto a *peer review* tramite referaggio esterno.

possono incidere considerevolmente sull'equilibrio delle obbligazioni delle parti fissato in un contratto di vendita internazionale tra privati e produrre aspre controversie. Può aversi un terremoto, uno *tsunami*, una guerra civile o un'epidemia in uno dei Paesi di produzione, costringendo il produttore a cambiare la c.d. *supply chain* e rifornirsi in Paesi i cui costi di produzione sono più elevati; un divieto di importare o di esportare determinate merci può seriamente ostacolare la catena produttiva e quella dei pagamenti previsti; altre volte tali fenomeni provocano improvvise variazioni di prezzo che non erano prevedibili al momento della conclusione del contratto rendendo l'esecuzione del contratto da parte di una o di entrambe le parti estremamente costosa.

Ed infatti, a differenza di quanto accade in una vendita interna, ogni vendita internazionale è immersa, *ex natura rerum*, in ambito internazionale e pertanto viene fortemente incisa da un diverso contesto giuridico e geopolitico che va preliminarmente conosciuto ed indagato da ogni interprete nell'esaminare le soluzioni tecnico-giuridiche del contratto. (1)

Lo scopo del presente saggio è quello di fare luce, nella prospettiva del d.i.p., sulla materia della forza maggiore, una materia che viene generalmente regolata dall'ordinamento italiano tramite l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta in materia contrattuale. Ma anziché limitarsi ad un esame delle norme statali in materia o di quelle di diritto uniforme, come tradizionalmente si è fatto in dottrina, la mia rotta sui mari del pensiero muoverà dal principio di autonomia contrattuale in d.i.p. il quale fonda la prassi contrattuale in materia di forza maggiore, una prassi che si rivela particolarmente illustrativa dei problemi da risolvere nel nostro tempo e che può essere un utile *benchmark* per valutare le diverse soluzioni normative offerte dagli Stati. Nella prospettiva adottata, emerge che le soluzioni di diritto materiale offerte dai legislatori nazionali e che risultano applicabili per il gioco delle norme di conflitto della *lex fori*, (2) acquistano un valore mera-

---

(1) In argomento si rinvia a MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale,* 2ª ed., Padova, 2020. V. altresì VAGTS, DODGE, HONGJU KOH, BUXBAUM, *Transnational business problems*, 5th ed., St. Paul, 2014; e AUDIT, BOLLÉE, CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3ème éd., Paris, LGDJ, 2019.

(2) Che, peraltro, oggi possono essere pianificate anche in chiave di *forum shopping* grazie alla convenzione dell'Aja sugli accordi di scelta del foro del 30 giugno 2005, entrata in vigore per l'Italia e per gli Stati membri UE il 1° ottobre 2015. In argomento cfr. BRAND, *Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*, in *Recueil des Cours*, t. 358, 2011, pp.9-262. Più in generale v. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2ª ed., Milano, 2002 e MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*. I. *Parte generale e obbligazioni*, 9ª ed., Torino, 2020, p. 20 ss.

mente residuale. E subisce la medesima sorte anche la CISG le cui norme in materia di forza maggiore risultano di applicazione marginale.

Se poi, come accade nella stragrande maggioranza dei contratti di vendita internazionale, le parti hanno pattuito l'arbitrato, la loro autonomia di d.i.p. si espande in modo considerevole consentendo loro di compiere anche scelte di regole di diritto anazionale come ad esempio la nuova *lex mercatoria* ed i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali. Ed è altrettanto interessante osservare che, nella nostra prospettiva, nemmeno le soluzioni dei Principi Unidroit in materia di forza maggiore costituiscono una «codificazione progressiva» della nuova *lex mercatoria.* In tale materia, la prassi contrattuale e quella arbitrale indicano che la nuova *lex mercatoria* vive altrove, nei formulari di contratto, e si rinnova continuamente con soluzioni tecniche diverse e sempre più precise.

In entrambi i tipi di designazione del diritto applicabile al contratto risulta di pari interesse esaminare il perimetro della *lex contractus* con specifico riferimento alle questioni sollevate dalla forza maggiore. Alludo a certe questioni che nel contenzioso possono divenire decisive come ad esempio quelle relative alla legge applicabile al nesso di causalità tra l'evento di forza maggiore e l'impossibilità ad adempiere ad una o più obbligazioni o alle clausole penali ed alla prescrizione, o ancora al valore probatorio degli attestati di forza maggiore rilasciati dalle Camere di commercio di alcuni Paesi tra cui l'Italia.

L'epidemia da Covid-19 non è solamente un fatto naturale che può dare luogo a peculiari fattispecie di forza maggiore od impossibilità sopravvenuta. La diffusione del virus ha indotto ciascun Governo e persino l'Unione europea ad adottare apposite misure di emergenza a carattere imperativo che hanno inciso sulla libertà di circolazione delle persone, dei servizi e delle merci. Occorrerà dunque valutare se e quali di tali norme siano di applicazione necessaria e, in caso positivo, se a partire dal momento della loro adozione interferiscano alla stregua di un *factum principis* sull'esecuzione del contratto.

Per ragioni di economia espositiva limiteremo le nostre osservazioni alle vendite B2B ed alle principali questioni di d.i.p. sollevate dalla forza maggiore. Non approfondiremo le più generali questioni di diritto processuale civile internazionale in materia di vendita internazionale od ulteriori aspetti generali inerenti l'arbitrato internazionale.

2. Come si è anticipato, il migliore punto di partenza di una riflessione internazionalprivatistica moderna sulla forza maggiore nei contratti

internazionali è quello che fa capo al principio di autonomia della volontà. (3)

L'autonomia delle parti, in senso internazionalprivatistico, infatti, svolge la propria principale funzione nell'attribuire alle parti la facoltà di *i*) designare il diritto applicabile alle obbligazioni nascenti da un contratto internazionale, *ii*) designare il giudice competente a dirimere le eventuali controversie nascenti dal contratto medesimo (come ad es. avviene tramite il regolamento Bruxelles I-*bis*) ovvero *iii*) di ricorrere all'arbitrato commerciale internazionale.

Ed infatti, proprio le esigenze del commercio internazionale hanno indotto i singoli Stati ad operare una crescente diversificazione della regolazione della libertà contrattuale, al fine di consentire la partecipazione dei singoli al traffico giuridico transnazionale. In relazione a ciò, non deve sorprendere la considerazione secondo la quale, mentre nell'esercizio dell'autonomia contrattuale «interna» le parti non dispongono della legge applicabile, nei contratti internazionali ciò si verifica sistematicamente.

Solo una volta designata la legge applicabile e dunque l'ordinamento competente, la libertà delle parti può trovare piena espressione nella sua «dimensione materiale» attraverso: *i*) la scelta di contratti interni tipici rispetto a quell'ordinamento (ad esempio vendita invece di somministrazione o di permuta etc.); *ii*) la determinazione del contenuto del contratto (ossia le varie clausole del contratto come il prezzo, i termini di consegna della cosa o appunto la forza maggiore); *iii*) la eventuale conclusione di contratti atipici rispetto al medesimo ordinamento.

In base a tali considerazioni è ben noto altresì che la lingua in cui è stato esteso il testo contrattuale (molto spesso l'inglese) è una variabile indipendente dalla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Così, in un celebre lodo arbitrale, gli arbitri hanno indicato che: «the fact that the Contracts are drafted in English is not decisive, since the English language has become an international tool for expressing the terms and conditions

---

(3) In argomento v., *inter multos*, GIARDINA, *L'autonomia delle parti nel commercio internazionale*, in VACCÀ, DRAETTA (a cura di), *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991, p. 34 ss.; CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti*, in questa *Rivista*, 2007, p. 891 ss.; MARRELLA, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, pp. 15-66; FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 424 ss.; CARLO CARAVACA, CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., Granada, 2018, p. 934 ss.; e ora i vari scritti (di Alpa, Carbone, Carlo Caravaca, Carrascosa González, Fernández Rozas, Gaillard e Moses) in MARRELLA, SOLDATI (a cura di), *Arbitrato, contratti e diritto del commercio internazionale. Studi in onore di G. Bernini*, Milano, 2021.

of sophisticated transactions, even between parties none of which is a national of an English speaking country or entering into transactions wholly unconnected with any such country. Resorting to English when it comes to exteriorizing in black and white the substance of a deal does not necessarily imply espousing the technical meaning that a specific Common Law jurisdiction would ascribe to the terms utilized». (4)

Orbene, se le parti al contratto non hanno eletto il diritto applicabile, il d.i.p. della *lex fori* (o le apposite norme sulla legge applicabile al merito di una controversia previste in materia arbitrale) provvederà ad indicare la *lex contractus*.

Trattandosi di questioni generali già ampiamente trattate in letteratura, nelle pagine che seguono distingueremo le problematiche nascenti dai contratti internazionali ove le parti hanno espressamente pattuito una clausola di forza maggiore da quelle in cui tale clausola non è presente nel testo contrattuale.

3. Nella negoziazione di contratti internazionali le parti possono fare riferimento a modelli e clausole contrattuali internazionalmente uniformi ed in tali formulari viene quasi sempre prevista una clausola generica di «forza maggiore». E chi studia il d.i.p. facendo ricerca oltre le mura della propria biblioteca, misurando le proprie analisi anche sporadicamente con l'esperienza forense ed arbitrale, sa bene che molte piccole e medie imprese in Italia, affidandosi volentieri al commercialista ed assai raramente all'avvocato (che, a propria volta, dovrebbe specializzarsi in diritto internazionale), usano clausole di forza maggiore «preconfezionate» contenute in modelli di contratto scaricati da Internet rischiando così pericolosi contenziosi transnazionali.

Sono pericolosi perché in tutti i sistemi giuridici conosciuti la conservazione del contratto è la soluzione di principio mentre la «forza maggiore» costituisce una causa di esclusione di responsabilità che viene concessa solo in casi eccezionali. Pertanto, la clausola di «forza maggiore» merita la massima attenzione e deve essere adattata dalle parti in modo sartoriale alle proprie esigenze, al programma economico che intendono realizzare ed al contesto giuridico-internazionale dell'area geopolitica in cui operano. (5) Ciò che è lecito in quanto le norme *in subiecta materia* dei singoli Stati e persino

---

(4) Lodo ICC n.7110, in MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, p. 282 ss.

(5) In argomento cfr. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988.

quelle del diritto uniforme della vendita, a partire dalla CISG, hanno carattere dispositivo e non imperativo o di applicazione necessaria in senso stretto.

Il d.i.p. regola la validità e l'efficacia delle clausole-tipo di forza maggiore (6) in virtù del principio di autonomia contrattuale e della sua vasta estensione nel diritto positivo di tutti gli Stati. Le parti sono dunque libere di concepire ed inserire nei loro contratti delle clausole specifiche che ripartiscano tra loro i rischi derivanti da circostanze di forza maggiore o di impossibilità sopravvenuta delle obbligazioni. Anzi ne hanno tutto l'interesse giacché, come si vedrà tra breve, in caso di assenza di clausola di forza maggiore, la CISG, al pari dei singoli ordinamenti nazionali, invece di contribuire alla certezza del diritto, aumenta l'incertezza del diritto applicabile e quindi le difficoltà in caso di controversie.

Pertanto la risposta alla domanda del se e come la pandemia da Covid-19 costituisca una causa di forza maggiore non può essere data in astratto ma va ricercata, *in primis*, all'interno di ogni contratto internazionale. Nell'esaminare la prassi, ci si accorge di alcune questioni ricorrenti che vengono regolate in maggiore o minore misura dalle parti in una clausola di forza maggiore.

Innanzitutto, una clausola di forza maggiore può essere stata concepita in modo esteso (addirittura alcune pagine) – ed è una prassi tipica dei giuristi di *common law* – od essere espressa in forma sintetica. Certo, l'estensione della clausola *de qua* è direttamente proporzionale alla durata del contratto, assumendo tutta la sua importanza ad esempio nei contratti di appalto, ma è anche vero che nessuna vendita internazionale di beni mobili di un certo valore è un contratto ad esecuzione istantanea. In ambedue i casi occorre una definizione di ciò che, secondo le parti, costituisce «forza maggiore» in quanto vi possono essere diverse sensibilità, approcci e definizioni offerte dalla cultura giuridica nazionale le quali si riflettono sulla disciplina in materia.

Ritornando all'anatomia di una clausola di forza maggiore, va altresì osservato che può contenere un'elencazione tassativa ovvero non esaustiva degli eventi che le parti si accordano a presumere di forza maggiore. Può

---

(6) Incluse le c.d. clausole «MAC» (*material adverse change clause* o clausola di assenza di effetti sfavorevoli), che è legata alla manifestazione di effetti sfavorevoli nel periodo intercorrente tra il momento della conclusione del contratto e quello, ampiamente successivo, della sua esecuzione e consente all'acquirente oltre che il diritto di recesso, quello di chiedere la revisione del prezzo. V. al riguardo CAMPIONE, *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra Force Majeure, Material Adverse Change/Effect e Hardship*, in *I contratti*, 2021, p. 75 ss.

disporre che il verificarsi di un evento di forza maggiore «impedisca» oppure riferirsi ad un evento «incisivo», «ostacolante» o «che ritarda» l'esecuzione del contratto, introducendo così specifiche condizioni che, peraltro, possono necessitare un'accurata interpretazione del contratto. Pertanto alla luce del Covid-19, assumerà un carattere decisivo l'espressione «pandemic» («epidemic» appare troppo vaga, essendo tale anche… l'influenza). Particolarmente interessante sarà anche la menzione dei provvedimenti della pubblica autorità pur se il *factum principis* si analizza solitamente alla stregua delle norme imperative e di applicazione necessaria.

Inoltre, le parti devono regolare gli effetti di un evento costitutivo di forza maggiore qualora si tratti di un impedimento temporaneo, differenziando il regime da quello in cui la forza maggiore comporta un'impossibilità definitiva di adempiere.

In ambedue i casi, tali clausole impongono un fondamentale obbligo di notifica (c.d. *notice*) a carico della parte che intende avvalersene ed oltre a regolare l'oggetto e la forma (incluso lo specifico destinatario) di tale notifica, va fissato *ex contractu* anche un termine entro cui tale comunicazione deve essere fatta. Tale obbligazione è, nella pratica, importantissima e può costituire una vera e propria «condizione preliminare» alla presentazione di qualsiasi reclamo risultante dalla clausola di cui trattasi. A partire dalla ricezione di tale notifica, infatti, l'altra parte potrà sospendere la propria prestazione o chiedere la risoluzione del contratto. Per le medesime ragioni, la parte notificatrice, oltre a produrre delle prove credibili ed oggettive della pandemia (ad es. la dichiarazione di pandemia dell'OMS dell'11 marzo 2020) o di altra causa di forza maggiore, dovrà motivare soprattutto perché ed in quale misura non possa ragionevolmente superare gli impedimenti provocati dal supposto evento di forza maggiore. Peraltro, in caso di fine della pandemia e secondo quanto le parti hanno pattuito nel contratto in materia di impossibilità temporanea, occorrerà una nuova ed apposita comunicazione alla controparte per fare riprendere vigore al contratto.

Infine, in una clausola di forza maggiore, le parti dovranno regolare gli effetti restitutori di quanto già ricevuto in caso di risoluzione del contratto.

4. Per soddisfare tale necessità degli operatori del commercio internazionale, l'International Chamber of Commerce (ICC) (7) ha da tempo operato una «codificazione» di *soft law* di diritto uniforme della materia

(7) Su cui v. MARRELLA, *Manuale* cit., p. 129 ss.; nonché CARREAU, MARRELLA, *Diritto internazionale*, 3ª ed., Milano, 2021.

tramite una clausola modello che, radicata sulla prassi internazionale, risulta compatibile con le diverse tradizioni nazionali, evitando le «soluzioni diplomatiche» raggiunte a Vienna per la CISG. Ed in effetti, in virtù del principio di autonomia della volontà, le parti all'atto del redigere la propria clausola di forza maggiore, superano a piè pari le corrispondenti norme dispositive tanto dell'ordinamento nazionale designato quale *lex contractus*, quanto quelle della CISG (la quale, com'è noto è derogabile e non contiene norme imperative *in subiecta materia*).

A minima, la clausola modello della ICC fornisce una preziosa *checklist* delle questioni da regolare ed un utile schema di partenza che le parti possono sapientemente adattare al loro rapporto contrattuale. La nuova clausola di forza maggiore definisce la forza maggiore alla stregua di: «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». (8)

Detta clausola include poi un elenco esemplificativo e non esaustivo di eventi che si presume soddisfino le condizioni *a* e *b*, salvo prova contraria. Gli eventi che si presumono, *juris tantum*, di forza maggiore includono «plague», «epidemic», «act of authority whether lawful or unlawful, [and] compliance with any law or governmental order».

Il Covid-19 potrebbe costituire un caso di forza maggiore tramite la parola «epidemic» pur se si tratta di una scelta lessicale poco felice in quanto può essere foriera di dubbi interpretativi e quindi di inutili controversie. Oggi, dunque è meglio utilizzare il più preciso termine di «pandemic». Ma ad onor del vero, la Commissione CLP (Diritto e pratica del Commercio internazionale) della ICC incaricata di elaborare tale clausola aveva terminato i propri lavori nel 2020, per ironia della sorte poco prima dello scoppio della pandemia da Covid-19 e quindi non poteva prevederne tutte le conseguenze e correggere il tiro. Resta comunque il fatto che un'epidemia può anche essere quella del Covid-19 e comunque, alla luce di quanto è accaduto negli ultimi mesi, è meglio precisare *ex contractu* anche

(8) ICC Force Majeure and Hardship Clauses, marzo 2020, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf. La ICC propone una versione breve ed una versione lunga a seconda delle necessità. In ambedue le versioni appare la medesima definizione della forza maggiore.

chi dichiari una situazione di «epidemic» (il Direttore dell'OMS? o il Governo di ciascuna delle parti?), nonché sia il *dies a quo* che il *dies ad quem*.

Pertanto, come si è anticipato, le parti dovranno utilizzare la clausola ICC come un punto di partenza ma non come un punto di arrivo, o peggio come una *boilerplate clause* da ricopiare in modo acritico nel loro contratto.

Resta fermo per tutti, invece, il *duty to mitigate*, l'obbligo di mitigazione del danno che, come si dirà più avanti, è un principio della nuova *lex mercatoria*.

Quanto agli *effetti* della forza maggiore, la clausola ICC dispone che una parte che ha invocato con successo la clausola «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». Ciò che assume un'importanza cruciale in presenza di clausole penali.

Infine, è di interesse cruciale regolare le situazioni di impossibilità definitiva da quelle di impossibilità temporanea e di fissare un termine finale al di là del quale la «temporaneità» dell'impedimento di forza maggiore cessa. A tale scopo, si usa la seguente formula contrattuale: «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».

