



HAL
open science

L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto

Riccardo Fornasari

► **To cite this version:**

Riccardo Fornasari. L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto. *Contratto e impresa*, 2016, 22 (3), pp.836-869. hal-01915963

HAL Id: hal-01915963

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01915963>

Submitted on 8 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RICCARDO FORNASARI

L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Inquadramento e definizione di *hardship*. – 3. Le prime pronunce arbitrali sul tema. – 4. Le decisioni che fanno riferimento ai PICC. – 5. L'interpretazione estensiva dell'art. 79 CISG. – 6. Un tentativo di interpretazione.

1. – «Una volta che convenzioni sono state stipulate, tutto ciò che vi è pattuito ha valore di legge tra le parti che le hanno concluse» ⁽¹⁾, affermava Domat. L'espressione sancisce il dogma della «signoria della volontà» ⁽²⁾, che garantisce pieno riconoscimento al potere vincolante dei contratti stipulati dalle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Tuttavia il principio *pacta sunt servanda*, principio cardine del diritto contrattuale francese intorno al quale ruota tutto l'impianto del Code Napoléon, non è assoluto, ma trova invece una limitazione nel principio *rebus sic stantibus* ⁽³⁾. Tali regole entrano in relazione, sovente in maniera conflittuale, quando l'equilibrio sinallagmatico del contratto, così come stabilito dalle parti al momento della conclusione del negozio, viene radicalmente

⁽¹⁾ DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, 1re partie, livre I, titre I, sect. 2, n. 7.

⁽²⁾ RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1961.

⁽³⁾ Le origini del principio *pacta sunt servanda* sono controverse: facendo leva su una interpretazione estensiva di un passo del Digesto (D. 2.14.7.7) e sulla regola *pacta conventa servabo* contenuta nell'editto pretorio, si è affermato che le sue radici sono rinvenibili già nel diritto romano; al contrario, prendendo le mosse dalla regola *ex nudo pacto, actio non nascitur*, si è sostenuto che il principio sia stato inventato dai canonisti medievali. Per quanto riguarda invece il principio *rebus sic stantibus*, le sue origini sono da rinvenire nel diritto canonico. Entrambi i principi avevano tuttavia funzioni differenti da quelle svolte nel diritto contrattuale moderno e contemporaneo. Per una analisi storica si vedano: MAZZACANO, *Force majeure, impossibility, frustration and the like: excuses for non-performance; the historical origins and development of an autonomous commercial norm in the CISG*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2011, 2; DALLA, *Pacta servabo, pacta servanda*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano, vol. I, 2008, p. 815-826; MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, Torino, vol. II, 2010, p. 21 ss.; SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, p. 116-118; ROPPO, *Trattato del contratto*, Milano, vol. V, 2006, p. 615-618.

modificato a causa della sopravvenienza di un accadimento imprevedibile al momento della stipulazione.

Il tema del cambiamento sostanziale delle circostanze durante l'esecuzione del contratto inizia ad essere centrale nelle pratiche mercantili, soprattutto transnazionali, all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso. Essa è infatti legata all'instabilità del contesto economico ⁽⁴⁾ ed agli innumerevoli imprevisti (anche commerciali, come quelli legati alla volatilità dei prezzi o del tasso di cambio) che possono verificarsi nel corso della relazione contrattuale. Risulta così scontato che il terreno che vede il maggiore sviluppo delle clausole di *hardship* (volte a regolare situazioni in cui vi è stato un radicale mutamento delle circostanze) è quello dei contratti di lunga durata ⁽⁵⁾, che possono essere soggetti ad una molteplicità di imprevisti. Per rimediare a tali situazioni, gli operatori del commercio hanno sviluppato, nella pratica, una serie di clausole contrattuali volte, per quanto possibile, a limitare gli effetti negativi che possono incidere sull'esecuzione delle rispettive obbligazioni. La redazione di tali clausole non è, tuttavia, sempre agevole, sia a causa della difficoltà che deriva dal dover prevedere eventi futuri ed incerti, sia a causa dei sospetti che clausole volte a modificare l'equilibrio contrattuale possono indurre negli altri contraenti; inoltre, e questo è il nodo centrale della materia, le parti non sono, e non possono essere, in grado di prevedere tutti i possibili eventi che andranno ad incidere su di una relazione commerciale transnazionale di lunga durata. Da qui sorge la necessità di fornire determinati strumenti affinché si possa porre rimedio a tali situazioni, anche nel caso in cui le parti non abbiano redatto specifiche clausole contrattuali.