Infatti, la distinzione tra impossibilità temporanea ed impossibilità definitiva può essere particolarmente complessa in diritto del commercio internazionale come hanno evidenziato diversi collegi arbitrali a proposito della valutazione dell'impatto di un embargo deciso *ex* capo VII della Carta dell'ONU, sui contratti tra privati e l'Iraq nell'ambito di controversie che si sono accese in occasione delle guerre del Golfo. (9)

In caso di impossibilità definitiva è infatti prevista la risoluzione del contratto ed il termine di centoventi giorni attribuisce certezza a tale disposizione. In caso di esecuzione parziale, si avrà la restituzione di quanto pagato, in analogia ad una soluzione comune in quei diritti nazionali che conoscono l'istituto dell'arricchimento senza giusta causa.

---

(9) VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa*, Milano, 1992; SACERDOTI, *Embargo irakeno, effetti sui contratti in corso ed efficacia delle clausole per arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 361 ss.; VILLANI, *L'ONU e la crisi del Golfo*, 3ª ed., Bari, 2005; RONZITTI (ed.), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden-Boston, 2016.

Pertanto, le soluzioni tecniche incorporate nella clausola di forza maggiore della ICC sono di gran lunga preferibili – non foss'altro perché sono periodicamente aggiornate – rispetto a quelle offerte dai legislatori nazionali e a quella, risalente al 1980, dell'art. 79 CISG. Peraltro, una clausola contrattuale di forza maggiore prevale sulle corrispondenti norme della CISG *ex* art. 6 della medesima convenzione.

La giurisprudenza arbitrale ha evidenziato anche il raro caso di operatività di una clausola di forza maggiore *per relationem*. Così, nel lodo ICC n. 8501, (10) un collegio arbitrale ha rilevato che le parti avevano inserito nei loro contratti di vendita la clausola di forza maggiore di cui all'art. 17 delle NUU 500 che, a rigore, è una clausola di forza maggiore destinata a disciplinare crediti documentari, e quindi rapporti contrattuali tra parti diverse. Pur rilevando l'imprecisione di tale clausola gli arbitri hanno enunciato gli elementi costitutivi della forza maggiore: il carattere eccezionale delle circostanze, la loro indipendenza rispetto alla parte inadempiente e la conseguente impossibilità ad adempiere di quest'ultima. Nel caso di specie, avendo constatato che quest'ultima circostanza risultava assente, il collegio arbitrale ha respinto la qualificazione di forza maggiore degli eventi che hanno reso l'esecuzione del contratto più onerosa e difficile.

5. Nel caso, assai raro nella prassi, in cui un contratto internazionale non contenga una clausola di forza maggiore, acquistano pieno vigore le norme dell'ordinamento competente che rimane sempre soggiacente al contratto. Senonché, prima di applicare le norme di conflitto del foro occorre verificare l'applicabilità del diritto internazionale materiale uniforme che, in materia di vendita internazionale, è dominato dalla CISG. (11)

---

(10) JOLIVET, Nota al lodo ICC n. 8501, in *Clunet*, 2001, p. 1168 ss. V. pure lodo ICC n. 10527, in *Clunet* 2004, p. 1264: «la force majeure se définit en droit franēais comme étant un événement irrésistible, imprévisible et extérieur... Ces trois conditions doivent être réunies cumulativement pour que l'événement soit considéré comme un cas de force majeure». Ancora in materia di vendita v. lodo ICC n. 3880, *Yearb. Comm. Arb.*, 1985, p. 45: «given, furthermore, that it is inaccurate to maintain as a general rule that the default of a supplier can never in any circumstances constitute an element in force majeure for a seller of goods… But in this case, B has not proved that its supplier's defaults are of the unforeseeable and irresistible nature required to constitute force majeure… B has not adduced evidence that the delays on the part of the Romanian enterprise C were unforeseeable, since delay on the part of one's supplier is a foreseeable contingency. B has furthermore not proved that it could not... have foreseen or mitigated the consequences of a delay in delivery by C».

(11) BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990; e con riferimento alla diversa posizione dell'arbitro cfr. GIARDINA, *Le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e di diritto uniforme nella pratica dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 191 ss.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano inteso quale *lex fori*, ad un contratto di vendita internazionale di beni mobili si applica, dal 1° gennaio 1988 e, qualora ne ricorrano i presupposti, la CISG. Trattandosi di norme internazionali di diritto materiale uniforme, queste prevalgono sulle corrispondenti norme nazionali sulla vendita. (12) Per quanto riguarda le materie non coperte dalla CISG, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, la legge applicabile ad esse va individuata tramite la convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955. (13) In via residuale e sempre a titolo di *lex fori*, resta applicabile il regolamento Roma I e la legge 31 maggio 1995 n. 218 relativa al sistema italiano di d.i.p.

Com'è noto, la CISG si applica se il venditore e il compratore hanno la loro sede d'affari nel territorio di Stati contraenti diversi. Ciò vale anche nel caso di una vendita intra-Ue: la CISG si applicherà automaticamente al contratto di vendita tra una società italiana ed una tedesca o francese (o di uno qualsiasi dei 27 Stati membri), a meno che le parti non l'abbiano espressamente escluso esercitando un *opting out* di cui all'art. 6 della CISG. E la CISG si applicherà, salvo riserve, anche se le parti non abbiano designato la *lex contractus*, nella misura in cui per effetto delle norme di d.i.p. si applichi il diritto di uno Stato contraente della CISG.

6. Nonostante l'autoproclamata aderenza al commercio internazionale – cioè a quella prassi che i suoi negoziatori conoscevano nel 1980 – la CISG evidenzia i propri limiti intrinseci in quanto strumento intergovernativo destinato ai privati, proprio in materia di forza maggiore. A causa della diversità delle soluzioni (e tradizioni) nazionali in materia e quindi delle insormontabili difficoltà a trovare una sintesi normativa accettabile in sede di negoziazione diplomatica di questo trattato, i redattori della CISG hanno deciso di inventare un istituto *sui generis* onde evitare di seguire qualsiasi modello nazionale. (14) Pertanto, nel testo della CISG non si

---

(12) Prevalgono dunque sulle norme italiane relative alla vendita, incluse quelle di cui agli artt. 1527-1530 cod. civ. che disciplinano la vendita (interna) su documenti. In argomento cfr. ALBANESE, *Vendita e vendite*, in ROPPO (dir.), *Trattato dei contratti*, I, Milano, 2014, p. 307 ss. nonché LUMINOSO, *La compravendita*, 6ª ed., Torino, 2015, p. 187 ss. ove ampi riferimenti.

(13) Ragguagli in MARRELLA, *Manuale* cit., p. 361 ss.

(14) V. in particolare: TALLON, in BIANCA, BONELL (eds.), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales convention*, Milano, 1987, p. 1197; HONNOLD, *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Deventer, 1989; AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, Paris, 1990, n° 180; HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, 2000, n. 471;

ritrovano espressamente né la parola forza maggiore, né quella di impossibilità sopravvenuta, né quella di *Unmoglichkeit*, né tantomeno quella di *frustration* o di *commercial impracticability*. Per evitare di resuscitare le tradizioni nazionali, si è preferito creare una fattispecie *sui generis* tramite l'art. 79 CISG. (15)

Non è questa la sede per offrire un commentario esaustivo dell'art. 79 CISG, ma alla luce della sua assai scarna e deludente – dopo ben quarant'anni! – giurisprudenza applicativa, (16) ci possiamo limitare alle considerazioni che seguono. L'art. 79 par. 1 prevede che una parte sia esentata da responsabilità solo se la mancata esecuzione è dovuta, da un lato, ad un *impediment* cioè ad un ostacolo indipendente dalla propria volontà («beyond his control») e che non ci si poteva ragionevolmente attendere. (17) Si tratta quindi di un compromesso tra il modello dei Paesi di *civil law* a cui afferisce l'art. 1218 cod. civ. e quello dei Paesi di *common law* dove si propende per la *strict liability*. Dietro alla formula esoterica del-

---

SCHLECHTRIEM, WITZ, *Contrats de vente internationale de marchandises*, 2008, Paris, n° 89; SCHWENZER (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010. Come giustamente osserva BONELL, Force majeure *e* hardship *nel diritto uniforme della vendita internazionale*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, p. 164: «la formulazione volutamente generica usata dalla convenzione per definire le ipotesi in cui la parte inadempiente può esimersi da responsabilità per il proprio inadempimento naturalmente non agevola il compito dell'interprete chiamato a precisare meglio l'effettiva portata pratica della disposizione in questione».

(15) Il quale dispone che: «(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». Si preferisce riportare la versione inglese in quanto quella italiana non è ufficiale.

(16) Cfr. UNCITRAL Digest of CISG Case Law (2016), *sub* art.79 al sito https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf.

(17) Tale infelice «modello» ha finito per fare scuola anche nei lavori di codificazione di *soft law* più recenti v. art. 7.1.7 (1) dei Principi Unidroit (2016); art. 8: 808 (1) PECL (1999) e persino l'art. 3: 104 (1) del DCFR 2008.

l'art. 79 CISG si possono comunque ritrovare i caratteri dell'imprevedibilità dell'evento al momento della conclusione del contratto, della sua irresistibilità e della sua inevitabilità, posto che il principio di fondo è quello per cui «ciascuna parte risponde del proprio inadempimento nei limiti in cui l'evento che l'ha determinato può considerarsi come rientrante nella sua sfera di rischio». (18)

Così, al fine di beneficiare dell'esenzione di responsabilità *ex* art. 79 CISG, la parte inadempiente dovrà provare, sia che la sua mancata esecuzione è dovuta ad un «ostacolo» indipendente dalla sua volontà, sia che non ci si poteva ragionevolmente attendere che detta parte avesse preso in considerazione l'«ostacolo» al momento della conclusione del contratto o, successivamente alla conclusione del contratto o che comunque avesse dovuto evitare o superare l'«ostacolo» o le sue conseguenze.

Se poi il proprio inadempimento fosse dovuto all'inadempimento di un terzo (ad es. i fornitori od altri ausiliari indipendenti) della cui opera il compratore o il venditore si avvale per adempiere al contratto di vendita internazionale, la CISG richiede alla parte inadempiente della vendita di provare che il «terzo» è esonerato dalla sua responsabilità in forza della medesima norma. Ma come ciò debba avvenire e chi sia concretamente il terzo in questione resta una variabile incontrollabile la cui identificazione finisce con l'essere creata volta per volta dal giudice o dall'arbitro che deve applicare la CISG: certo, si possono escludere i dipendenti del debitore della vendita ma ci si può riferire ai vettori, agli assicuratori o alle banche? Scorrono a fiumi le elucubrazioni della dottrina ma gli operatori del commercio internazionale hanno bisogno di norme certe e comprensibili, non di speculazioni intellettuali.

Quanto agli effetti di una causa di «forza maggiore» *ex* art. 79 CISG, il debitore è dispensato dall'obbligo di risarcimento del danno. Ma il debitore esonerato non deve rimanere passivo. L'art. 79 par.4 della CISG regola un preciso obbligo di informazione e notifica sicché la parte che non dà esecuzione al contratto deve avvisare l'altra parte dell'«impedimento» e delle sue conseguenze sulla sua capacità di adempimento delle obbligazioni nascenti dalla vendita internazionale. E qualora tale notifica non giungesse a destinazione – si tratta di un atto recettizio – in un «termine ragionevole» ne pagherà le spese la parte inadempiente perché la *ratio* di tale norma, ovunque nel mondo, è quella di consentire al creditore di

(18) BONELL, Force majeure *e* hardship *nel diritto uniforme* cit., p. 164.

adottare subito tutte le misure idonee per circoscrivere il danno provocato dal mancato adempimento del debitore.

Inoltre, va osservato che l'art. 79 CISG esenta la parte inadempiente solo dall'obbligo di risarcimento dei danni. Come giustamente precisa l'art. 79 par.5, una parte può sempre avvalersi degli altri rimedi della CISG quali, ad esempio, la risoluzione del contratto (*avoidance*) (19) o la riduzione del prezzo. Così, ancora, ai sensi degli artt. 47 e 63 CISG, una parte potrà concedere all'altra un termine supplementare per adempiere alle proprie obbligazioni.

Infine, va sottolineato che, per il caso in cui l'esecuzione di un'obbligazione fosse divenuta più onerosa ma non fosse impossibile, (20) a differenza dei diritti nazionali (in Italia si tratta della figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta), della prassi contrattuale internazionale e delle recenti codificazioni c.d. *soft*, *in primis* i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali del 2016 (artt. 7.1.7, 6.2.2 e 6.2.3), la CISG non ha previsto alcuna disciplina speciale, né un obbligo per le parti di *rinegoziare* il contratto.

Convince davvero poco il tentativo di parte della dottrina di «far parlare» la CISG deducendo un dovere di rinegoziazione fondato sull'art. 7 par. 1 della CISG. Certo, tale norma fa riferimento al rispetto della buona fede nel commercio internazionale, ma lasciando da parte il rilievo per cui la norma tratta dell'interpretazione della CISG in quanto trattato internazionale, occorre l'immaginazione di un pittore della scuola dell'astrattismo per dedurre da tale base giuridica anche la volontà implicita dei privati di rinegoziare un contratto inadempiuto.

Piuttosto, la «neutralità» delle espressioni utilizzate rispetto ai diritti nazionali finisce col delegare completamente ai giudici nazionali la specificazione delle singole norme della CISG tramite la propria giurisprudenza, (21) giurisprudenza da cui emerge anche la difficoltà dei giudici domestici a compiere un'interpretazione indipendente dalle concezioni nazionali (*ex* art. 7 CISG) contribuendo, paradossalmente, all'incertezza del diritto internazionale uniforme della vendita. (22) Né valgono a sostituirsi alla volontà degli Stati contraenti della CISG gli sforzi di chiarificazione, per

---

(19) Fermo restando che l'inadempimento sia «essenziale» *ex* art. 25 CISG.

(20) Così ad es. Cour de cassation, 30 giugno 2004, in *Bull. civ. I*, n. 92; 11 febbraio 2004 n. 01-16.736, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2005, p. 354.

(21) Sui rischi di tali «deleghe» v. soprattutto MAYER, *La classification des normes en règles et décisions*, in *Choix d'articles*, Paris, 2015, p. 3 ss.

(22) Cfr. FERRARI, *Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus Outward Trend in CISG case law*, in *Uniform Law Rev.*, 2020, pp. 244-257.

quanto utili e meritori, compiuti a partire dal 2001 dal CISG Advisory Council un'associazione privata di giuristi provenienti da tutto il mondo specializzati sulla CISG. (23)

L'interpretazione *ex* art. 7 CISG, che opera come *lex specialis* nell'ordinamento internazionale, resta comunque soggetta alle regole generali di cui agli artt. 31, 32 e 33 della convenzione di Vienna del 23 maggio 1969, sicché, in tale ultima prospettiva, la «prassi successiva» non è né quella del CISG Advisory Council, né quella dell'arbitrato tra privati, in quanto né l'una, né l'altra, possono rivendicare legittimamente un ruolo internazionalmente riconosciuto di «prassi successiva» o di «codificazione» del diritto uniforme. Insomma, per capire il significato oscuro dell'art. 79 CISG in quanto norma di un trattato internazionale, non si può eludere la prassi degli Stati e quindi la giurisprudenza dei propri giudici interni. Ecco perché i database sulla giurisprudenza applicativa della CISG a raggio globale, incluse le raccolte di giurisprudenza dell'Uncitral, continuano a svolgere un ruolo cruciale. (24)

Per superare gli «ostacoli» interpretativi dell'art. 79 si è anche pensato di interpretare la CISG tramite l'art. 7.1.7 dei Principi Unidroit (2016). Ma anche questo tipo di interpretazione è oggetto di un aspro dibattito. (25) Secondo parte della dottrina, per arrivare a tanto, basterebbe far leva, ancora una volta, sull'art. 7 par.2, CISG relativo all'interpretazione della convenzione in presenza di una lacuna interna. Qui, il riferimento è ai principi generali a cui la CISG si ispira o, «in mancanza di tali principi», in conformità alla legge applicabile secondo le norme di d.i.p. E dunque, si conclude, i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali costi-

---

(23) Che infatti nel proprio sito web indica che: «the CISG-AC is a private initiative which aims at promoting a uniform interpretation of the CISG. It is a private initiative in the sense that its members do not represent countries or legal cultures, but they are scholars who look beyond the cooking pot for ideas and for a more profound understanding of issues relating to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 11 April 1980 (CISG)». Tale ente ha acquisito lo status di osservatore presso l'Uncitral e l'Unidroit.

(24) V. http://www.unilex.info/.

(25) BONELL, *Article 7*, in BIANCA, BONELL (eds.), *Commentary* cit., p. 65; ID., *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?*, in *Uniform Law Rev.*, 1996, p. 26 ss.; GARRO, *The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG*, in *Tulane Law Rev.*, 1995, pp. 1149, 1153; MAGNUS, *Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht*, in *RabelsZ*, 1995, pp. 469, 493, favorevole all'applicazione dei Principi UNIDROIT a scopo integrativo della CISG anche se si tratta di principi diversi da quelli esistenti nel 1980, ossia all'epoca della conclusione della CISG.

tuiscono una rappresentazione scritta dei principi su cui si basa la CISG. Ma non va sottaciuto che altra parte della dottrina, rileva che i Principi Unidroit non sono quelli a cui si ispira la convenzione ai sensi dell'art. 7 par. 2. Oltre a non esistere nel 1980, al momento della conclusione della CISG, i Principi Unidroit non costituiscono sempre dei principi generali di diritto e, oltre che regole di dettaglio, a volte contengono persino soluzioni di «codificazione progressiva» del diritto dei contratti internazionali. Pertanto, i Principi Unidroit possono tutt'al più essere invocati solo per confermare l'esistenza di alcuni principi generali cui si ispira la CISG.

Insomma, anche così, il problema dell'interpretazione dell'art. 79 rischia di restare privo di pregio per carenza di effettività giacché, anche in caso di applicazione della CISG, le parti quasi sempre vi derogano nel loro contratto preferendo redigere la propria clausola di forza maggiore.

Se, poi, in ipotesi di applicazione del detto art. 79 par. 2, la malattia di una parte o di un terzo incaricato di eseguire il contratto non è un «impedimento», molti sono i fatti che potrebbero essere invocati come «impedimento» ai sensi dell'art. 79 CISG e che in assenza di precisazioni rischiano di provocare inutili controversie: si pensi ad un ordine di chiusura o alle restrizioni all'apertura degli esercizi commerciali, restrizioni per i trasporti merci transfrontalieri o, ancora, il confinamento forzoso della popolazione. Che dire poi del valore da attribuire ai certificati di forza maggiore emessi in alcuni Stati quali la Cina o la Russia? L'applicazione della CISG, si rivela particolarmente ardua ed incerta anche in tale contesto.

Anche sotto il profilo della valutazione di impatto del *factum principis*, occorrerà che le misure interdittive siano del tutto estranee alla sfera di controllo del debitore. Resta però l'incertezza sul se e fino a quando il debitore avesse potuto «ragionevolmente» prevedere ciascuna misura governativa e sulla inevitabilità di ciascuna, trattandosi, a differenza del Covid-19 come fatto naturale, di atti dell'autorità pubblica con una propria datazione e vigore. Così, ad esempio, per una società delocalizzata, i provvedimenti che hanno colpito l'attività di una filiale in un dato Stato non si applicano alla filiale produttiva che ha sede in uno Stato diverso: dunque, quest'ultima avrebbe potuto eseguire la prestazione con maggior costo.

7. Poiché, com'è noto, la CISG risolve solo un 70% dei problemi tecnico-giuridici di una vendita internazionale (e forse meno considerando gli aspetti doganali e le materie regolate dagli Incoterms in deroga alla CISG) vengono in rilievo alcune tra le principali soluzioni nazionali le quali entrano in gioco per effetto delle norme di d.i.p. le quali mantengono una rilevanza fondamentale anche in ipotesi di applicazione della CISG.

Peraltro, oggi i casi di *opting out* dalla CISG sono molto frequenti pur se sottaciuti dalla dottrina, come ha evidenziato un autore statunitense al termine di apposite indagini empiriche. (26)

Se il contratto è il programma economico delle parti, (27) anche prescindendo dall'applicazione della CISG, si tratta di un atto che si radica giuridicamente su una *lex contractus*, ossia sull'ordinamento giuridico che, per effetto delle norme di conflitto della *lex fori*, (28) ovvero delle norme sul merito delle controversie utilizzate in sede arbitrale, deve essere esaminato, sia per determinare i presupposti, la nozione e gli effetti della «forza maggiore», sia per valutare se ed in che misura il Covid-19 costituisca un caso di forza maggiore. Si tratta, in particolare, di fissare il perimetro di applicazione della *lex contractus* rispetto ad altre leggi che possono concorrere e dunque incidere sulla disciplina giuridica del rapporto in caso di forza maggiore.

---

(26) V. COYLE, *The Role of the Cisg in U.S. Contract Practice: An Empirical Study*, disponibile al sito https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol38/iss1/4/ il quale, al termine di una vasta analisi empirica pubblicata nel 2016, osserva che al di là dell'entusiasmo di parte della dottrina: « 1) many U.S. companies reflexively exclude the CISG without inquiring as to whether it would apply of its own force; 2) U.S. companies virtually never select the CISG as the law to govern their agreements; 3) there is no industry or geographic location within the United States where the CISG has been affirmatively embraced; 4) some U.S. companies that had selected the CISG in the past now have a policy of excluding it from their contracts; and 5) U.S. companies are frequently unaware that selecting the law of a U.S. state can result in the application of the CISG». Di pari interesse le possibili spiegazioni di tale fenomeno di marginalizzazione della CISG da parte degli operatori: «why do so many attorneys across so many jurisdictions advise their clients to exclude the CISG? Scholars have advanced a number of possible explanations. First, there is the problem of lack of familiarity. Attorneys are more likely to be familiar with their own national sales law than they are with an international treaty and, consequently, are more likely to recommend that their clients choose to have their contracts governed by the law they know best. Second, and relatedly, many attorneys will never have occasion to litigate or arbitrate a case in which the CISG provides the governing law. Given this reality, it is rational for these attorneys not to invest substantial time and energy into educating themselves as to the CISG's content, which in turn makes it more likely that they will recommend that their clients exclude it from their sales contracts. Third, some legal scholars in the United States have argued that the substantive content of the CISG does a poorer job than does the Uniform Commercial Code (UCC) at approximating the unstated preferences of the parties, and is therefore a relatively les efficient set of default rules. To the extent that practicing attorneys share these views, they may urge their clients to avoid the CISG. Finally, some U.S. contracting parties may prefer the UCC to the CISG not because they view it as substantively superior but because they believe that it will give them a "home field" advantage».

(27) V. per tutti GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2ª ed., Padova, 2010, p.131 ss.; ALPA, *Contratto 3. Nuove concezioni*, in *Treccani online*, 2018; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, p. 10 ss., ove riferimenti.

(28) Su cui si rinvia a MARRELLA, *Manuale* cit., p. 284 ss.

In caso di giudizio in uno Stato membro UE e posto che non si tratti di questioni attinenti al consenso ed alla validità sostanziale, il regolamento Roma I delimita il perimetro di applicazione della *lex contractus* tramite l'art. 12. (29)

Si tratta, del punto di arrivo di un lungo percorso intellettuale, ancor prima che legislativo che ha affaticato la migliore dottrina per secoli, (30)

---

(29) Detto articolo prevede che: «la legge applicabile al contratto ai sensi del presente regolamento disciplina in particolare: *a*) la sua interpretazione; *b*) l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono; *c*) entro i limiti dei poteri attribuiti al giudice dalla sua legge processuale, 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. 2. Per quanto concerne le modalità di esecuzione e le misure che il creditore dovrà prendere in caso di esecuzione difettosa, si avrà riguardo alla legge del paese in cui ha luogo l'esecuzione».

(30) FIORE, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Torino, 1888, I, pp. 147-148; ANZILOTTI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti*, 1904, riprodotto in ID., *Opere di Dionisio Anzilotti*, III, *Scritti di diritto internazionale* privato, Padova, 1960, p. 637 ss. Nel 1908, ad es., l'IDI ammetteva che l'autonomia contrattuale si estendesse alla disciplina degli effetti del contratto ad esclusione della legge applicabile alla materia della conclusione del contratto che restava al di fuori della disponibilità delle parti. Ulteriori discussioni sorte a proposito del progetto di convenzione sulla legge applicabile alla vendita internazionale rilanciarono il dibattito autonomistico in tutta la sua ampiezza. La proclamazione di una tridimensionalità dell'autonomia della volontà, in seno all'IDI, è venuta finalmente alla luce attraverso la Risoluzione di Basilea del 1991. V. in merito a queste vicende VON OVERBECK, *L'irresistible extension de l'autonomie en droit international privé*, in *Hommage F. Rigaux*, Bruxelles, 1992, p. 618 ss. Tra le molte opere la cui lettura si rivela ancor oggi particolarmente proficua v. NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, in *Recueil des Cours*, t. 16, 1927, pp. 1-116; BAGGE, *Les conflits de lois en matière de contrats de vente de biens meubles corporels*, *ibidem,* t. 25, 1928, pp. 125-232; GOLDMAN, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, *ibidem*, t. 109, 1963, pp. 347-485; CURTI GIALDINO, *La volonté des parties en droit international privé*, *ibidem*, t. 137, 1972, pp.743-938; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, 10ª ed., Napoli, 1976, p. 57 ss.; LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé: cours général*, in *Recueil des Cours*, t. 155, 1977, pp. 3-424; VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, p. 218 ss.; GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des Cours*, t. 158, 1977, pp. 183-270; BATIFFOL, *Les contrats en droit international privé comparé*, Montreal, 1981, spec. pp. 59-166; LANDO, *The conflict of laws of contracts: general principles*, in *Recueil des Cours*, t. 189, 1984, pp. 225-447; BAXTER, *International business and choice of law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1987, p. 92 ss.; PICCHIO FORLATI, voce *Contratto internazionale*, in *Dig. civ. IV*, Torino, 1989, pp. 196-235; CARBONE, LUZZATO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 1 s.; NYGH, *The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort*, in *Recueil des Cours,* t. 251, 1995, pp. 269-400; nonché PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé*, *ibidem*, t. 276, 1999, pp. 9-296; BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato),* in *Enc. dir.*, *Agg.*, IV, 2000, pp. 801-855; DOLINGER, *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*, in *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, pp. 187-512; MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., 2003, p. 109 ss.; BOELE-WOELKI, *Party Autonomy in Litigation and Arbitration in View of the Hague Princi-*

approdando alla relazione Giuliano-Lagarde alla convenzione di Roma del 1980 e alle soluzioni di d.i.p. racchiuse, da ultimo, nel regolamento Roma I. (31) Pur dovendo rinviare alla vasta letteratura esistente su tale punto, va osservato che la *lex contractus* si estende persino alla materia del consenso e della validità sostanziale del contratto (32) per poi diventare, ai nostri fini, la legge competente a determinare le cause di forza maggiore (*alias* di impossibilità sopravvenuta) che fanno venir meno in colui che ha assunto un'obbligazione *ex contractu* il dovere giuridico di adempierla (la forza maggiore è un *contract killer*!). È pacifico, infatti, che sia la *lex contractus* a stabilire se un inadempimento produce o meno la risoluzione del contratto oppure se necessiti di una pronuncia giudiziale (nelle forme processuali della *lex fori*); i criteri di imputazione e la tipologia di responsabilità contrattuale a cui è assoggettato il debitore (o anche il creditore com'è accaduto in alcuni contenziosi derivanti dalla guerra in Iraq) (33) ivi comprese le cause di esclusione di tale responsabilità, inclusa appunto la forza maggiore ovvero la materia della impossibilità sopravvenuta sia rispetto alle singole obbligazioni *ex contractu* sia per quanto riguarda la risoluzione del contratto nel suo complesso per impossibilità sopravvenuta.

Si tratta, infatti, di questioni che si trovano in diretta connessione con la sostanza di ciascuna obbligazione e pertanto l'esame delle circostanze di forza maggiore giuridicamente rilevanti dipende dal diritto che regola, per volontà espressa, implicita e persino in mancanza di *choice of law* dei contraenti, la sostanza del contratto. Va altresì osservato che, sempre in base alla *lex contractus*, si può arrivare anche a fondare il potere del giudice (o dell'arbitro) di procedere all'adattamento di tutto o di parte del contratto internazionale. Il pensiero corre alla riduzione della penale eccessiva prevista dal diritto italiano all'art. 1384 cod. civ.

Alla *lex contractus* appartiene anche la disciplina dell'obbligo del venditore di garantire il compratore in caso di evizione. Infatti, il dovere del venditore di garantire al compratore il pacifico possesso dell'oggetto della vendita internazionale rientra nella sostanza del contratto. Ed anche l'obbligo di garantire la cosa venduta dai vizi palesi od occulti che la rendano

---

ples on Choice of Law in International Commercial Contracts, in *Recueil des Cours*, t. 379, 2015, pp. 35-72; ANCEL, *Eléments d'histoire de droit international privé*, Paris, 2017, p. 213 ss.

(31) GIULIANO, LAGARDE, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Gazz. Uff. Com. eur*, n. C 282 del 31 ottobre 1980.

(32) Art. 10 del regolamento Roma I.

(33) ROLLI, *Guerra del Golfo ed embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contratto impr.*, 1997, pp. 115-161.

inidonea all'uso a cui era destinata, persino relativamente alle azioni giudiziarie che, a tale titolo, il compratore può utilizzare contro il venditore della cosa viziata deve generalmente essere fondato sulla *lex contractus*. Spetterà semmai alla *lex fori* stabilire le regole concrete del processo con cui attuare quella garanzia ma sembra pacifico che l'*an,* il *quantum* ed il *quomodo* spettino alla legge applicabile alla sostanza del contratto. A mio avviso, debbono logicamente ricadere nella *lex contractus* anche gli stessi presupposti logici del programma economico delle parti di cui ogni contratto internazionale è espressione: nessun contraente avrebbe consentito a concludere un contratto di vendita se non avesse potuto contare di ricevere l'oggetto della vendita nello stato prestabilito e per l'impiego a cui la cosa era destinata. Inoltre, la *lex contractus* determinerà esattamente se il venditore debba la garanzia non solo per i vizi palesi ma anche per quelli occulti e stabilirà le condizioni di tale obbligo.

Ed anche l'obbligo di denuncia dei vizi della cosa venduta va considerato come concernente la sostanza del contratto. Qualche dubbio può sussistere circa la forma di tale denuncia giacché, in d.i.p., la forma degli atti segue la regola *locus regit actum*.

Ciò non toglie però che la denuncia dei vizi costituisca una condizione necessaria per mantenere in vita i diritti del compratore e non si tratta di un'azione giudiziale. Pertanto, appare fuori luogo l'eventuale distinzione tra le condizioni dell'azione di denuncia che spettano alla *lex contractus* e l'esercizio dell'azione di denuncia che viene regolata dal *locus regit actum*. È peraltro fatta salva una diversa volontà delle parti giacché non si tratta né di norme imperative, né di applicazione necessaria, così le parti possono sempre derogare a tali norme dispositive della *lex contractus*.

Analoghe considerazioni valgono qualora si debba stabilire se il compratore abbia facoltà di esercitare l'azione redibitoria o l'*actio quanti minoris* o entrambe. È logicamente necessario dunque che anche la questione dei vizi, come quella dell'evizione, rientrino nella sfera di applicazione della *lex contractus*.

Le considerazioni di cui sopra vengono ulteriormente suffragate dai principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali i quali, oltre a fungere da «legge modello» di d.i.p., sono destinati anche ad offrire un moderno *standard* internazionale interpretativo di *soft law* nell'interpretazione delle norme di conflitto della *lex fori* che può essere impiegato non solo dai giudici nazionali, ma può essere utile, *mutatis, mutandis*, anche agli arbitri. Al riguardo l'art. 9 di detti «principi» riprende e generalizza le soluzioni di cui all'art. 12 del regolamento Roma I precisando altresì che rientra nella *lex contractus* sia la

materia dell'onere della prova e delle presunzioni *iuris tantum*, nonché quella dell'eventuale responsabilità precontrattuale (in linea con le corrispondenti soluzioni di cui al regolamento Roma II).

Orbene, si tratta di materie su cui soprattutto in passato si è assistito ad un aspro dibattito con i Paesi di *common law*, in particolare il Regno Unito, dove lo *Statute of limitations* e la materia delle prove viene considerata assorbita dalla *lex fori*, restando così fuori dal perimetro della *lex contractus*. Si aggiunga anche che i principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali regolano quelle materie presupponendole attinenti alla *sostanza* delle obbligazioni, e la combinazione dei due strumenti, seppure di *soft law*, è chiaramente indicativa della tendenza a livello internazionale verso le soluzioni conflittualistiche adottate dai sistemi di *civil law*. Sia nell'uno che nell'altro caso, infatti, i redattori erano perfettamente a conoscenza di tale dibattito prima di adottare la soluzione *de qua*.

Così pure, le clausole di esonero del debitore, strettamente connesse ai presupposti della responsabilità contrattuale, sono sicuramente soggette alla *lex contractus*: caso fortuito, forza maggiore, *Act of God*, *War clauses* etc. (34) Ed allora rientrerà pure nella *lex contractus* l'ardua materia delle conseguenze della forza maggiore – sempre, beninteso che le parti non le abbiano regolate tramite apposita clausola contrattuale – quali: *i*) la distinzione tra impossibilità totale e parziale e i diversi effetti ricollegati a tali fattispecie (risoluzione, rinegoziazione, ecc.); *ii*) le fattispecie per le quali sia prevista una mera *sospensione* (ed il termine finale della sospensione) o la *risoluzione* del contratto; *iii*) la validità ed efficacia di un'eventuale clausola generale di recesso contrattuale; *iv*) l'eventuale facoltà o l'obbligo di rinegoziazione del contratto.

8. Occorre a questo punto esaminare quali siano le principali soluzioni di diritto materiale nazionale posto che quest'ultimo operi come *lex con-*

---

(34) V. già – con riferimento al sistema di d.i.p. previgente – MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, 2ª ed., Torino, 1964, p. 288: «è sempre la legge medesima applicabile al contratto che regola le conseguenze dell'inadempimento delle clausole del negozio. Lo stesso vale, per converso, per le clausole di irresponsabilità: ne deriva che la legge medesima determinerà di quali inadempienze il debitore risponde e di quali no, ad esempio quali casi siano coperti della forza maggiore. Così pure si avrà sempre la medesima soluzione di d.i.p. per quello che concerne la necessità della costituzione in mora, e per tutto ciò che riguarda la determinazione del risarcimento del danno. Ed ancora saranno coperte dalla legge del contratto sia l'eccezione di inadempienza, sia la risoluzione per inadempimento. Tuttavia, qualora l'inadepimento dia luogo al diritto di ritenzione, bisognerà tenere conto della legge del luogo in cui è situata la cosa ritenuta». Nello stesso senso v. BATIFFOL, LAGARDE, *Traité de droit international privé*, II, Paris, 1981, p. 335 ss.

tractus. Certo, non è possibile esaminare la disciplina della forza maggiore in tutti gli ordinamenti giuridici del mondo. Piuttosto, dinanzi alla scarsità di contributi specifici offerti dalla letteratura giuscomparatistica, (35) salvo rare eccezioni, (36) è possibile offrire solo alcune osservazioni in tale materia con riferimento ai principali sistemi giuridici che possono venire in rilievo nei contratti internazionali stipulati da imprese italiane. Infatti, com'è stato opportunamente rilevato in dottrina, «there are substantial differences among national laws as to the nature of events that qualify, whether or not extreme impracticability is sufficient, and the nature of relief among other things». (37)

In via preliminare, va osservato che non tutti gli ordinamenti giuridici nazionali conoscono l'istituto della «forza maggiore». Ed anche laddove tale istituto sia espressamente regolato è interessante notare che, in passato, virus fatali come l'«H1N1» e il «chikungunya» non sono stati considerati circostanze idonee a far valere la forza maggiore.

Ad impossibilia nemo tenetur. Nei sistemi di *civil law* ad ispirazione romanistica l'idea di impossibilità sopravvenuta in fase di adempimento delle obbligazioni contrattuali è ben nota in quanto deriva dal *Digesto* di Giustiniano. (38) Tuttavia, se il principio è rimasto immutato nei secoli, la sua declinazione nazionale è avvenuta attraverso diverse soluzioni normative.

---

(35) Cfr., ad es., SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, p. 1669, il quale in un pregevole volume di 1748 pagine dichiara, nel capitolo sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che «la letteratura sull'argomento non è molto ampia». Si riferisce però solo alla letteratura civilistica italiana offrendo una manciata di citazioni bibliografiche e producendo, a propria volta, solo sei pagine su un tema così importante. Poco o nulla di diritto privato comparato.

(36) Alcune informazioni in ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, 3ª ed. italiana a cura di DI MAJO, GAMBARO, Milano, 2011, p. 244 ss.; nonché FRIGNANI, TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010, pp. 349-438; ALPA, BONELL, CORAPI, MOCCIA, ZENO-ZENCOVICH, ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, 2012, p.165 ss.

(37) RIVKIN, *Lex Mercatoria and Force Majeure*, in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris, 1993, p. 208; PUELINCKX, *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances*, in *Journ. Int. Arb.*, 1986, p. 47 ss.; SCHMIDT-KESSEL, MAYER, *Supervening events and force majeure*, in SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd ed., Cheltenham, 2012, p. 839 ss.