Sulla scia di una pratica contrattuale sempre più diffusa, i collegi arbitrali internazionali, trovandosi a decidere controversie aventi ad oggetto il radicale mutamento dell'equilibrio contrattuale, hanno sviluppato soluzioni originali. Basandosi su principi generali del diritto (soprattutto il principio di buona fede), e su clausole di scelta della legge applicabile redatte in maniera «aperta» ⁽⁶⁾, potendo approfittare di una maggiore libertà rispetto ai giudici nazionali circa le norme applicabili, essi hanno dapprima sancito un dovere di rinegoziazione del contratto ed in seguito,

⁽⁴⁾ FONTAINE, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, Paris, *Forum européen de la communication*, 1989, p. 254.

⁽⁵⁾ MOISAN, *Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision*, in *Les Cahiers de Droit*, 1994, 35, 2, p. 321.

⁽⁶⁾ Ci si riferisce alle clausole che indicano come legge applicabile la *lex mercatoria*, i principi generali del diritto, gli usi del commercio internazionale *et similia*.

soprattutto sulla base dei Principi *Unidroit* dei Contratti Commerciali Internazionali (PICC), sono giunti ad attribuirsi il potere di intervenire sul contratto risolvendolo o, addirittura, modificandolo. Si è così registrato un intervento degli *adjudicators* sempre più «invasivo» sulle pattuizioni negoziali, volto a rimediare agli effetti di quegli eventi ai quali non è possibile provvedere tramite specifiche disposizioni di diritto positivo: l'intervento giudiziale, «commercialmente orientato» (7), finalizzato alla risoluzione di una specifica controversia, si è sempre più espanso, sino a giungere a modificare le clausole contrattuali (8) e, quindi, l'allocazione del rischio effettuata dalle parti (9).

L'obiettivo della presente analisi consiste proprio nell'esaminare decisioni arbitrali (ed alcune sentenze nazionali) che, pronunciando su tale materia, sono intervenute sull'equilibrio contrattuale stabilito dalle parti, al fine di delineare lo sviluppo di norme transnazionali che trovano la propria base in un processo di *privatized law making* (10), che ha poi

(7) Il quale richiama il criterio di *common law* della *reasonable business person*.

(8) Per una riflessione sulla globalizzazione del diritto e sul nuovo ruolo del contratto e del giudice, cfr. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 93 ss. e p. 115 ss.

(9) Sul tema dell'allocazione del rischio e del contratto si vedano diffusamente, sia in relazione all'*hardship*, sia in un'ottica generale: TRIANTIS, *Contractual Allocation of Unknown Risks: a Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*, in *University of Toronto Law Journal*, 1992, 42 (4); GIAMPIERI, *Rischio Contrattuale in Common Law*, in questa *Rivista*, 1996, 2, p. 591; TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contracts*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 127 ss.; PATTERSON, *The Apportionment of Business Risks through Legal Devices*, in *Columbia Law Review*, 1924, 24, p. 335; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 1; SWAN, *The Allocation of Risk in the Analysis of Mistake and Frustration*, in *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 182; ALPA, voce *Rischio (dir. big.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1146; ATIYAH, *An Introduction to the law of contract*, 5^a ed., Oxford, 1995, p. 186 ss.

(10) Un'analisi critica del concetto di *lex mercatoria*, così come si è sviluppato ed è stato elaborato dagli anni Sessanta ad oggi ve ben oltre l'ambito della presente trattazione. Per avere un quadro generale sul tema si vedano SCHMITTHOFF, *The unification of the law of international trade*, in *Journal of Business Law*, 1968, p. 105-109; GOLDMAN, *Lex Mercatoria*, in *Forum Internationale* 3, pp. 3-7 (Nov. 1983). HATZIMIHAIL, *The many lives-and faces-of lex mercatoria: an Essay on the genealogy of international business law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2008, 71 (3). BREDIN, *La loi du juge*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, XXXVI, a cura di Fouchard, Kahn e Lyon-Caen Paris, LGDJ, 1984; DELAUME, *The myth of lex mercatoria and state contracts*, in *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, Thomas Carbonneau, 1990; LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, XXXVI, a cura di Fouchard, Kahn e Lyon-Caen Paris, LGDJ, 1984; MUSTILL, *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, in *Arbitration International*, 1988, 4; PAMBOUKIS, *Lex mercatoria: an international régime without state?*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 1993, 46; GOLDMAN, *The applicable law: general principles of law. The lex mercatoria*, in *Contemporary problems in inter-*

ricevuto l'avallo da parte dei legislatori e delle corti nazionali tramite il riconoscimento e l'esecuzione di tali sentenze. Partendo da una specifica norma, si vuol esaminare la tendenza degli *adjudicators*, riscontrata dapprima nella giurisprudenza dei collegi arbitrali internazionali e, in seguito, anche in quella delle corti nazionali, ad intervenire sul sinallagma negoziale che, privato dell'aura di sacralità e funzionalizzato a scelte di politica economica differenti rispetto a quelle dei codici liberali Ottocenteschi, non viene più ritenuto intangibile ed immodificabile.