(38) *D.* 50, 17, 185. Sulle radici dei sistemi di *civil law* e la classificazione dei sistemi giuridici v. per tutti DAVID, JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ª ed. traduz. it. a cura di SACCO, Padova, 2004; nonché VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 7ª ed., Torino, 2021, p. 38 ss.

Oggi, considerando i Paesi a sistema romano-germanico ed alcuni Paesi del medio oriente di cultura giuridica affine, (39) esistono Paesi in

(39) V. ad es. l'art. 127 cod. civ. algerino: «à défaut de disposition légale ou conventionnelle, échappe à l'obligation de réparer le dommage, celui qui prouve que ce dommage provient d'une cause qui ne peut lui être imputée, tel que le cas fortuit ou de force majeure, la faute de la victime ou celle d'un tiers» (https://www.uar.dz/wp-content/uploads/2017/01/Code_Civil.pdf). Nel cod. civ. egiziano del 1948 che, ispirandosi al *Code Napoleon*, ha poi servito da modello per diversi Paesi mediorientali, l'art. 373 dispone che: «l'obligation s'éteint lorsque le débiteur établit que l'exécution en est devenue impossible par suite d'une cause étrangère». Nel cod. civ. del Bahrain (2001), l'art. 165 dispone che: «if a person proves that the injury resulted from a cause beyond his control, such as unforeseen circumstances, force majeure, the fault of the victim or of a third party, he shall not be liable to make reparation unless there is a provision to the contrary» (traduzione al https://bahrainbusinesslaws.com/laws/Civil-Law). La legge n 5 del 1985 su *Civil Transactions Law* (cod. civ. degli Emirati Arabi Uniti), all'art. 273 dispone che: «in contracts binding on both parties, if force majeure supervenes which makes the performance of the contract impossible, the corresponding obligation shall cease, and the contract shall be automatically cancelled. – (2) In the case of partial impossibility, that part of the contract which is impossible shall be extinguished, and the same shall apply to temporary impossibility in continuing contracts, and in those two cases it shall be permissible for the obligor to cancel the contract provided that the obligee is so aware.»; poi art. 287: «if a person proves that the loss arose out of an extraneous cause in which he played no part such as a natural disaster, unavoidable accident, force majeure, act of a third party, or act of the person suffering loss, he shall not be bound to make it good in the absence of a legal provision or agreement to the contrary.». V. pure l'art. 82 par. 1 della *Dubai International Financial Center Contract Law No 6 of 2004*: «except with respect to a mere obligation to pay, non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences» (https://www.difc.ae/business/laws-regulations/legal-database/contract-law-difc-law-no-6-2004/). In Libano, il *Code des obligations et des contrats* (1932) prevede all'art. 341 che: «l'obligation s'éteint lorsque, depuis qu'elle est née, la prestation qui en fait l'objet est devenue impossible, naturellement ou juridiquement, sans le fait ou la faute du débiteur», poi all'art. 342 dispone che: «c'est au débiteur qu'il appartient de prouver le cas de force majeure; cette preuve laisse d'ailleurs au créancier la ressource d'établir que l'évènement étranger au débiteur a été précédé ou accompagné d'une faute de sa part, par exemple d'un retard dans l'exécution ayant motivé sa demeure; en ce cas, l'obligation subsiste; le débiteur n'est libéré par le cas de force majeure que dans la mesure où l'exécution est devenue impossible; l'extinction de l'obligation peut donc n'être que partielle. En tout cas, et même si l'extinction est totale, le débiteur est tenu de céder au créancier les droits et actions en indemnité relatifs à la prestation jadis due, et il doit lui remettre, s'il y a lieu, tout ce qui subsiste de la chose qui a péri». Anche l'art. 172 del decreto reale n. 29 del 2013 di promulgazione del cod. civ. del Sultanato dell'Oman dispone che: «1) In contracts binding on both parties, if force majeure supervenes which makes the performance of the contract impossible, the corresponding obligation shall cease, and the contract shall be automatically terminated. 2) In the case of partial impossibility, that part of the contract which is impossible shall be extinguished, and the same shall apply to temporary impossibility in continuing contracts, and in those two cases the creditor may terminate the contract provided that the debtor is notified» (traduzione dello scrivente, l'originale in arabo è disponibile al sito http://www.omanlegal.org/).

cui la forza maggiore viene espressamente menzionata dal legislatore ma non viene definita, come accadeva in Francia, prima della riforma del 2016, ed ancor oggi accade nei Paesi ove è circolato il modello giuridico del *Code Napoléon*. (40)

In altri Paesi di *civil law*, invece, il vocabolo «forza maggiore» non viene espressamente impiegato preferendosi disciplinare tale materia attraverso più ampi istituti come quello della «impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore» o della «risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta». Come accade in Italia principalmente tramite il combinato disposto degli artt. 1218, 1256, 1258, 1456 ss. cod. civ. su cui non ci soffermeremo in questa sede rinviando all'abbondante letteratura giuscivilistica del nostro Paese. (41) Basti solo indicare che, nel nostro ordinamento, accanto all'espressione «causa non imputabile» al debitore, la quale figura al fondamentale art. 1218 cod. civ., viene utilizzato quale sinonimo anche il lemma «caso fortuito» proprio per indicare che spetta al debitore di un'obbligazione provare il fatto estraneo imprevedibile, inevitabile ed irresistibile che ha causato la propria impossibilità ad adempiere. Altrimenti prevale il *favor creditoris* e dunque il rischio dell'inadempimento è posto esclusivamente a carico del debitore.

Peraltro, com'è ben noto, nel nostro diritto la figura dell'impossibilità sopravvenuta resta ben distinta da quella della eccessiva onerosità sopravvenuta la quale, invece, contempla la diversa fattispecie in cui un'alterazione del sinallagma contrattuale produce un aumento «eccessivo» del costo della prestazione di una delle parti, pur restando possibile la prestazione. Ma a causa della barriera linguistica, il diritto italiano, un diritto raffinato in materia contrattuale ed il diritto della settima potenza manufatturiera del mondo, viene raramente designato dalle parti come *lex contractus* nei contratti internazionali, a vantaggio di altri diritti nazionali. (42)

---

(40) In argomento cfr. ASSOCIATION HENRY CAPITANT, *La circulation du modèle juridique franēais*, Paris, 1994.

(41) In dottrina v. *inter multos* TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di TRABUCCHI, 50ª ed., Padova, 2021, § 316; GALGANO, *Trattato* cit., p. 527 ss. V. pure, da ultimo, CECCON, Vis maior cui resisti non potest. *La forza maggiore nel commercio internazionale e nel contenzioso arbitrale*, in *Foro pad.,* 2020, p. 81 ss.

(42) V. gli studi empirici citati da CUNIBERTI, *The International Market for Contracts – The Most Attractive Contract Laws*, in *Northwestern Journ. Int. Law Bus.*, 2014, p. 456 ss. ove l'a. indica che la *lex contractus* più frequentemente rilevata sembra essere offerta dal diritto inglese a cui segue il diritto svizzero, il diritto statunitense (praticamente quello dello Stato di New York), il diritto francese e il diritto tedesco. Detta analisi, tuttavia, non specifica le scelte contrattuali delle imprese italiane, né dà adeguato rilievo alle statistiche (a dire il vero non sempre pubbliche) dei principali centri arbitrali del mondo – a comin-

Infine, sempre nella famiglia dei Paesi di *civil law*, è interessante osservare che il codice civile argentino combina le soluzioni dell'una e dell'altra categoria. (43)

Esaminiamo dunque brevemente alcune delle principali soluzioni che potrebbero venire in rilievo a causa del Covid-19.

8.1. In Italia, il legislatore non ha introdotto dei rimedi nuovi e speciali a causa del Covid-19. Pertanto, nel contesto della pandemia da Covid-19, il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta totale di un contratto a prestazione corrispettive come una vendita può invocarsi, con effetto liberatorio, solo laddove la prestazione dovuta diventi oggettivamente impossibile (art. 1463 cod. civ.) e dipenda da fatti estranei alla volontà o alla sfera di controllo del debitore. (44) Ne segue che tale rimedio opera solo quando l'emergenza epidemiologica rende una prestazione contrattuale completamente e definitivamente ineseguibile o inottenibile.

Viceversa, l'impossibilità imputabile al debitore determina la sua responsabilità *ex contractu*. È pacifico che tale rimedio non possa essere invocato con riferimento alle obbligazioni pecuniarie, le quali essendo

---

ciare dal CIETAC – ove si celebrano centinaia di arbitrati ogni anno. Sulla competizione tra ordinamenti giuridici quali oggetto di richiamo internazionalprivatistico v. per tutti RIBSTEIN, O'HARA, *The Law Market*, Oxford, 2009.

(43) V. art. 1730 cod. civ. comm. argentino *Caso fortuito. Fuerza mayor*: «se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos»; art. 1731 *Hecho de un tercero*: «para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito»; art. 1732 *Imposibilidad de cumplimiento*; «el deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos". V. anche l'art. 393 cod. civ. brasiliano.

(44) Cass., 25 maggio 2007 n. 12235: «risponde invero a principio recepito che, …la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, …della prestazione deve essere determinata dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili. Il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi (come la frequenza, le dimensioni, l'intensità, ecc.) suscettibili di misurazione, tali pertanto da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quantomeno di ordine statistico (v. Cass., 19 ottobre 2006 n. 22396; 23 febbraio 2001 n. 2661; 9 aprile 1994 n. 3342). Il carattere della imprevedibilità deve essere valutato secondo criteri obiettivi, riferiti ad una normale capacità e diligenza media, avuto riguardo alle circostanze concrete del caso sussistenti al momento della conclusione del contratto (v. Cass., 13 febbraio 1995 n. 1559), non essendo invero sufficiente l'astratta possibilità dell'accadimento».

obbligazioni di genere non sono in linea di principio esposte al rischio di divenire impossibili: *genus numquam perit*.

L'impossibilità sopravvenuta si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione da parte del debitore ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione da parte del creditore, ferma restando un'impossibilità non imputabile al creditore e il venir meno del suo interesse a ricevere la prestazione.

Alla luce di tali premesse ne segue che lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle misure di emergenza sanitaria, di cui al decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, non assurge *sic et simpliciter* ad esimente automatica dell'inadempimento ma va apprezzato in concreto alla stregua di ciascun contratto e di ciascuna prestazione. Per liberarsi da responsabilità, il debitore, in linea con l'art. 1218 cod. civ., deve offrire la prova circostanziata del collegamento eziologico fra il proprio inadempimento e la causa impossibilitante rappresentata dal dovuto rispetto delle prescrizioni di contenimento dell'epidemia.

Fermo restando che, in concreto, si tratta di un onere probatorio assai arduo, va notato che la rara giurisprudenza italiana disponibile in materia epidemica appare assai rigida non avendo, ad esempio, considerato un'epidemia di «dengue» (febbre emorragica) a Cuba rivestita del carattere di impossibilità sopravvenuta *in concreto*. (45)

Nel contesto delle obbligazioni di *dare*, tipiche della vendita, è ben possibile che la *compliance* con le prescrizioni sanitarie non impedisca l'esecuzione di tutta una prestazione, ma solo di una parte di essa. Il debitore potrebbe offrire solo quel che è possibile eseguire, salva la facoltà del creditore di rifiutare l'adempimento parziale *ex* art. 1181 cod. civ. Qualora il creditore opti per ricevere la prestazione parziale, potrà sospendere parzialmente il proprio inadempimento, in considerazione del valore dell'altrui adempimento parziale (c.d. eccezione parziale d'inadempimento) ed in linea con il principio di proporzionalità sotteso all'art. 1460 comma 2 cod. civ.

Infine, va osservato che tramite il formante giurisprudenziale – ma non quello legislativo – è recentemente emerso un obbligo di rinegoziazione che, secondo i giudici italiani, si troverebbe fondato nei più generali obblighi di correttezza e buona fede oggettiva *ex* artt. 1175 e 1375 cod. civ. (46) Ne

---

(45) Cass., 24 luglio 2007 n. 16315 a proposito di un «pacchetto vacanze» acquistato da due persone per un viaggio a Cuba, dove si era diffusa un'epidemia di «dengue» emorragico.

(46) In argomento v. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020, pp. 205-218; TRIMARCHI, *Il*

segue che, in tal caso, gli eventi causati dall'emergenza pandemica dovrebbero comportare un obbligo di rinegoziazione fondato sulle clausole generali di correttezza e buona fede oggettiva. Ma, a nostro avviso, un tale «obbligo di rinegoziazione» derivato da clausole generali dell'ordinamento giuridico italiano può sorgere solo a seguito di un'accurata interpretazione del contratto per verificare la reale e comune intenzione delle parti di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto. Se poi, nel caso concreto, sussiste un obbligo di rinegoziazione va detto anche che l'oggetto di tale obbligo è solo quello di intraprendere in buona fede nuove trattative ma non si tratta, di certo, di obblighi di risultato rispetto alla conclusione del contratto modificativo. Non si vede perché le parti dovrebbero essere costrette, sul piano civilistico, a rinegoziare ciò che non vogliono: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

8.2. In Francia, per lungo tempo, sia la formula del *Code Napoléon*, sia la giurisprudenza che ne ha incarnato lo spirito, si sono rivelate assai ostili a giustificare un inadempimento contrattuale per causa di forza maggiore. In tale prospettiva, favorevole alla conservazione del contratto, si comprende la tradizionale maggiore ostilità, rispetto all'ordinamento italiano o tedesco, a concedere una modifica o una rinegoziazione del contratto. Nell'impianto del *Code Napoléon*, il contratto non ha solo «forza di legge» ma è la «loi des parties» ed il giudice non deve ingerirsi nei loro affari. (47).

E nei pochi casi in cui la giurisprudenza francese di applicazione del vetusto art. 1148 si è occupata di crisi epidemiche la risposta non è stata diversa. Così, in una pronuncia del 29 dicembre 2009, considerando gli effetti dell'epidemia del virus «chikungunya» iniziata nel gennaio 2006, su un contratto di lavoro che era stato firmato in data successiva la Corte di Appello di Saint Denis de la Réunion, indica che «il doit être souligné que l'épidémie de chikungunya a débuté en janvier 2006 et ne peut être retenue comme un événement imprévisible justifiant la rupture du contrat en août suivant après une embauche du 4 juin. Il en est de même des conditions climatiques et de circulation du cirque de Salazie, les éboulements étant réguliers. Ainsi, dans les faits, la force majeure alléguée fait défaut…

Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle «clausole generali», in *I Contratti*, 2020, pp. 433-448.

(47) OPPETIT, *L'Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship*, in *Clunet,* 1974, p. 794 ss.; FOUCHARD, *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, in *Rev. arb*., 1979, p. 81 ss.; JAUFFRET SPINOSI, *Appunti delle lezioni dottorali veneziane*, inedito; DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 315 ss.

Le jugement doit alors être confirmé en ce qu'il a retenu une rupture anticipée abusive du contrat». (48)

Nello stesso senso si è espressa anche la Corte di Appello di Nancy, il 22 novembre 2010, la quale ha dichiarato che il «dengue» non è né imprevedibile né irresistibile in Martinica. (49) Una terza sentenza, della Corte di Appello di Besançon, l'8 gennaio 2014, ha concluso che non costituiva una causa di forza maggiore la pandemia influenzale del 2009-2010 (c.d. influenza suina), invocata da un'impresa compratrice di asciugamani per risolvere il contratto con il produttore, in quanto il fornitore aveva proposto di sostituirli con prodotti usa e getta conformi alle nuove norme sanitarie adottate in conseguenza dell'epidemia che peraltro era stata ampiamente annunciata e prevista. (50)

Quanto al virus «ebola», va osservato che in due pronunce del 2016, (51) sebbene l'OMS avesse dichiarato lo «stato d'emergenza» per il virus ebola, la Corte di Appello di Parigi ha concluso che, nel caso di specie, il nesso di causalità tra l'epidemia e la mancata esecuzione del contratto non risultasse dimostrato. Un siffatto orientamento della giurisprudenza viene confermato nelle rare pronunce disponibili che hanno affrontato altre epidemie simili come la SARS. (52)

Pertanto, se il 12 marzo 2020, la Corte di Appello di Colmar (53) ha operato un parziale *revirement* dei suddetti orientamenti, lo ha fatto solo dichiarando che le circostanze attuali presentavano per la loro eccezionalità le caratteristiche di un caso di forza maggiore alla luce della nuova posizione assunta dal legislatore francese tramite l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 16 febbraio 2016 che ha introdotto profonde modifiche al *Code Napoléon*. Così, tramite la «modernizzazione» del codice civile francese, attingendo dai principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali, si è avuto un parziale «alleggerimento» dei requisiti per invocare la forza maggiore in Francia.

L'art. 1218 del cod. civ. francese, nella versione oggi in vigore, prevede infatti quanto segue: «si ha forza maggiore in materia contrattuale quando

---

(48) App. Saint Denis de la Réunion, 29 dicembre 2009 n. 08/02114.

(49) App. Nancy, 22 novembre 2010 n. 09/00003.

(50) App. Besançon, 8 gennaio 2014 n. 12/02291.

(51) App. Paris, 17 marzo 2016, n. 15/04263; 29 marzo 2016 n. 15/05607.

(52) App. Paris, 29 giugno 2006, n. 04/09052. Altri riferimenti in GUIOMARD, *La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts*, in *Dalloz actualités*, 4 marzo 2020 in https://www.dalloz-actualite.fr/flash/grippe-epidemies-et-force-majeure-en-dix-arrets#.YGssEgzaUk.

(53) App. Colmar, 12 marzo 2020 n. 20/01098.

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 provvedimenti adeguati, impedisce l'adempimento della sua obbligazione da parte del debitore. Se l'impedimento è temporaneo, l'esecuzione dell'obbligazione è sospesa a meno che il ritardo che ne deriverebbe giustifichi la risoluzione del contratto. Se l'impedimento è definitivo, il contratto è risolto ipso iure e le parti sono liberate dai loro obblighi alle condizioni previste agli articoli 1351 e 1351-1». (54)

Così, per aversi forza maggiore e quindi per consentire al debitore di giustificare il proprio inadempimento contrattuale, si deve verificare un evento che sfugge al suo controllo, imprevedibile e irresistibile.

Per soddisfare il requisito dell'assenza di controllo, l'evento deve essere tale da non offrire alcuna possibilità al debitore di esercitare un'influenza sul suo decorso. Inoltre, l'evento non deve derivare dal comportamento del debitore; in altre parole il debitore deve essere estraneo al percorso eziologico tra l'evento e l'inadempimento. L'esempio di scuola resta quello delle catastrofi naturali. Sotto questo profilo, dovrebbe essere pacifico che la pandemia da Covid-19 e le misure statali ad essa relativa non risultano né da un fatto colposo di contraenti privati, né possono essere sottoposte al controllo *iure privatorum*, soddisfacendo così tale criterio. Ma l'art. 1218 richiede altresì che l'evento costitutivo di forza maggiore non possa essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto.

Qui, come negli altri sistemi giuridici e persino negli strumenti di diritto internazionale uniforme, si pone il problema della «data critica». L'imprevedibilità, infatti, presuppone una reale sorpresa del debitore ai sensi della norma qui in commento e si tratta dello standard del *bonus pater familias*, tenendo conto del comportamento di un contraente prudente e diligente, valutazione che dipende dalle circostanze di tempo e di luogo. Per i contratti conclusi nel 2019, è evidente che l'epidemia non poteva essere anticipata, ma la data a partire dalla quale l'epidemia di coronavirus è divenuta prevedibile in un contratto è quella della «dichiarazione di pandemia» del Direttore dell'OMS, intervenuta l'11 marzo 2020

(54) Nostra traduzione. L'originale recita come segue: «il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1».

e non quella delle singole e diverse misure nazionali di urgenza. Queste ultime, come si vedrà d'appresso rilevano ai fini della determinazione degli eventuali impedimenti nazionali e della valutazione della data critica delle eventuali normative di applicazione necessaria.

Infine, per aversi forza maggiore in Francia in relazione ad una situazione di forza maggiore causata dal Covid-19, occorre la dismostrazione che gli effetti di tale evento non possono in alcun modo essere evitati: in altri termini, occorre che, nonostante gli sforzi del debitore e la sua diligenza, gli effetti dell'evento impeditivo si producano comunque.

In conclusione, la posizione del diritto francese sembra orientata oggi verso un minore rigore rispetto ad un recente passato nel valutare la sussistenza di una causa di forza maggiore consentendo al soggetto che la invoca di giustificare il proprio inadempimento contrattuale esonerandolo da responsabilità. Ma, al di là delle proclamazioni della dottrina, la giurisprudenza di applicazione del *Code Napoléon* «modernizzato» è ancora tutta da produrre e la vedremo solo nei prossimi anni.

8.3. In Germania, come in Italia, manca una formale disciplina della «forza maggiore» nel cod. civ. tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*, in prosieguo: il «*BGB*») (55) pur se non mancano delle manifestazioni di tale istituto (*höhere Gewalt*) nel diritto vivente, ossia nella giurisprudenza tedesca. Contrariamente al confinamento e al divieto di avere contatti a causa del Covid-19, le cui modalità sono decise da ciascun *Land* tedesco, il diritto dei contratti è disciplinato in modo uniforme in tutta la Germania.

Anche in Germania l'«impossibilità contrattuale» si divide in due fattispecie: quella oggettiva (§ 275 *BGB*) e quella del *Wegfall der Geschäftsgrundlage,* ossia del «crollo delle basi del contratto» di cui al § 313 *BGB* che si avvicina, pur restando distinta, alla figura internazionale della *Hardship* o, in Italia, a quella della eccessiva onerosità sopravvenuta. Soluzioni analoghe ed accomunate dall'assenza di un formale istituto della «forza maggiore» si ritrovano in Svizzera. (56)

---

(55) V. PATTI, *Codice Civile Tedesco. Burgerliches Gesetzbuch*, Milano, 2013; nonché VISENTIN, *Forza maggiore ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto francese, italiano e tedesco*, in *Dir. com. scambi int.*, 2020, pp. 177-184.

(56) V. il codice delle obbligazioni svizzero all'art. 97 comma 1: «Il debitore che non adempie l'obbligazione o non la adempie nel debito modo, è tenuto al risarcimento del danno derivatone, a meno che provi che nessuna colpa gli è imputabile», nonché all'art. 119: «l'obbligazione si ritiene estinta se ne sia divenuto impossibile l'adempimento per circostanze non imputabili al debitore. 2. Nei contratti bilaterali il debitore così liberato è tenuto di restituire, secondo le norme dell'indebito arricchimento, la controprestazione già ricevuta

Secondo il Bundesgerichtshof, la Corte federale di giustizia, sussiste forza maggiore nel caso in cui un evento esterno, indipendente dal contesto dell'impresa, non può essere evitato neppure con la massima prudenza ragionevolmente attesa. (57)

Senonché, essendo in Germania il rapporto tra il giudice e le parti al contratto diverso da quello affermatosi nella tradizione francese del *Code Napoléon*, viene tollerata una certa «ingerenza» del giudice tedesco nel contratto, come dimostra la giurisprudenza in materia di clausole generali. (58)

Non stupisce dunque che, al di là delle diverse combinazioni fattuali, la giurisprudenza tedesca sembra meno restìa di quella francese a riconoscere che un'epidemia rivesta il carattere di forza maggiore. (59)

Tuttavia, anche in tale prospettiva, ci sembra che la semplice menzione dell'epidemia in una clausola contrattuale, non consenta di sottrarsi *sic et simpliciter* agli obblighi contrattuali in base al diritto tedesco. L'impossibilità così come viene regolata al § 275 *BGB* comporta l'estinzione dell'obbligo di eseguire la prestazione (§ 275 n. 1 *BGB*) e la controprestazione, vale a dire il pagamento del prezzo (§ 326 n. 1 *BGB*).

Per contro, se l'esecuzione della prestazione è di per sé possibile, ma non è auspicabile dal punto di vista economico, il § 275 *BGB* può cedere il passo al meccanismo dell'imprevedibilità tedesca di cui al § 313 *BGB*. Solo in caso di impossibilità di adeguamento del contratto si ha un diritto alla risoluzione del contratto.

In conclusione, pur se il diritto tedesco ha una posizione diversa rispetto a quella tradizionalmente assunta dal diritto francese del *Code Napoléon*, (60) comporta delle soluzioni che se non sono conosciute dalle parti possono offrire delle amare soprese. Ma va sottolineato che anche in Germania la disciplina della forza maggiore/impossibilità sopravvenuta è

---

e non può più chiedere quanto gli sarebbe ancora dovuto. 3. Sono eccettuati i casi in cui per disposizione di legge o secondo il tenore del contratto il rischio è passato a carico del creditore prima dell'adempimento».

(57) BGH, 16 maggio 2017 n. X ZR 142/15.

(58) ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 244 ss.; MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd ed., Oxford, 2006; GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, 5ª ed., Bologna, 2011, p. 55 ss.

(59) V. a proposito dell'epidemia di SARS del 2003, AG Augsburg, 9 novembre. 2004, n. 14 C 4608/03.

(60) Le modifiche del *Code Civil* intervenute nel 2016 sono per ora solo normative: la «vecchia» giurisprudenza resta minacciosamente ben presente nella mente dei giudici, mentre la nuova giurisprudenza si farà nei prossimi anni.

derogabile e dunque consente alle parti una diversa allocazione dei rischi e delle obbligazioni tramite le loro clausole contrattuali.

8.4. A conclusione di questa breve disamina, sia consentito solo un veloce cenno agli ordinamenti di due Stati assai frequentati dalle imprese italiane, Paesi che, nonostante le diverse esperienze storico-giuridiche, presentano alcune convergenze più con i sistemi di *civil law* che con quelli di *common law*. Alludo alla Russia ed alla Cina le cui norme in materia contrattuale codificate hanno beneficiato dell'influenza dei principi Unidroit sui contratti del commercio internazionale. (61)

In Russia, l'art. 401 par. 3 cod. civ. del 1994 definisce la forza maggiore alla stregua di una circostanza straordinaria, impossibile da prevedere. Qui le Camere di commercio possono certificare il verificarsi di eventi di forza maggiore che incidono sui contratti internazionali, di concerto col Ministero della salute in caso di evento epidemico. (62)

Anche in Cina, il concetto di «forza maggiore» non si distanzia molto da quanto generalmente previsto negli ordinamenti occidentali ed è definita come una «circostanza obiettiva, imprevedibile, inevitabile e insormontabile» (art. 117 della legge sui contratti del 1999). Va peraltro indicato che il 1° gennaio del 2021 è entrato in vigore il cod. civ. cinese, adottato il 28 maggio 2020 e composto da sette parti, ovvero: regole generali, diritti di proprietà, contratti, diritti della personalità, matrimonio e famiglia, diritto di eredità e responsabilità civile, per un totale di 1.260 articoli di cui ben 526 dedicati alla materia contrattuale. Pertanto, occorrerà verificare nel prossimo futuro l'interpretazione di tali nuove norme da

---

(61) Sulla Russia post sovietica v. KOMAROV, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Development of Contract Law in Modern Russia*, in *Studi in onore di M.J. Bonell*, Roma, 2016, pp. 1493-1502. Sulla Cina cfr. PORCELLI, *Il nuovo codice civile della Repubblica popolare cinese. Osservazioni dalla prospettiva del dialogo con la tradizione romanistica*, in *Studium Iuris*, 2020, pp. 810-820; nonché HAN, *The UNIDROIT Principles and the Development of the Chinese Contract Law*", in *Studi in onore di M.J. Bonell* cit., pp. 1473-1485. In prospettiva storico-giuridica e comparatistica v. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, Cedam, 2004.

(62) I certificati vengono rilasciati dalla Camere di commercio della Federazione Russa sulla base dell'art. 15 par. 3 lett. *n* della l. 7 luglio 1993 N 5340-I FZ «Sulle Camere di commercio della Federazione Russa». L'art. 401 par. 3 cod. civ. russo dispone tra l'altro che: «несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств» (È responsabile, se non dimostra che la corretta esecuzione è resa impossibile a causa di forza maggiore, vale a dire di eventi straordinari e insormontabili alle condizioni date; traduzione di BARBIROTTO, Università "Cà Foscari" di Venezia).

parte dei giudici statali e soprattutto nei numerosi procedimenti arbitrali che si celebrano in Cina.

8.5. Nel diritto inglese, improntato sui principi della «sanctity of contract» e del «caveat emptor», (63) la soluzione delle problematiche suscitate dalla forza maggiore o dell'impossibilità sopravvenuta rispetto alle pattuizioni delle parti non riceve una disciplina affine a quella dell'art. 1467 cod. civ., ma viene ricondotta entro la diversa prospettiva della *frustration of contract* e, negli Stati Uniti, della *commercial impracticability*.

Stante l'assenza di un sistema codificato di norme dispositive applicabili *by default* in materia contrattuale, i giudici inglesi hanno in un primo momento fondato la «doctrine of frustration» sull'esistenza di una clausola implicita (*implied condition*). (64) Successivamente, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, la *doctrine of frustration* è mutata: dalla soluzione ad un problema di interpretazione soggettiva del contratto, si è «oggettivizzata» orientandosi verso l'analisi dello squilibrio contrattuale, un «radical change in the obligation». Un giurista italiano potrebbe essere tentato di avvicinare la nuova dottrina alla nostra figura della eccessiva onerosità sopravvenuta ma il rigore adoperato dai giudici inglesi nel concedere la «discharge», legato al dogma della «sanctity of contract» sembra maggiore del pur rigoroso standard dell'art. 1467 ss. cod. civ.

Così, c'è stata assai poca esitazione in Inghilterra a non riconoscere la *frustration* nei c.d. *Suez cases* ove, com'è noto, a causa dei conflitti armati il passaggio nel Canale di Suez era stato interrotto costringendo le navi mercantili a circumnavigare l'Africa con notevole aggravio dei costi e dei tempi di trasporto. Secondo i giudici inglesi, il riconoscimento di un'ampia libertà contrattuale comporta l'onere per le parti di prevedere e regolare specificamente una tale eventualità; altrimenti prevalgono le altre pattuizioni contrattuali.

---

(63) CHESHIRE, FIFOOT, FURMSTON'S, *Law of Contract*, 17th ed., Oxford, 2017, cap. XX ove riferimenti.

(64) In argomento cfr. ALPA, *Contratto nei sistemi di Common Law*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, 1989, p.148 ss.; CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, 2ª ed., Padova, 2001, cap. XI. La dottrina dei c.d. «coronation cases» ha fatto scuola anche in Italia e si ritrova nella letteratura civilistica in materia di «presupposizione». Nei «coronation cases», infatti, si discettava di un contratto di locazione a canone elevato di una stanza, il cui balcone si affacciava sulla strada ove sarebbe passato il corteo reale per l'incoronazione di Re Edoardo VII. Tali festeggiamenti vennero però improvvisamente rinviati a causa della malattia del Re e pertanto i giudici inglesi risolsero il contratto ritenendo implicito che tale atto fosse stato stipulato unicamente sul presupposto del passaggio del corteo reale e non per altri fini.

A propria volta, l'ordinamento statunitense, pur seguendo inizialmente l'approccio inglese, ha poi corretto il tiro e codificato la materia tramite l'art. 2-615 dello *Uniform Commercial Code* (65), rubricata, appunto, «Excuse by failure of Presupposed Conditions». Qui, in materia di vendita, si introduce il diverso istituto della *impracticability* e si indica che «la ritardata o la mancata consegna totale o parziale da parte del venditore… non è inadempimento della sua obbligazione derivante dal contratto di compravendita se la prestazione pattuita è stata resa impraticabile dal verificarsi di una contingenza il cui non verificarsi era un assunto di base su cui il contratto è stato stipulato». (66) Così, anche qui, si esclude dalla figura dell'impossibilità sopravvenuta la figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e pur se la «discharge for impracticability» sembra meno rigida che nel diritto inglese, le soluzioni operative variano in funzione della giurisprudenza dominante e dei diversi Stati in cui la norma riceve applicazione. Un orientamento consolidato sembra quello per cui se un dato evento di forza maggiore fosse stato (o venisse considerato dal giudice) in qualche modo prevedibile, ne segue una presunzione *iuris tantum* di assunzione del rischio a carico dell'obbligato.

Se poi si riscontra una «impracticability», il giudice statunitense, oltre a potere ordinare la risoluzione del contratto, può persino intervenire per adattarlo, una volta constatato il perdurante interesse delle parti a continuare il rapporto. Si tratta, ancora una volta, di soluzioni che, agli occhi di un *civil lawyer*, seppure pragmatiche non sono necessariamente auspicabili data la discrezionalità dei giudici in questa materia e la conseguente loro imprevedibilità.

In conclusione, risulta evidente che, soprattutto nei sistemi di *common law*, le parti, onde evitare la variabilità delle soluzioni statali, hanno tutto l'interesse a regolare nei dettagli la propria clausola di forza maggiore e ciò spiega anche l'estensione di tali clausole nei contratti internazionali soggetti al diritto inglese o statunitense. Nei Paesi di *civil law*, invece, pur potendo «fare affidamento» sulle varie norme della *lex contractus*, uno degli obiettivi principali di una clausola di forza maggiore è anche quello di eludere legittimamente le norme dispositive (e la loro interpretazione giurisprudenziale nazionale talvolta schizofrenica) della *lex causae,* norme poco adeguate alle esigenze del commercio internazio-

---

(65) V. spec. BUXBAUM, *Modification and Adaptation of Contracts: American Legal Developments*, in HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp-Boston-Frankfurt-London, 1985, p. 44 ss.

(66) Nostra traduzione.

nale e raramente aderenti allo specifico programma economico delle parti, incluse le loro intenzioni circa l'allocazione dei rischi. E ciò spiega anche l'*opting out* dalla CISG – sia nei Paesi di *civil law*, sia soprattutto nei Paesi di *common law* – soprattutto in materia di forza maggiore data la vaghezza, la scarsa chiarezza e l'imprevedibilità delle sue norme. I principi Unidroit 2016 non hanno di certo migliorato la situazione in questa materia.

9. Sotto un diverso aspetto, la validità e gli effetti di una clausola penale di un contratto di compravendita internazionale, come di qualsiasi altro contratto, dipendono in via generale dalla *lex contractus* ed analoghe considerazioni valgono per le clausole limitative della responsabilità. La soluzione è logica e di grande importanza pratica e si ritrova già nella convenzione di Roma del 1980. Il regolamento Roma I la postula all'art. 12 par. 1 lett. *c*, affermando, con formula sintetica, che la legge del contratto disciplina in particolare «le conseguenze dell'inadempimento totale o parziale di quelle obbligazioni, compresa la liquidazione del danno in quanto sia disciplinata da norme giuridiche».

Qualche esitazione è concessa, in alcuni sistemi giuridici tra cui quello italiano, laddove, nel libro IV, titolo II, nel capo V del cod. civ. sugli «effetti del contratto», si tratta anche della riduzione ad equità della clausola penale eccessiva ad opera del giudice. L'art. 1384 cod. civ. dispone testualmente che «la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento».

In tale prospettiva, si ha un'ulteriore articolazione tra la *lex contractus* e la *lex fori*. Se la *lex fori* non prevede la riduzione giudiziale ad equità ma lo ammette la *lex contractus* (ad es. italiana), a mio vedere, solo un arbitro dovrà procedere a tale peculiare modalità di «adattamento del contratto». Il giudice, invece, dovrà consultare la *lex fori* e qualora, una tale attività fosse estranea alla *lex fori* non sarà obbligato a procedere. Tale soluzione, per quanto ingiusta, è suffragata dal regolamento Roma I, all'art. 12 par. 1 lett. *c*, che condiziona l'applicazione *in toto* della *lex contractus* ai «limiti dei poteri attribuiti al giudice dalla sua legge processuale».

È appena il caso di ricordare, infine, che secondo un principio costante nel d.i.p. moderno, enunciato all'art. 20 del regolamento Roma I, il rinvio è escluso in materia di obbligazioni contrattuali, sia in caso di scelta espressa o tacita della *lex contractus*, sia nei casi in cui la legge competente

è designata oggettivamente, in assenza di scelta. (67) E ciò vale, *a fortiori*, anche in materia di forza maggiore o di impossibilità sopravvenuta. Com'è noto, i precitati principi dell'Aja del 2015 confermano tale soluzione indicando, all'art. 8, che «a choice of law does not refer to rules of private international law of the law chosen by the parties unless the parties expressly provide otherwise».

Ed infatti, l'esclusione dal rinvio, che è tradizionale proprio in materia contrattuale, si connette al fondamento stesso del potere di scelta della *lex contractus*, dato che la scelta delle parti viene spesso dettata da considerazioni di carattere materiale.

Le medesime considerazioni, ossia l'esigenza di certezza del diritto, valgono anche – seppure con minore forza argomentativa – ad escludere il rinvio persino nei casi di designazione oggettiva della *lex contractus* da parte del giudice (o dell'arbitro), in mancanza di scelta del diritto applicabile.

10. Talvolta, le norme di conflitto del foro oppure quelle dispositive della *lex arbitri* o, molto più spesso, le specifiche norme del regolamento di arbitrato amministrato designato dalle parti nel loro contratto internazionale, consentono la elezione di una *lex contractus* a carattere non statale.