Per fare ciò, è necessario innanzitutto provare a fornire una, seppur generale, definizione di *hardship* e delle clausole contrattuali che hanno trattato il problema. In secondo luogo saranno analizzate le pronunce che sono intervenute sul tema prima della pubblicazione dei PICC. In terzo luogo si analizzeranno lodi arbitrali e sentenze nazionali che hanno deciso casi simili riferendosi ai PICC. In quarto luogo, si esaminerà l'interpretazione estensiva che è stata data dell'art. 79 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Contratti di Compravendita Internazionale di Beni Mobili (CISG), la quale amplia notevolmente l'ambito originario della disposizione e conferisce al giudice il potere di sindacare l'equilibrio contrattuale. Infine si proverà ad inquadrare lo sviluppo e l'accentuazione del protagonismo giudiziale in materia contrattuale, cercando di cogliere una prospettiva più ampia dello sviluppo del diritto contrattuale transnazionale.

national arbitration, a cura di Lew, 1986; HORN, *The use of transnational law in the contract law of international trade and finance*, in *The practice of transnational law*, a cura di Berger, Alphen aan den Rijn, 2001, p. 14; TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past To Present, Local To Global*, in *Sidney Law Review*, 2008, 30, 3, p. 375. Nell'ottica di una ricostruzione storica, si consigliano, e.g., GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; STRENTRENGER, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, in *Recueil des cours*, 1991, p. 207; BERMAN, *The Law of International Commercial Transactions (lex mercatoria)*, in *A lawyer's guide to international business transactions: the law of international commercial transactions (lex mercatoria)*, a cura di Surrey, e Wallace, Philadelphia, 1983; DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, London, 1992; BAKER, *The Law Merchant and the Common Law Before 1700*, in *Cambridge Law Journal*, 1979, 38; in una chiave critica, che mira a decostruire la *romance* della *lex mercatoria*: CORDES, *The search for a medieval lex mercatoria*, in *Oxford University Comparative Law Forum*, 2003, 5, disponibile su Internet all'indirizzo <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml>; DONAHUE, *Benvenuto Straccàs de mercatura: was there a lex mercatoria in sixteenth-century Italy?*, in *From lex mercatoria to commercial law*, a cura di Piergiovanni, Berlino, 2005; DONAHUE, *Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica*, in *Chicago Journal of International Law*, 2004, 5; SACHS, *From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval «Law Merchant»*, in *American University International Law Review*, 2006, 21(5); VOLCKART, MANGELS, *Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?*, in *Southern Economic Journal*, 1999, 65(3).

2. – Preliminarmente, è necessario tentare di definire ed inquadrare ciò che costituisce un mutamento delle circostanze poste alla base del contratto tale da integrare gli estremi della figura dell'*hardship*. Tale compito è assai oneroso per una serie di motivi. Innanzitutto, poiché il mutamento delle circostanze è una questione eminentemente fattuale, che richiede un'analisi pragmatica attinente ad ogni specifico caso concreto. In secondo luogo, perché tale analisi non deve limitarsi alla disamina delle circostanze fattuali, ma deve parametrare gli avvenimenti in base alle parti in causa ed al contratto rispetto al quale il mutamento deve essere valutato. Infine perché l'*hardship* è sovente oggetto di una o più clausole contrattuali: in questi casi, se risulta meno problematico stabilire la disciplina giuridica applicabile (anche se la validità e l'applicazione di tali clausole è, a volte, difficoltosa nelle corti di *common law*), è tuttavia necessario stabilire se siano presenti i requisiti posti dalla clausola. In tali casi sono le parti a stabilire direttamente cosa costituisca *hardship*; tuttavia la genericità e, a volte, l'ambiguità del testo contrattuale impegna il giudice in una difficile e faticosa attività ermeneutica di ricostruzione della volontà dei contraenti.