Non è così, com'è noto, nel sistema del regolamento Roma I e secondo l'impostazione generale del nostro d.i.p. a partire dalla legge n. 218 del 95. Ma è altrettanto vero che la scelta di norme anazionali ha ricevuto una moderna consacrazione ad opera dei già citati *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* approvati il 19 marzo 2015 in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. E si tratta di «principi» che, come indica il loro preambolo, non operano sul piano sostanziale bensì su quello delle norme di conflitto giacché posso essere utilizzati «to interpret, supplement and develop rules of private international law». (68)

---

(67) Ai sensi del quale: «qualora il presente regolamento prescriva l'applicazione della legge di un paese, esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in quel paese, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato, salvo che il presente regolamento disponga altrimenti». Sull'esclusione del rinvio nella convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955, in materia di vendita internazionale v MARRELLA, *Manuale* cit., p. In argomento v. per tutti DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, t. 352, 2010, pp. 9-521.

(68) HCCH, Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135. Nostra traduzione. Per un commento cfr. DAVÌ, ZANOBETTI, *Autonomia delle parti e certezza del diritto nei Principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2017, pp. 881-907. All'ammissibilità ed ai limiti delle scelte di diritto anazionali, nonostante l'opinione opposta di quasi tutta la dottrina giusinternazionalistica

Così, all'art. 3, enunciano che: «the law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise».

Il commento ufficiale, esplicativo di tale soluzione, indica che «le leggi nazionali in materia di arbitrato e i regolamenti arbitrali consentono correntemente la scelta ad opera delle parti di "regole di diritto". (69) In tali strumenti, l'espressione "regole di diritto" ("rules of law") viene utilizzata per designare norme che non promanano da fonti statali. La possibilità di scegliere siffatte "regole di diritto" non è stata generalmente riconosciuta alle parti nei contenziosi dinanzi ai giudici nazionali. L'art. 3 estende l'ambito di applicazione dell'autonomia delle parti… prevedendo che le parti possano designare non solo il diritto di uno Stato, ma anche le "regole di diritto" per regolare il loro contratto, a prescindere dal modo di risoluzione delle controversie scelto». (70)

Come appare, *ictu oculi*, si parla di richiamo del diritto applicabile in senso tecnico e non di mera recezione contrattuale la quale si trova già largamente praticata e correntemente ammessa anche nel famoso considerando n.13 del regolamento Roma I, ai sensi del quale il regolamento «non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale».

Pertanto, i principi dell'Aja del 2015 parlano di «regole di diritto» astatuale oggetto di possibile designazione delle parti in senso internazionalprivatistico ed è altrettanto ovvio che così non si legittima affatto il famoso *contrat sans loi* o contratto autosufficiente su cui si è a lungo affaticata la dottrina. (71)

Il commento ai principi dell'Aja non lascia dubbi ed indica che il riferimento alle «regole di diritto» non equivale a limitare tale richiamo ad «un complesso di regole contenute nel contratto stesso, né alle condi-

---

italiana, ero già pervenuto in tempi non sospetti nel libro *La nuova lex mercatoria* cit., 2003. Una larga parte della dottrina contraria del tempo oggi ha cambiato allegramente opinione trovandosi clamorosamente smentita anche dai precitati Principi dell'Aja del 2015.

(69) V. ad es. art. 28 par. 1 della legge Modello UNCITRAL; art. 21 par. 1 regolamento di arbitrato ICC.

(70) Nostra traduzione.

(71) V., tra una vasta letteratura, LEVEL, *Le contrat dit sans loi*, in *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1967, pp. 209-243; CARBONE, *Il «contratto senza legge» e la convenzione di Roma del 1980*, in questa *Rivista*, 1983, pp. 279-287; JUENGER, *The lex mercatoria and private international law*, in *Uniform Law Rev.*, 2000, p. 193 ss.; e cfr. GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 8 ss.

zioni generali di una parte, né ad un insieme di condizioni locali specifiche dell'industria». Piuttosto, facendo propri i risultati della dottrina che ha esplorato in modo più approfondito il fenomeno della nuova *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali, occorre che si tratti di «regole di diritto» internazionalmente accettate. (72)

Senonché, i principi dell'Aja non indicano, come dovrebbero, che le materie non regolate dalla CISG o dai Principi Unidroit necessitano un'analisi conflittualistica a fini di *gap-filling* da condurre secondo il d.i.p. della *lex fori* (o la metodologia propria all'arbitrato); analisi che, in chiave moderna potrebbe anche portare all'applicazione dei Principi Unidroit *e* della *lex mercatoria* in combinazione con una *lex contractus* statale, come spesso avviene dinanzi ai collegi arbitrali.

Nella medesima ottica, i contraenti possono optare, oltre che per l'applicazione dei Principi Unidroit anche per quella – presente solo in qualche raro *obiter dictum* – dei Principi di diritto europeo dei contratti (PECL) predisposti dalla *Commission on European Contract Law*, i quali, peraltro all'art. 7.1.7 (*Force Majeure*) e all'art. 8:108 (*Excuse Due to an Impediment*) disciplinano, se le parti non hanno pattuito una propria clausola contrattuale in *subiecta materia*, le conseguenze di eventi sopravvenuti idonei a impedire l'esecuzione del contratto.

E pur potendo solo accennare in questa sede a quel dibattito, preme soprattutto sottolineare che in materia di forza maggiore ed impossibilità sopravvenuta, salvo qualche eccezione, (73) nella giurisprudenza arbitrale ove si rileva l'applicazione della *lex mercatoria*, gli arbitri hanno sempre interpretato in modo molto restrittivo le eccezioni al principio *pacta sunt servanda*, sia che si trattasse di impossibilità sopravvenuta (*force majeure*), sia che occorresse pronunciarsi sull'eccessiva onerosità sopravvenuta di una prestazione (*imprévision, hardship* o altro istituto affine). (74) In base alla nuova *lex mercatoria*, infatti, domina il principio di presunzione di competenza professionale degli operatori che, unitamente a quello della conservazione del contratto e della buona fede contrattuale, lasciano assai poco spazio ad esimenti di responsabilità impreviste nel contratto. (75)

---

(72) Si rinvia a MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., p. 109 ss.

(73) Cfr. lodo CCI n. 4761 del 1987, in *Clunet*, 1987, p. 1012 con nota di JARVIN; lodo CCI n. 1512 del 1971, *ibidem,* 1974, p. 905, con nota di DERAINS; lodo CCI n. 2291 del 1975, *ibidem*, 1976, p. 989.

(74) V. PHILIPPE, *Pacta sunt servanda et rebus sic stantibus*, in *L'arbitrage commercial international, l'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, 1986, p. 234 ss.

(75) MAYER, *Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international*, in *Mélanges P. Lalive*, Bāle-Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 543 ss.

Tale impostazione sembra utile a spiegare la *ratio decidendi* di alcuni collegi arbitrali di escludere persino l'applicazione delle regole sulla forza maggiore dei Principi Unidroit in alcuni contratti internazionali. Secondo gli arbitri, infatti, le norme sulla forza maggiore dei Principi Unidroit non corrispondono allo stato attuale della nuova *lex mercatoria* e, se le parti non le hanno espressamente richiamate, vanno intese solo nella prospettiva di una «codificazione progressiva» del diritto dei contratti internazionali. (76)

11. Se, come abbiamo visto, né le regole sulla forza maggiore dei Principi Unidroit del 2016, né le corrispondenti soluzioni della CISG – per non parlare dei PECL e del DCFR il cui impatto sulla prassi appare irrilevante – vengono «legittimati» come espressione della nuova *lex mercatoria* in materia di forza maggiore, opposte considerazioni valgono per l'obbligo di mitigare i danni in caso di forza maggiore.

Qui si tratta di un particolare effetto della forza maggiore che è ascritto alla *lex mercatoria* sia dalla dottrina specialistica, che dalla prassi arbitrale (77) e pertanto si trova codificato all'art. 7.4.8 dei Principi Unidroit (78) oltre che

---

(76) MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., p. 475 ss.

(77) Lodo ICC n. 4761, in *Clunet*, 1987, p. 1017: «le Tribunal Arbitral rappelera également la disposition du droit libyen qui oblige le créancier à prendre toutes les mesures en son pouvoir pour réduire l'ampleur de son préjudice (art. 224 ch. 2 du Code civil libyen; en ce qui concerne la *Lex Mercatoria*, Cf. sentences CCI 2103 et 2142, *Clunet* 1974, p. 902; 2478, *ibidem*, 1975, p. 92; 2291, *ibidem*, 1976, p. 989; 2520, *ibidem*, 1976, p. 992; 3344, *ibidem*, 1982, p. 978, qui appliquent cette même règle)»; lodo ICC n. 5514, *ibidem*, 1992, p. 1025: «le devoir d'une partie de minimiser son préjudice est bien établi dans le droit international et dans la plupart des droits internes, ainsi que dans celui de l'Etat. En examinant le comportement de la partie concernée, un tribunal n'impose pourtant pas a cette partie un test de résultat final effectué a posteriori. Le test est plus celui de la gestion, en bon père de famille, ou de savoir si la partie concernée a agi raisonnablement et équitablement d'un point de vue commercial et financier». V. ancora lodo ICC n. 5865, *ibidem*, 1998, p.1013: «le tribunal retiendra aussi, pour la fixation de la réparation à allouer à la [la demanderesse], le principe qui veut que le créancier soit tenu de minimiser son dommage, de manière à limiter, dans toute la mesure du possible, la réparation réclamée du débiteur, très généralement admis dans le droit du commerce international, et point récusé par le droit algérien». In dottrina cfr. DERAINS, *L'Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale*, in *Rev. dr. aff. int.*, 1987, p. 375 ss.; GOLDMAN, *The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria*, in LEW (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1986, p. 113 ss.; e BONELLI, *Il «risarcimento dei danni» nei Principi Unidroit, nella convenzione di Vienna del 1980 e nel diritto italiano*, in *Dir. comm. int.,* 2012, p. 851 ss.

(78) E, di riflesso, all'art. 9.505 PECL e DCFR III 3.705. In dottrina v., *inter multos*, SCHWENZER, HACHEM, KEE, *Global Sales and Contract Law*, Oxford, 2012, p.631 ss. Per un'applicazione basata sui Principi Unidroit v. il lodo ICC n.7110 (in MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., p. 395 ss.): «the Tribunal finds that Respondent's conduct under the circumstances was entirely consistent with the generally accepted principle of the mitigation

all'art. 77 CISG. (79)

Tale principio generale di diritto del commercio internazionale richiede alla parte che intende far valere un caso di forza maggiore, la dimostrazione di aver adottato ogni misura ragionevole per mitigare i danni derivanti dal proprio inadempimento. Pertanto, ogni impresa che, in tempo di Covid-19, cerchi di avvalersi dell'esimente della forza maggiore dovrà attivarsi per limitare gli effetti delle interruzioni della catena di approvvigionamento, i ritardi delle navi nei trasporti internazionali delle merci e le eventuali penurie di manodopera. Si tratta, ovviamente, di compiere ogni ragionevole ma documentabile sforzo.

12. L'analisi del nesso di causalità è quasi sempre decisiva nei contenziosi in materia contrattuale-internazionale, non appena una parte sollevi l'eccezione di forza maggiore. Il nesso di causalità è un elemento strutturale dell'illecito contrattuale che corre sul piano oggettivo individuando la relazione tra il comportamento astrattamente considerato e l'evento. La relazione che intercorre tra il nesso causale e la colpa è la stessa che collega la probabilità alla prevedibilità, come dice la Cassazione italiana con giurisprudenza costante. (80)

---

of harm, as expressed in Article 7.4.8 of the Unidroit Principles». V. pure il lodo ICC n. 8817, in *ICC Bull.*, n. 2, 1999, p. 78: «in general, a similar rule is set out in Article 7.4.8. of the Unidroit Principles, which states: "The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps". In the absence of indications as to the efforts and attempts made by Claimant during the alleged year of inactivity, the arbitrator considers that this commercial inactivity was caused in part by Claimant's inertia».

(79) Lodo ICC n. 16369, in *Yearb. Comm. Arb.*, 2014, p. 169 ss., punto 136: «indeed, Art. 77 CISG provides that the party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss of profit, resulting from the breach. However, it follows from the wording of the provision that it would have been for the Respondent to substantiate its (implied) assertion and, ultimately, the burden of proof was on the Respondent». V. pure il lodo ICC n. 2478 del 1974, in *Yearb. Comm. Arb.*, 1978, p. 223 (anche in *Clunet,* 1975, p. 925 ss.), «regardless of the price which the claimant really paid in order to obtain the missing quantities, it must not be forgotten that *under the general principles of law*, which moreover are reflected in Articles 42, section 2, and 44, section 1 of the [Swiss] Federal Code of Obligations, it is up to the injured party to take all necessary measures so as not to increase the injury». (corsivo aggiunto).

(80) V. tra le tante Cass., ord. 11 ottobre 2018 n. 25160. Di grande spessore anche teorico resta la pronuncia di Cass., 16 ottobre 2007 n. 21619: «premessa la indiscutibile condivisibilità (e applicabilità *tout court*) del generalissimo principio che vuole preservato, in capo al giudice, quel margine irrinunciabile quanto inevitabile di verifica "logica" del rapporto di causalità al di fuori dei coefficienti meramente statistici e di altre valutazioni provenienti dagli accertamenti tecnico-scientifici, il primo interrogativo che il ricorso pone è quello della applicabilità del principio di causa penalmente rilevante così ricostruito dalle

Ma la concatenazione dei fatti può avvenire in un solo Paese o addirittura in diversi Paesi. E pur se si tratta di un altro rilevante aspetto di cui la dottrina non si è mai occupata, ritengo che il criterio di concatenazione tra causa ed effetto, in altre parole il nesso eziologico tra l'evento di forza maggiore e l'effetto di impedire l'adempimento di un'obbligazione contrattuale siano retti necessariamente dalla *lex contractus*. Certo, qualora tutti i fatti si verifichino in un solo Paese e la *lex contractus* sia quella di un altro Paese si potrebbe dubitare della «forza di attrazione della *lex contractus*» dinanzi al Paese che, per dirla all'americana, costituisce il «centro di gravità» della fattispecie giuridica da esaminare. Dopotutto, gli impedimenti provocati dalla pandemia da Covid-19 – in modo non dissimile da quanto si argomenta a proposito dei conflitti armati – si comprendono rispetto alla loro forza impeditiva alla luce della *lex loci*. Ma è altrettanto vero che spetta sempre alla *lex causae* fissare i caratteri del nesso eziologico ed il suo modo di funzionamento traendone tutte le conseguenze. Così, un divieto di scaricare la merce al porto di destinazione andrà dapprima valutato in base alla *lex loci* ma sarà solo la *lex causae* a stabilire la posizione di tale fatto nella concatenazione causale e a trarne gli effetti decisivi rispetto alle obbligazioni delle parti per stabilire se vi sia o meno, in concreto, impossibilità sopravvenuta (o forza maggiore).

---

sezioni unite "anche al distinto settore della responsabilità civile, a differenza di quanto avviene per il diritto anglosassone e nordamericano" (come testualmente mostrano di ritenere i giudici di quel collegio). Prescindendo dai possibili rilievi critici (non rilevanti in questa sede) da muoversi a tale ultima affermazione (come osserva un'attenta dottrina, difatti, il dato comparatistico porta piuttosto alla conclusione per cui anche nei sistemi di *common law* la giurisprudenza civile sia venuta a muoversi su piani diversi rispetto alle corti penali, avendo sviluppato maggiormente e in modo decisamente più incisivo teorie quali quella della causalità adeguata e del rischio evitabile), è lo stesso principio della coincidenza tra concetto di causalità in sede penale e di causalità in sede civile – sostenuta, in questa sede, con particolare vis argomentativa dal ricorrente – che non può dirsi condivisibile. Come già da tempo una attenta dottrina ha ritenuto di sottolineare, invero, le esigenze decostruttive e ricostruttive dell'istituto del nesso di causa sottese al sottosistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte (né riproducibili) nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano, tanto sotto il profilo morfologico della fattispecie, quanto sotto l'aspetto funzionale… Di qui, il contrasto, tra decisioni recenti di questa Corte tuttora non univoche su temi di ampio respiro, che potrebbero non a torto essere definite "macroaree di conflitto", quali: 1) il concetto di (e le differenze tra) causalità materiale e causalità giuridica; 2) il criterio di collegamento da adottare (alto grado di probabilità, probabilità, seria ed apprezzabile possibilità, semplice possibilità – con riguardo a quella peculiare fattispecie costituita dalla cd. "perdita di chance" – tra la condotta e l'evento di danno; 3) la collocazione del fortuito nell'area della colpa ovvero nel territorio del nesso causale; 4) la commistione, ovvero la rigida separazione logica e cronologica, tra gli elementi strutturali dell'illecito: la colpa, il nesso causale».

Ed infatti, vi possono essere sistemi giuridici ove si usa il metro della causalità adeguata ed altri ove si usano concetti affini ma operativamente diversi come quello della causalità sufficiente o della probabilità dell'evento; ma una cosa è valutare il peso di un singolo fatto ai fini di comprenderne la sua gravità (ad es. la situazione del Covid-19 in Italia come viene rappresentata dal Ministero della salute quotidianamente), altro è esaminare quale tipo di concatenazione causale (se adeguata o altro) occorre utilizzare ai fini di determinare esattamente la responsabilità contrattuale di una delle parti. E non v'è dubbio che, a questi fini, il tipo di causalità sia solo quello regolato dalla *lex contractus*.

Infatti, per prendere un esempio: se una società, in periodo Covid-19, non riesce ad ottenere dalla propria banca un finanziamento che gli serve per adempiere le proprie obbligazioni nascenti da un contratto di vendita, non potrà invocare la forza maggiore o l'impossibilità sopravvenuta in quest'ultimo contratto. Ancora: pur se esiste certamente un nesso di causalità tra l'epidemia da Covid-19 nel Paese e la diminuzione dell'attività economica di (almeno) una delle parti ad un contratto di vendita internazionale, per sapere quale sia la causalità sufficiente a liberare il debitore, occorrerà interrogare la *lex contractus*. (81)

13. Il 30 gennaio 2020, il Consiglio cinese per la promozione del commercio internazionale ha iniziato a rilasciare alle imprese cinesi un «certificato di forza maggiore» con riferimento al Covid-19. (82) Il «certificato di forza maggiore» è dunque un documento rilasciato dalle autorità competenti che attesta un fatto di forza maggiore e la prassi cinese si è estesa a macchia d'olio anche tra i Paesi occidentali.

Così, il 25 marzo 2020, anche il Ministero dello sviluppo economico italiano ha reso noto che le Camere di commercio possono rilasciare alle imprese che ne facciano richiesta delle dichiarazioni (in lingua inglese ed italiana) sullo stato di emergenza conseguente all'epidemia di Covid-19 e sulle restrizioni imposte dalla legge per il contenimento dell'epidemia, (83)

---

(81) E sempre la *lex contractus* stabilirà il livello – anche di ragionevolezza – richiesto delle misure preventive adottate (o da adottare) a carico delle parti in vista dell'arrivo del virus in un Paese dato (quello della sede d'affari oppure, ad esempio quello della filiale produttiva in un Paese terzo), in quanto il Covid-19 non si è diffuso nello stesso momento in tutti i Paesi).

(82) TANG, *Coronavirus, force majeure certificate and private international law*, *Conflictoflaws.net*, 1° marzo 2020.

(83) V. la nota del MISE del 25 marzo 2020, rinvenibile in https://www.mise.gov.it/index.php/it/normativa/circolari-note-direttive-e-atti-di-indirizzo/2040923-circolare-25-

con riferimento ai contratti con controparti estere. Il 26 marzo 2020, Unioncamere ha trasmesso alle Camere di commercio il modello di «Dichiarazione sulle circostanze correlate all'esplosione della pandemia Covid-19». Secondo quanto ha chiarito la stessa Unioncamere, quel testo nasce da un'analisi delle soluzioni adottate anche da altre Camere di commercio europee che – sebbene con modalità diverse – hanno affrontato il tema dell'attestazione camerale.

In tutti i casi, così mi pare, non si tratta di certo di un atto pubblico con efficacia costitutiva. Piuttosto, si tratta di una mera dichiarazione descrittiva dello stato di emergenza sanitaria, con richiami alla normativa nazionale ed ai principali atti internazionali (ad es. la dichiarazione di pandemia dell'OMS), con riferimento all'emergenza sanitaria e alle limitazioni dell'attività produttiva generale. È pur vero che, contestualmente, ciascuna impresa può dichiarare che, in relazione alle restrizioni imposte e allo stato di emergenza in corso, non è stata in grado di adempiere agli obblighi contrattuali precedentemente assunti a causa di motivi imprevedibili indipendenti dalla volontà e dalle capacità dell'azienda. Ma risulta altrettanto significativa la clausola standard finale con la quale l'ente dichiarante precisa che non rientra nella sua responsabilità verificare fatti ed eventi relativi alla dichiarazione resa dall'impresa. Ed allora, se lo scopo è ovunque quello di munire le imprese che hanno contratti in corso con controparti estere di un atto che possa essere esibito per giustificare il proprio inadempimento o anche il mero ritardo, risulta evidente che un siffatto atto costituisce una prova decisiva solo qualora la *lex contractus* la ammetta come tale. Altrimenti, non basta di certo a liberare un'impresa da responsabilità contrattuale salvo credere seriamente ad una sorta di… vendita delle indulgenze. Ne consegue che il possesso di un certificato di forza maggiore rilasciato da un ente pubblico non costituisce un atto sufficiente a giustificare l'inadempimento dell'impresa, né in sede civile, né in sede arbitrale, e nemmeno in sede stragiudiziale (ad es. conciliativa). Ciò in quanto il valore probatorio e il nesso eziologico necessario per aversi una causa di forza maggiore (e i relativi effetti sull'esecuzione del contratto) dipendono, caso per caso, dalla *lex contractus,* senza fare eccezione alle regole, anche probatorie, ordinarie. E, in tale prospettiva, può accadere che in taluni ordinamenti (o in taluni contratti) venga subordinato il rico-

---

marzo-2020-attestazioni-camerali-su-dichiarazioni-delle-imprese-di-sussistenza-cause-di-forza-maggiore-per-emergenza-covid-19 (consultato da ultimo il 30 luglio 2021).

noscimento della esimente della forza maggiore alla presentazione di un formale certificato rilasciato dalle autorità competenti.

Infine, pur se la *lex contractus* e le pattuizioni delle parti delineano le condizioni e gli effetti della forza maggiore anche sotto il profilo probatorio, ciò non toglie che occorrerà far capo sicuramente alla *lex loci registrationis* per quanto riguarda le condizioni di rilascio della «Dichiarazione sulle circostanze correlate all'esplosione della pandemia Covid-19». Ciò che potrà variare da Stato a Stato e sarà sempre la *lex loci registrationis* a regolare il procedimento di rilascio, i beneficiari, la validità e durata dell'atto, nonché le condizioni di un eventuale ricorso in caso di mancato rilascio.

14. Se un caso di forza maggiore può impedire o ritardare l'esecuzione di una prestazione, la giurisprudenza di diversi Paesi tra cui il nostro ritiene che essa non incida mai automaticamente sul pagamento di una somma dovuta. Così, pur ammettendo che il Covid-19 costituisca una causa di forza maggiore, l'impossibilità sopravvenuta che ne deriva non incide per sé sull'obbligazione di pagamento che quindi non si estingue *ipso facto*: si tratta, infatti, di un'obbligazione di dare cose generiche per cui vale il principio secondo il quale *genus numquam perit* (84). A mia conoscenza, in nessun Paese al mondo il Covid-19 ha costretto il Governo a bloccare i pagamenti con l'estero. Ed allora quale impossibilità sopravvenuta ha potuto estinguere l'obbligazione di pagamento in base alla *lex contractus*? Quale norma di applicazione necessaria lo ha impedito e a che titolo? *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat.*

Può anche darsi il caso di un contratto che debba essere eseguito entro un termine, stabilito come essenziale dalle parti o connotato come tale dalla natura dell'interesse che il contratto è volto a soddisfare. A tale riguardo, se si applica il diritto italiano, l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva della prestazione, o per impossibilità temporanea «protratta», nei casi stabiliti dall'art. 1256 comma 2 cod. civ., comporta l'applicazione dell'art. 1463 cod. civ., laddove dispone che «la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta».

---

(84) Cass., 30 aprile 2012 n. 6594, in *Giust. civ.*, 2013, 9, I, p. 1873; 16 marzo 1987 n. 2691, in *Foro it.,* 1989, I, 1209 ss., con nota di VALCAVI, e in *Banca, borsa tit.*, 1988, II, p. 583 ss., con nota di INZITARI. In dottrina, v. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, p. 299 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1979, p. 80 ss.; INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, p. 13.

Ma non basta. Poiché in quasi tutti gli ordinamenti giuridici del mondo il pagamento del prezzo di una vendita è l'obbligazione fondamentale del compratore, ne consegue anche che il venditore avrà diritto agli interessi, dal giorno della scadenza del pagamento. In alcuni Stati, la produzione di interessi legali è un effetto naturale di un credito liquido ed esigibile, come accade in Italia, in altri Paesi occorre un'intimazione a pagare. Qual è dunque la legge applicabile ai frutti civili?

Intanto, occorre operare la classica distinzione tra gli interessi legali, quelli corrispettivi e quelli moratori. Gran parte della dottrina, specie in passato, ha sostenuto, a partire dall'obbligo di messa in mora, la prevalenza della *lex loci solutionis*. (85) A me pare che basti distinguere esistenza ed esercizio del diritto agli interessi e più precisamente basti distinguere le questioni attinenti alla domanda giudiziale per far valere il diritto agli interessi in giudizio, dalla diversa problematica della legge applicabile all'*an, quantum* e *quomodo* di tale diritto agli interessi sorto in capo al creditore. Alla luce di tali premesse ne segue che la forma e il contenuto della domanda giudiziale resta assoggettata alla *lex fori* mentre la *lex contractus* regola il fondamento, il modo di essere e gli effetti *inter partes* degli interessi. È infatti indubbio che l'obbligo di corrispondere interessi legali, corrispettivi o moratori discenda dal contratto, per almeno tre ragioni: *i*) perché le parti li hanno pattuiti tramite un'apposita clausola; *ii*) perché anche se non l'hanno fatto la *lex contractus* scelta dalle parti regola anche gli effetti del contratto; *iii*), perché anche se le parti non l'hanno previsto nel contratto, in assenza di scelta della legge applicabile, l'ordinamento giuridico designato dal giudice (o dall'arbitro) come competente porta con sé tali norme dispositive. Inoltre, persino nei Paesi ove gli interessi legali si producono automaticamente, la domanda giudiziale serve solo a riconoscere un fatto che si è già giuridicamente prodotto: l'atto del giudice ha infatti natura dichiarativa e non costitutiva.

---

(85) Traccia di tale dibattito si ritrova già in FIORE, *Diritto internazionale privato* cit., n. 1075 che propende per la legge del luogo di esecuzione del pagamento, nonché conclusivamente GIARDINA, *Gli interessi: conflitti di leggi e diritto uniforme nella pratica giudiziaria e arbitrale internazionale*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, II, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Milano, 2009, p. 449 ss. V. altresì, in Francia, Cour de cassation, 7 gennaio 1929, in *Gaz. Pal.*, 1929, 1, p. 575, (contratto di vendita regolato dalla legge russa); App. Paris, 19 aprile 1905, in *Revue critique*, 1905, p. 304; Cour de cassation, 6 luglio 1959, *ibidem*, 1959, p. 708, con nota di BATIFFOL. Propende giustamente per la *lex contractus*, nel «sistema» della convenzione di Roma del 1980, LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats aprés l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *ibidem*, 1991, p. 333 ss., ed il medesimo ragionamento vale anche per il regolamento Roma I.

Quanto al tasso degli interessi occorre, per le medesime ragioni, fare riferimento alla *lex contractus* in quanto è la legge regolatrice dell'obbligazione di pagamento che stabilisce il tasso d'interesse legale e regola la tipologia stessa degli interessi (se compensativi, convenzionali o moratori), il momento della loro decorrenza (ad es. a partire dalla messa in mora del debitore), nonché le questioni attinenti all'anatocismo. Ciò vale in modo particolare qualora le parti non abbiano pattuito alcun tasso d'interesse per l'obbligazione di pagamento, oppure abbiano rinviato al tasso ufficiale di sconto di un dato Paese o all'interesse legale, senza alcun altro riferimento specifico. (86)

Qualora però vi fosse una divergenza tra la valuta dedotta in contratto e la *lex contractus*, occorrerà interpretare il contratto per stabilire se la moneta indicata sia una mera moneta di conto. Resta ferma, ovviamente, l'interferenza delle norme di applicazione necessaria (ad es. in materia di usura).

Se il pagamento deve avvenire tramite credito documentario, (87) uno strumento di pagamento che viene di frequente utilizzato nel commercio internazionale, va osservato, *en passant*, che in dottrina non è mancato chi

---

(86) V. lodo ICC n. 7575, in *Clunet,* 2010, p. 1381: «l'arbitre a interrogé les parties à l'audience sur la question de savoir si les intérêts devaient être pris en compte, ou s'ils devaient être neutralisés pendant toute la durée de l'embargo. La demanderesse a considéré que les intérêts n 'avaient cessé de courir, la défenderesse a soutenu la thèse inverse. La question est fort délicate, car elle n 'est pas réglée par les divers droits auxquels les parties se sont référées (droit suisse et dispositions impératives des droits italien et yougoslave). Par ailleurs, l'arbitre ne considère pas qu'il existe en la matière un usage ou une règle spécifique quelconque du commerce international… Il doit être relevé dans un sens que l'embargo empêche, non les intérêts de courir, mais leur versement, car il interdit tout transfert de fonds vers le pays cible de l'embargo. En revanche et comme l'a relevé le conseil de la demanderesse durant l'audience, rien n 'empêche le ressortissant du pays touché par l'embargo de payer les sommes qu 'il doit... Tout au long de la période d'embargo, les parties ont été empêchées de traiter ensemble dans des conditions normales; il ne paraît pas de bonne justice à l'arbitre de faire peser sur une partie le coût de l'embargo, mais il lui paraît également de bonne justice d'éviter que celui-ci ne se transforme en aubaine pour une partie, en lui permettant en définitive de s'exonérer à bon compte de son défaut d'exécution. En considération des éléments qui précèdent, l'arbitre considère que les intérêts qui seront retenus devront être destinés à neutraliser l'érosion monétaire et donc à éviter que la partie qui s'est vue privée de fonds qui en définitive lui revenaient soit pénalisée. Pour parvenir à cette fin, l'arbitre considère qu'il doit retenir la solution selon laquelle les intérêts ont continué à courir pendant la période couverte par l'embargo, mais le taux d'intérêt annuel doit être raisonnable. En l'absence de taux contractuellement choisi par les parties, l'arbitre retiendra ici un taux de 6%. Ce taux est applicable à toutes les créances reconnues au profit de l'une ou de l'autre des parties, dès lors que les intérêts ont été réclamés; le point de départ des intérêts est fixé à la date de la demande d'arbitrage, soit le ..., pour la créance de la partie demanderesse X et à la date de son premier mémoire, soit le ..., pour toute créance qui serait reconnue au profit de la partie défenderesse Y».

(87) In argomento si rinvia a MARRELLA, *Manuale* cit., p. 510 ss.

abbia indicato la *lex mercatoria* quale diritto applicabile agli interessi, essendo il credito documentario una sua creatura pressocché perfetta. (88)

Infine, in materia di *prescrizione*, entrano in gioco alcuni delicati meccanismi di d.i.p. ed altrettanti classici dibattiti circa la qualificazione sostanziale o meramente processuale di tale istituto. (89) Negli ordinamenti di *civil law* come il nostro, non si dubita che la materia della prescrizione attenga alla natura stessa delle obbligazioni contrattuali e pertanto debba essere regolata dalla *lex contractus*. Si argomenta, infatti, che una cosa sono i modi di estinzione delle obbligazioni (inclusi i termini e persino il potere delle parti di abbreviarli o prolungarli), come tali regolati dalla legge applicabile alla sostanza ed altra cosa è il diritto di azione che attiene al processo e, come tale, resta assoggettato alla *lex fori*. Ne segue altresì che, se la legge applicabile alla sostanza del contratto contiene speciali norme che prorogano la prescrizione in virtù della situazione (e della legislazione) di emergenza Covid-19, la *lex contractus* sarà vettore anche di queste norme.

Detto ragionamento è divenuto diritto positivo per effetto dell'art. 12 par.1 lett. *d* del regolamento Roma I, applicabile in tutti gli Stati membri della Unione europea.

Viceversa, in un giudizio in Italia ove la *lex contractus* sia straniera, non pare doversi applicare imperativamente la legislazione italiana di emergenza qualora le specifiche norme di quest'ultima legge prorogassero la prescrizione. Si perviene ad un opposto risultato solo se le norme italiane rivestono il carattere di normativa di applicazione necessaria della *lex fori*, come si vedrà d'appresso.

La questione, com'è noto, viene risolta alla stregua di una mera eccezione processuale, qualora la causa penda dinanzi ad un giudice di un Paese di *common law*, ad esempio, a Londra. (90) Fermo restando che una causa che iniziasse oggi in materia contrattuale dinanzi a giudici inglesi non può più essere risolta in base alle soluzioni del regolamento Roma I per effetto della *Brexit* (non più beneficiando dunque di una «qualifica-

---

(88) Cfr. la comunicazione al Comité français de droit international privé del 22 gennaio 1992 di SYNVET, *Lettres de crédit et les lettres de garantie en droit international privé*, il cui contenuto è riportato in RÉMERY, *Informations diverses*, in *Revue critique*, 1993, p. 201.

(89) GIARDINA, *La prescrizione in tema di vendite internazionali*, in *Studi in onore di M. Udina*, II, Milano, 1975, p. 1054 ss.; CASSONI, *La prescrizione estintiva e acquisitiva nel diritto internazionale privato italiano*, in *Jus*, 1984, p. 227 ss.; TONOLO, *La disciplina della prescrizione nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, in questa *Rivista*, 1999, p. 437 ss.

(90) FAUVARQUE-COSSON, *La prescription en droit international privé*, in *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 2005, pp. 235-272.

zione europea» in favore della *lex contractus*), ritengo che sia inevitabile la «resurrezione» della classica soluzione di *common law* e la riconduzione della materia della prescrizione alla *lex fori*.

Il medesimo ragionamento vale anche per la legge applicabile alla decadenza, fermo restando che la distinzione tra prescrizione e decadenza sono tipiche del diritto italiano e non si ritrovano nell'esperienza giuridica di altri Paesi, ripresentando anche qui il classico problema della qualificazione. (91) Senonché, per un giudice di uno Stato membro dell'Unione, la qualificazione dovrà essere «europea» in quanto sia la prescrizione che la decadenza vengono fatti rientrare nella *lex contractus* tramite il predetto art. 12 par. 1 lett. *d* del regolamento Roma I, applicabile in tutti gli Stati membri della UE.

Così, ad esempio, in Belgio, un regio decreto del 9 aprile 2020 (e successive modifiche) adottato a seguito dell'emergenza Covid-19 ha previsto la proroga sia dei termini di prescrizione, sia dei termini processuali dinanzi ai giudici civili belgi (ad esempio il termine per l'impugnazione di una sentenza). Ciò potrebbe indurre a ritenere che tutte le domande e i mezzi di ricorso proposti dinanzi ad un giudice civile belga beneficino di tale estensione. Ma così non è. Anche in Belgio, la dottrina e la giurisprudenza dominante hanno indicato che la prescrizione in materia civile è una questione di diritto sostanziale. Per contro, la proroga dei termini di ricorso dinanzi ad un giudice belga vale anche se la domanda in giudizio si basa su un contratto disciplinato dal diritto straniero. Queste ultime materie sono infatti considerate intrinsecamente connesse alla *lex fori*. (92)

15. Una volta esaminato il rapporto tra forza maggiore (od impossibilità sopravvenuta) e *lex contractus* e di come il Covid-19 possa divenire giuridicamente rilevante alla luce di quei parametri normativi e temporali, occorre ora presentare qualche considerazione circa la diversa questione della natura giuridica delle misure di emergenza adottate dal Governo a causa del Covid-19 e della loro autonoma rilevanza internazionalprivatistica.

Certo, le restrizioni provocate da tali misure emergenziali rientrano nella categoria delle norme imperative e pertanto, a tale titolo, si combineranno con la clausola di forza maggiore contenuta in un dato contratto

---

(91) Su cui, *inter multos*, cfr. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato* cit., p. 239 ss.; e DI BLASE, *Sull'interpretazione delle convenzioni e delle norme dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato*, in questa *Rivista*, 2020, pp. 5-32.

(92) RIGAUX, FALLON, *Droit international privé*, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 475.

internazionale e con le altre norme della *lex contractus,* anche in assenza di clausola di forza maggiore.

Ma un diverso ragionamento di d.i.p. vale qualora se ne volesse valutare la dimensione di norme di applicazione necessaria (93). Perché le misure di emergenza nazionale siano tali, occorre, ai sensi dell'art. 9 par. 1 del regolamento Roma I, che siano «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 rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento».

Tali norme unilaterali di uno Stato membro o dell'Unione determinano *iure proprio* il loro ambito di applicazione il quale prescinde, sia dalle norme di conflitto in vigore nella *lex fori*, sia dalla volontà delle parti.