Il nucleo fondamentale dell'*hardship* è costituito dalla verifica di eventi che modifichino talmente l'equilibrio economico del contratto da renderlo estremamente oneroso per una delle parti, senza tuttavia causare l'impossibilità della prestazione ⁽¹¹⁾. Non vi è una definizione universalmente valida in un testo di diritto internazionale cogente che stabilisca gli elementi fondamentali della fattispecie dell'*hardship*; tuttavia, la pratica contrattuale e vari testi di *soft law* ⁽¹²⁾ destinati agli operatori del commercio internazionale permettono di identificarne i caratteri in maniera abbastanza chiara (tenendo sempre a mente che, laddove l'*hardship* sia oggetto di una specifica clausola contrattuale, sarà quest'ultima il riferimento di base per definirne gli elementi).

L'elemento essenziale è l'alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale, così come estrinsecato dalle prestazioni reciprocamente pattuite nel contratto, che si può sostanziare sia nell'aumento del costo della prestazione, sia nella diminuzione del valore della controprestazione. Cosa integri gli estremi di un'alterazione fondamentale è un problema fattuale, non

⁽¹¹⁾ Si veda diffusamente KONARSKI, *Force majeure and hardship clauses in international contractual practice*, in *International Business Law Journal*, 2003, 4.

⁽¹²⁾ Si vedano in particolare gli *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 2010, UNIDROIT, 2010 (Art. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3; i *Principles of European Contract Law* (art. 6: 111 (1)-(2) e la *International Chamber of Commerce Hardship Clause* 2003.

predeterminabile; essa può essere la conseguenza sia di un drastico cambiamento nelle condizioni del mercato, sia del radicale cambiamento della situazione in base alla quale la prestazione era stata contrattata (ad esempio la proibizione di costruire su un terreno acquistato proprio per il fine di costruire) ⁽¹³⁾.

Tale alterazione non deve essere stata presa in considerazione al momento della conclusione del contratto e deve verificarsi o essere conosciuta dalla parte svantaggiata solamente dopo la conclusione dell'accordo ⁽¹⁴⁾; il caso limite in cui il cambiamento sia iniziato prima della conclusione del contratto, e sia poi aumentato gradualmente fino a causare un'alterazione sostanziale si ritiene possa rientrare tra le ipotesi previste (la questione è rilevante per quanto riguarda il fenomeno dell'inflazione) ⁽¹⁵⁾.

Infine, l'evento deve essere completamente indipendente dal controllo della parte svantaggiata e questa non deve averne assunto il rischio; tale assunzione non deve obbligatoriamente risultare dal contratto, ma può anche derivare dalla natura stessa dell'accordo, come nel caso del contratto aleatorio ⁽¹⁶⁾.

Si noterà che i requisiti fondamentali dell'*hardship* sono assai simili a quelli che integrano la fattispecie della *force majeure* (*impossibility* o *frustration in common law*). La differenza principale sta nel fatto che l'*hardship* prevede una alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale, che tuttavia non rende la prestazione fisicamente impossibile; gli eventi che possono costituire *force majeure*, invece, rendono la prestazione materialmente ineseguibile. Nel caso concreto la distinzione non è tuttavia così facile da tracciare, e spetterà alla parte lesa decidere in base a quale fattispecie agire ⁽¹⁷⁾. Si sottolinea che gli effetti che ne derivano sono assai differenti, poiché la soluzione "naturale" che deriva dall'*hardship* è la rinegoziazione del contratto, e dunque la sua conservazione, mentre la

⁽¹³⁾ *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 2010, UNIDROIT, 2010, commento 2 (b).

⁽¹⁴⁾ *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 2010, UNIDROIT, 2010, commento 3 (a).

⁽¹⁵⁾ VARTUI, *Sopravvenienze imprevedute e responsabilità contrattuale*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011, 2, p. 50.

⁽¹⁶⁾ Questa l'opinione decisamente maggioritaria, sia in giurisprudenza, sia in dottrina. Si vedano al riguardo la sentenza dell'*Arbitration Court of the Japan Shipping Exchange*, YCA 20 sept. 1983, 153. Anche se proprio il *caractère speculatif* del contratto è stata la base per giustificare il suo adattamento nella sentenza arbitrale *Chambre de Commerce Internationale* n. 2291 de 1975, *Rec.* 1974-1985.