E pur se, anche in materia contrattuale, dette norme non sono troppo dissimili da quelle di tutela dell'ordine pubblico del foro (art. 21 del regolamento Roma I e art. 16 della legge n. 218/1995), va ricordato che i loro effetti restano distinti risultando diversamente regolati tanto dal regolamento Roma I (art. 9), quanto dalla legge n. 218/1995 (art. 17). La clausola generale dell'ordine pubblico, infatti, opera per escludere l'applicazione di una legge straniera già dichiarata competente dalle norme di conflitto del foro nella misura in cui le norme straniere producano *in concreto* una manifesta violazione dell'ordine pubblico del foro. Le norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9 del regolamento Roma I, invece, sono «fattori di interferenza», ossia norme unilaterali dettagliate che operano a monte del ragionamento conflittualistico, indipendentemente dal contenuto della legge straniera che disciplina il rapporto giuridico in questione.

Alla luce di tali premesse, risulta evidente che, nella prospettiva dell'applicazione di norme di applicazione necessaria o di ordine pubblico del foro, i parametri tipici della forza maggiore o dell'impossibilità sopravvenuta (imprevedibilità, irresistibilità, inevitabilità, ecc.) non c'entrano più alcunché. Nell'ottica del giudice di uno Stato membro UE, si tratta di qualificare tali misure sulla base della loro origine ed ambito di applicazione, a prescindere dalle pattuizioni delle parti.

Può accadere, invece, che il giudice debba effettuare una distribuzione tra le norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9 del regolamento Roma I e le norme della *lex loci solutionis* di cui all'art. 12 par. 2 del

---

(93) Tra una letteratura vastissima cfr. MOSCONI, *Exceptions to the operation of choice of law rules*, in *Recueil des Cours*, t. 217, 1989, pp. 9-214 e CORDERO-MOSS, *Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, *ibidem*, t. 372, 2014, pp. 129-326.

medesimo regolamento. Tale ultima categoria di norme, infatti, attiene alle modalità di esecuzione delle obbligazioni contrattuali con riferimento alla «legge del Paese in cui ha luogo l'esecuzione».

Così, posto che le norme imperative di emergenza Covid-19 di uno Stato dato possono attenere alle «modalità di esecuzione» di una vendita internazionale, ne segue che occorrerà operare un contemperamento tra la *lex contractus* e la *lex loci executionis,* contemperamento che in passato la dottrina (94) aveva già attentamente rilevato con particolare riferimento ai rapporti tra pagamento del prezzo delle obbligazioni e normative di «diritto pubblico» in materia valutaria. E si tratta di questioni che la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 aveva già sinteticamente regolato all'art. 10 par. 2, – con formula oggi identica a quella del regolamento Roma I – e di cui troviamo una sintetica illustrazione nella celebre Relazione Giuliano-Lagarde. (95)

Quid delle norme di applicazione necessaria emanate in materia di Covid-19 da Stati terzi? È da ritenere che la «soglia di applicabilità» di eventuali decreti di emergenza di Stati terzi, da valutare alla stregua dell'art. 9 par. 3 del regolamento Roma I, sia molto alta, nonostante la formula a dir poco ermetica – ma si trattava di materia giuslavoristica – adottata dalla Corte di giustizia nel caso *Nikiforidis*. (96)

Insomma, l'analisi delle norme di applicazione necessaria dovrà essere effettuata con cautela da parte del giudice di uno Stato membro, separando

---

(94) In argomento v. in particolare CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, p. 302 ss.; e TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967.

(95) GIULIANO, LAGARDE, *Relazione* cit., *sub* Art. 10: «che cosa deve peraltro intendersi per "modalità di esecuzione" di una obbligazione? La nozione non sembra infatti avere un contenuto uniforme e preciso nei vari ordinamenti e nelle diverse trattazioni dottrinali. Il gruppo, per parte sua, ha preferito evitare di fornirne una definizione rigorosa. Di conseguenza, la qualifica della nozione di "modalità di esecuzione" di un'obbligazione verrà effettuata secondo la "lex fori". Fra le disposizioni che normalmente rientrano nella categoria delle modalità di esecuzione sembra comunque di poter menzionare la regolamentazione dei giorni festivi, le norme sulle modalità di esame della merce e le misure da adottare in caso di rifiuto della merce stessa».

(96) Corte di giustizia, 18 ottobre 2016, in causa C-135/15, *Republik Griechenland c. Grigorios Nikiforidis*, punto 55: «l'articolo 9, paragrafo 3, del regolamento Roma I deve essere interpretato nel senso che esso esclude che norme di applicazione necessaria diverse da quelle dello Stato del foro, o dello Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, possano essere applicate, in quanto norme giuridiche, dal giudice del foro, ma non osta a che quest'ultimo prenda in considerazione siffatte altre norme di applicazione necessaria in quanto elementi di fatto nei limiti in cui ciò è previsto dal diritto nazionale applicabile al contratto in forza delle disposizioni di tale regolamento». In argomento v. BOLLÉE, *La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I*, in *Mélanges B. Ancel*, Paris-Madrid, 2018, p. 203 ss.

le varie materie ed esaminando le reali scelte del legislatore occasionate dall'epidemia da Covid-19 propendendo per una soluzione positiva in caso di controlli sanitari e fitosanitari della merce compravenduta adottati dallo Stato di importazione, o ancora delle misure di blocco delle esportazioni (come si è già visto a proposito dei vaccini) di determinate merci. Più delicata diviene però l'analisi non appena si consideri che alcune misure di urgenza riguardano soltanto alcune clausole, talune categorie di imprese tassativamente definite o taluni tipi di contratti, di modo che non tutti gli operatori economici sono stati oggetto di tali misure governative emergenziali, pur se subiscono le conseguenze del Covid-19. In ultima analisi, al di là del *pathos* da Covid, non va nemmeno sottaciuto che le stesse norme statali in materia di forza maggiore non sono – praticamente ovunque nel mondo – di applicazione necessaria, né fanno parte dell'ordine pubblico. (97)

Da altro punto di vista, all'interprete potrà essere utile esaminare anche l'esperienza giurisprudenziale in materia di misure restrittive dell'Unione europea in materia di embargo per meglio cogliere il senso ed inquadrare, *mutatis mutandis*, le misure di emergenza adottate da ciascun Governo e dall'Unione europea a causa del Covid-19. Ciò che conta, infatti, ai fini della qualificazione in norme di applicazione necessaria non è l'*occasio legis* ma la fonte, l'obiettivo, il carattere e l'ambito di applicazione della normativa emergenziale adottata, nonché la partizione tra norme di applicazione necessaria della *lex fori* – che prevalgono – e quelle eventuali di Stati terzi.

Anche in prospettiva arbitrale, per quanto l'analisi delle norme di applicazione necessaria sia diversa, (98) non avendo gli arbitri una *lex fori* e non essendo affatto obbligati ad applicare il regolamento Roma I, in attesa della pubblicazione di specifici lodi a tale riguardo, la metodologia di analisi appare abbastanza assodata. (99)

---

(97) In argomento cfr. BÖCKSTIEGEL, *Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts*, in HORN (ed.), *Adaptation* cit., 1985, p. 160 ss.; e BERGER, BEHN, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, in *Mc Gill Journ. Dip. Res.*, 2019/2020, pp. 79-130.

(98) Tra una vasta letteratura v., in particolare, MARRELLA, *Manuale* cit., p. 349 ss.; MAYER, *Les lois de police*, in *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1988, pp. 105-120; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, SAVAGE, *Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague-Boston, 1999, par. 1515; RUBINO SAMMARTANO, *International Commercial Arbitration. Law and Practice*, 3rd ed., Huntington N.Y., 2014, p. 726 s.; LOQUIN, MANCIAUX (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, 2014, pp. 143-157, nonché PERREAU-SAUSSINE, LEMAIRE (dir.), *L'imperativité en droit international des affaires: questions d'actualité*, Paris, 2020.

(99) V., fra i tanti, il lodo ICC n. 7575, in *Clunet*, 2010, p. 1380: «l'arbitre constate tout d'abord qu'à la supposer démontrée, l'absence de commencement d'exécution d'un contrat

Si aggiunga persino che la valutazione giuridica di una misura governativa di *lockdown* e dei suoi effetti dovrà essere effettuata con particolare cautela. Il *lockdown*, infatti, può essere totale e parziale (in Italia abbiamo visto che potrebbe persino essere nazionale o regionale) e comunque è temporalmente limitato. Può incidere su un contratto di vendita ma anche solo sul contratto di trasporto merci. Per le norme di applicazione necessaria, la data critica – cioè il *dies a quo* e quello *ad quem* – non è quella dell'11 marzo 2020, data della dichiarazione internazionale di pandemia da parte del Direttore generale dell'OMS, bensì quella specifica (e variabile da Stato a Stato) della vigenza nazionale di ciascuna misura (o misure) di emergenza adottate da ciascun Paese e, *iure proprio*, dall'Unione europea.

Senonché, in caso di contenzioso transnazionale, è possibile anticipare che potrebbe venire in rilievo persino la legittimità costituzionale delle misure di emergenza adottate dagli Stati per combattere il Covid-19 e ciò anche qualora si trattasse di norme di applicazione necessaria. Nemmeno si può escludere in un prossimo futuro l'impugnazione delle misure di emergenza degli Stati membri dinanzi alla Corte di giustizia UE onde valutarne la compatibilità col diritto dell'Unione.

---

ne serait pas en soi une cause de résolution de celui-ci. Ensuite et en l'espèce, il convient de relever qu'il y eu effectivement un commencement d'exécution, puisqu'il est établi par les pièces versées au dossier que de la marchandise en provenance de l'Italie a effectivement été transportée en Yougoslavie. Les deux parties sont d'ailleurs convenues lors de l'audience (la défenderesse revenant ainsi sur ses premières écritures) que le contrat avait connu au moins un début d'exécution, puisque cinq factures correspondant à des expéditions avaient été émises et réglées. Cette constatation ne dispense cependant pas de se demander si un cas de force majeure a existé et s'il a été de nature à provoquer, non la suspension du contrat, mais sa résolution ou sa résiliation. Dès lors qu'il est constaté que des livraisons de marchandises ont bien eu lieu, on ne peut qu'en déduire que si un cas de force majeure s'est produit, il n'est intervenu qu 'en cours d'exécution du contrat et ne pourrait donc affecter que les obligations contractuelles non encore exécutées. Celles ici en cause sont relatives au paiement de la commission correspondant aux factures effectivement réglées à la défenderesse. Aujourd'hui, les sanctions internationales prise à l'encontre de la République socialiste fédérative de Yougoslavie ayant été levées, l'arbitre ne voit aucun élément permettant d'étayer l'existence d'une quelconque cause de force majeure relativement au lieu d'exécution du contrat». V. pure il lodo ICC n. 2478, in *Yearb. Comm. Arb.*, 1978, p. 222: «the cancellation of the export license by the Rumanian authorities undeniably constitutes a case of force majeure, both on the level of the general principles of law and on the level of Article 9 of the contract… However, Article 9 required the party invoking it to inform the other party without delay, in writing, of the occurrence of the event of force majeure and of the consequences which it intended to draw from it. Now, the Rumanian authorities' decision, dated May 10, 1973, was only made known to the other party, through the intermediary of the ICC Court of Arbitration, in an appendix to a letter dated November 29, 1973. The respondent thus lost the possibility of taking advantage of it with regard to the deliveries due during the second and third quarters of 1973».

Da uno studio del Parlamento europeo (100) è emerso infatti che, mentre in alcuni Stati membri la Costituzione prevede alcune norme sulla messa in stato di emergenza in caso di minacce esterne o interne consentendo una modifica temporanea del normale equilibrio dei poteri tra il potere esecutivo e quello legislativo (Francia, Germania, Polonia, Ungheria) a favore del primo, in altri Stati come l'Italia o il Belgio non si ritrovano delle norme analoghe di rango costituzionale. Nel primo gruppo di Stati, si è preferito persino non attivare i predetti meccanismi costituzionali (eccetto che in Spagna) preferendo, come nella seconda categoria di Stati, adottare delle misure legislative o governative di emergenza sanitaria. Ed allora, anche laddove si riesca a risolvere il problema internazionalprivatistico della loro natura o meno di norme di applicazione necessaria nel contesto della lotta al Covid-19, non è da escludere, nel breve e medio periodo, una vera e propria questione preliminare di costituzionalità in Italia ed in altri Stati membri.

Com'è noto, la Costituzione italiana del 1948 non stabilisce particolari norme per lo stato di emergenza o circa il trasferimento di poteri speciali al Governo in tempi di crisi. Anzi, *volentes nolentes*, la nostra storia costituzionale sembra proprio opporsi a ogni perdita di centralità del Parlamento. Fa eccezione l'art. 78 Cost. che, previa dichiarazione dello stato di guerra, attribuisce i poteri necessari al Governo. Ma si tratta di conflitti armati internazionali in senso classico e non di guerra ad un virus e ciò spiega il giudizio critico di molti tra i migliori costituzionalisti italiani rispetto alla prassi normativa adottata dal Governo Conte. Certo, l'ordinamento giuridico italiano, in circostanze eccezionali, consente al Governo di intervenire e di sostituirsi agli «organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali». Inoltre, in base all'art. 77 Cost., il Governo può adottare, sotto la propria autorità dei «decreti legge» in casi di necessità ed urgenza ma, com'è noto, la legalità dei decreti adottati dal Presidente del Consiglio sospensivi dei diritti costituzionalmente garantiti resta discutibile. Poi, a seguito della dichiarazione dello

(100) *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States*, PE 649.408, giugno 2020, in https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI(2020)649408_EN.pdf.

stato di emergenza nazionale deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, sono stati adottati numerosi provvedimenti normativi d'urgenza per fronteggiare le conseguenze della diffusione della Covid-19. Si tratta di almeno cinque decreti legge emanati a partire da febbraio e marzo 2020, con i quali, da un lato, sono state adottate misure di contenimento del contagio mediante una serie di limitazioni e restrizioni alle libertà e alle attività e, dall'altro, sono state introdotte azioni di sostegno per mitigare gli effetti negativi delle prime nonché interventi straordinari per rafforzare il Sistema sanitario nazionale. Di particolare interesse, è la norma di cui all'art. 91 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. decreto «cura Italia») il quale dispone che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 cod. civ., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». In caso di controversia, quindi, la norma impone di valutare se il rispetto delle misure normative di contenimento del virus possa secondo le circostanze essere un valido motivo di esonero da responsabilità contrattuale. Ma si tratta di una norma imperativa che non pare avere, *sic et simpliciter*, il carattere di una normativa di applicazione necessaria.

Occorre dunque verificare cosa e come il legislatore abbia regolato tramite le misure anti Covid-19 in ciascun Paese in cui si opera, con particolare riferimento alle norme che prevedono un «blocco» in materia contrattuale (dal blocco dei licenziamenti al blocco dei contratti aventi ad oggetto determinate merci) valutandone il diverso impatto, vuoi alla stregua di una clausola contrattuale di forza maggiore e della *lex contractus*, vuoi alla stregua di eventuali normative di applicazione necessaria.

Insomma, tutto quanto sopra considerato, sembra prudente presumere che ciascun legislatore nazionale abbia emanato le misure di emergenza post Covid al fine di regolare i contratti nazionali e non quelli internazionali, salvo quelle disposizioni che incidono specificamente sul commercio con l'estero quali, ad esempio, il blocco temporaneo delle esportazioni di mascherine e di vaccini.

16. Alla fine della navigazione nel mare in tempesta agitato dal Covid-19, si è evidenziato che il d.i.p. offre i caposaldi necessari per esaminare la validità e gli effetti di qualunque clausola o situazione di forza maggiore in materia contrattuale internazionale. Molto spesso, le parti nell'esercizio della propria autonomia avranno cura di redigere una propria clausola di forza maggiore adattandola al programma economico di cui il loro

contratto risulta espressione. In una vendita internazionale, la *lex contractus* resta soggiacente alle pattuizioni delle parti, limitandole con le proprie poche norme imperative ed arricchendo il contratto di moltissime norme dispositive: così, in caso di assenza di clausola di forza maggiore, la disciplina in materia sarà fornita direttamente dalla *lex contractus*. E sempre la *lex contractus* opererà in caso di assenza di scelta del diritto applicabile al contratto; persino nel caso in cui una controversia vertesse solo sul significato, gli effetti ed i limiti di una clausola di forza maggiore scritta dalle parti in un contratto privo di designazione di legge applicabile.

Quanto alle norme sullo stato di emergenza emanate dai Governi e dalla stessa Unione europea in occasione del Covid-19 occorre procedere ad una loro qualificazione autonoma a prescindere dalla *lex contractus* e persino da quanto indicato dalle parti nella clausola di forza maggiore. L'esito di tale qualificazione autonoma può condurre senz'altro a concludere che si tratta di norme di applicazione necessaria ma tale analisi va condotta senza fretta e con cautela potendosi trattare di norme incidenti meramente sulle «modalità di esecuzione» delle obbligazioni contrattuali. Del resto, per misurare tutti gli effetti del Covid-19 su un'operazione economica di esportazione, oltre alle considerazioni che abbiamo presentato con riferimento al contratto principale che è quello di vendita, va ricordato che il Covid-19 può colpire singolarmente o congiuntamente anche uno o più contratti che realizzano le operazioni accessorie alla vendita come il contratto di trasporto, di assicurazione delle merci stesse e, seppure per il momento solo in teoria, anche del meccanismo di pagamento prescelto. Tali negozi accessori risultano collegati a quello di vendita internazionale per effetto di clausole come gli Incoterms elaborate dalla ICC. (101) Pertanto, al fine di una valutazione complessiva, occorrerà esaminare anche le pattuizioni e la *lex contractus* di ciascun rapporto accessorio onde valutare i presupposti e gli effetti del Covid-19 sulle obbligazioni nascenti da tali rapporti. (102)

ABSTRACT: *For centuries, national legal systems have recognised both the principle* pacta sunt servanda *and its exceptions,* i.e. *the* rebus sic stantibus *and* ad impossibilia nemo tenetur *principles. However, the manner in which these basic rules operate varies in the landscape of comparative law. The unforeseeable change of circumstances is among the most relevant issues for*

(101) MARRELLA, *Manuale* cit., p. 250 ss.

(102) In argomento v. in generale GIARDINA, *Les contrats liés en droit international privé*, in *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1995-1998, p. 97 ss.

international contracts. For this reason, international commercial practice has provided some standard solutions. The Vienna Convention on the International Sale of Goods (CISG) of 11 April 1980 is among the instruments that provide some uniform law solutions: however, these are not satisfactory when compared to modern commercial practice and the potential litigation arising from the Covid-19 pandemic crisis. In this context, legal doctrine on the private international law aspects of force majeure *also seems scarce. This article explores some of the most pressing private international law issues arising from the impact of the Covid-19 pandemic on cross-border B2B contracts. Notably, it analyses the choice of the* lex contractus *and its scope in relation to force majeure, addressing issues of causation, penalty clauses, evidence (with particular reference to "*force majeure *certificates" imposed by some governments), payment, and overriding mandatory rules.*