⁽¹⁷⁾ BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, *Alphen aan den Rijn*, 2009, p. 400.

force majeure conduce alla sua risoluzione. La distinzione, come si vedrà in seguito, è ulteriormente sfumata dalla controversa possibilità di applicare l'art. 79 CISG, che testualmente prevede solo il caso di *force majeure*, come base per l'applicazione della disciplina dell'*hardship*.

Dato che le disposizioni che si vogliono analizzare originano nelle pratiche del commercio transnazionale, è inoltre necessario fornire, seppur brevemente, un quadro generale di tali pratiche. Il compito è assai arduo e ovviamente non può aspirare alla completezza, poiché non vi sono elenchi degli usi condivisi dalle parti, e la maggior parte dei contratti e dei lodi arbitrali non sono resi pubblici. La pratica commerciale ha sviluppato tre tipi di clausole che prevedono l'adattamento del contratto al mutamento delle circostanze: le clausole di adattamento «automatico», quelle di adattamento «semiautomatico» e quelle di adattamento «non automatico».

La clausola di adattamento “automatico” prevede che, al verificarsi di determinate circostanze esplicitamente enumerate, il contratto sia adattato per l'appunto automaticamente, senza l'intervento di nessuna delle parti. Esempi classici di questo tipo di clausola sono la *most favored client clause*, che prevede il cambiamento del contratto nel caso in cui una delle parti riceva un'offerta più favorevole da un concorrente, o la *price indexation clause*, che prevede la modifica del prezzo al verificarsi di determinati eventi o al modificarsi di determinati parametri ⁽¹⁸⁾. Come affermato da Mousseron, le clausole di adattamento automatico istituiscono un meccanismo che «adatterà il contratto senza minarne la solidità, poiché nessun nuovo incontro delle volontà sarà necessario in quel secondo momento» ⁽¹⁹⁾, e, dunque, non creano incertezza rispetto alla volontà delle parti. La loro particolarità risiede nell'aver per oggetto avvenimenti prevedibili ⁽²⁰⁾, e proprio per questo si è messo in dubbio che tali clausole possano rientrare nella fattispecie dell'*hardship*, poiché tradizionalmente il concetto coinvolge avvenimenti che non permettono accordi *a priori* sulla rinegoziazione ⁽²¹⁾. Benché esse costituiscano casi limite ⁽²²⁾, è doveroso darne

⁽¹⁸⁾ Proprio il malfunzionamento di una di queste clausole è alla base del noto caso *Aluminum Co. of America (ALCOA) v. Essex Group, Inc.* 499 F. Supp. 53.

⁽¹⁹⁾ MOUSSERON, RAYNARD, SEUBE, *Technique contractuelle*, Paris, 1988, p. 529-550 (traduzione dell'autore).

⁽²⁰⁾ BOURDELOIS, *L'exécution du contrat international*, in *Dictionnaire Joly: pratique des contrats internationaux*, V, Paris, 1990, p. 4.

⁽²¹⁾ *Report of International Contracts Working Group* («Groupe de Travail Contrats Internationaux») *hardship provisions of 1975*, in *Droit des contrats internationaux, analyse et commentaire de clauses*, a cura di Fontaine, Paris, 1989.

⁽²²⁾ KONARSKI, *op. cit.*, n. 11, p. 421.

conto, poiché sottolineano la percezione da parte degli operatori del commercio della necessità dell'adeguamento del contratto al verificarsi di determinate circostanze.

Le clausole di adattamento «semiautomatico» differiscono dalle clausole appena analizzate per il fatto che non prevedono un adattamento del contratto istantaneo, indipendente da un nuovo atto di volontà o accordo, ma conferiscono il diritto di determinare tale mutamento, e richiedono dunque, per operare, un atto della parte in favore della quale esse sono previste. Esse possono avere ad oggetto l'opzione di scelta tra due obbligazioni alternative (come le c.d. *clauses d'obligations alternatives*), oppure avvenimenti simili a quelli già visti nel caso delle clausole di adattamento automatico, come l'offerta più vantaggiosa di un concorrente ⁽²³⁾. Dal punto di vista teorico, concernendo anch'essi eventi già prevedibili, presentano la stessa problematica già evidenziata.

Infine, le vere e proprie clausole di *hardship* o *imprévision* ⁽²⁴⁾, che non prevedono un adattamento automatico del contratto. Tali clausole hanno lo scopo di dare efficacia al principio *rebus sic stantibus*, proprio perché tale principio non trova riconoscimento esplicito nella maggior parte degli ordinamenti nazionali e poiché gli arbitri si sono rivelati assai restii a dare esecutività al dovere di rinegoziare o a risolvere il contratto nel caso di mutamento sostanziale delle circostanze. Ovviamente le pratiche commerciali hanno prodotto innumerevoli tipologie di clausole, di cui è assai difficile dare conto in maniera esaustiva; si prenderà come esempio il modello proposto dalla Camera del Commercio Internazionale (CCI l'acronimo francese, ICC quello inglese) per svolgere una prima disamina, e poi si analizzeranno le varianti più significative ⁽²⁵⁾.

La clausola dispone:

⁽²³⁾ MOISAN, *op. cit.*, n. 5, p. 309.

⁽²⁴⁾ Un esempio di clausola di *hardship*, tratto da DRAETTA, LAKE e NANDA, *Breach and adaptation of international contracts. An introduction to lex mercatoria*, Salem, 1992, p. 194 è il seguente: «qualora, durante l'esecuzione del contratto, dovessero verificarsi avvenimenti di carattere economico, politico o tecnico, che non erano stati previsti dalle parti e che non rientrano nella loro sfera di controllo, e che rendono l'esecuzione del contratto per una delle parti talmente onerosa (benché non impossibile) che il costo eccederebbe tutte le previsioni fatte dalle parti al momento della conclusione del contratto, la parte svantaggiata ha diritto ad un giusto rimedio, e può chiedere la revisione del contratto. Le parti discuteranno il problema e, nel caso in cui una soluzione bonaria non possa essere raggiunta, la parte svantaggiata può richiedere la risoluzione arbitrale della questione, in base alla clausola compromissoria del Contratto» (traduzione dell'autore).

⁽²⁵⁾ La problematicità creata dalla clausola di *hardship* è sottolineata dal fatto che la CCI ha fornito un modello solo nel 2003, mentre nelle versioni precedenti venivano dati solo suggerimenti per la sua redazione. Il modello per la clausola di *force majeure* invece era

«1. Ciascuna parte è tenuta ad eseguire le proprie obbligazioni contrattuali, anche qualora le circostanze ne abbiano reso l'esecuzione più onerosa di quanto fosse stato possibile prevedere al momento della conclusione del contratto.

2. Fermo restando quanto stabilito al paragrafo 1 di questa Clausola, nel caso in cui uno dei contraenti dimostri che:

[a] l'esecuzione delle proprie obbligazioni sia divenuta eccessivamente onerosa a causa di un evento non rientrante nella propria sfera di controllo, che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto; e che

[b] essa non avrebbe potuto ragionevolmente evitare o neutralizzare l'evento o le sue conseguenze,

le parti sono obbligate, entro un termine ragionevole dal momento in cui la Clausola sia stata invocata, a negoziare nuove previsioni contrattuali, che prendano ragionevolmente in conto le conseguenze dell'evento.

3. Nel caso in cui sia applicabile il paragrafo 2 della Clausola, ma previsioni contrattuali alternative, che prendano ragionevolmente in conto le conseguenze dell'evento, non siano state accettate, come previsto al paragrafo precedente, la parte che richiede l'applicazione della Clausola ha il diritto di risolvere il contratto» ⁽²⁶⁾.

Il comma 1 sul modello dei Principi *Unidroit*, richiama il principio *pacta sunt servanda* e chiarisce che la semplice maggiore onerosità della prestazione non costituisce, di per sé, *hardship*. La clausola è poi strutturata in due parti principali: la prima descrive l'evento che implica l'applicazione della clausola, la seconda stabilisce il regime giuridico applicabile in tali casi. L'operatività della clausola scatta al verificarsi di un mutamento sostanziale delle circostanze alla base del contratto: stabilire quali eventi integrino gli estremi di tale mutamento è il primo problema che le parti si trovano a fronteggiare; esso è, tuttavia, una questione fattuale, nel senso che è necessario analizzare se gli accadimenti possano essere sussunti nella fattispecie così come prevista dall'accordo negoziale. Il modello ribadisce che l'evento non doveva essere stato preso in considerazione dalle parti e che questo o le sue conseguenze non possano essere evitati o superati ⁽²⁷⁾.

già stato prodotto da tempo, mostrando una maggior diffusione e condivisione del relativo principio.

⁽²⁶⁾ ICC *Hardship Clause* 2003 (traduzione dell'autore).

⁽²⁷⁾ Si noti che il testo inglese recita «*taken into account*», espressione leggermente diversa dal più classico *to foresee*, che significa letteralmente prevedere. Il testo francese, invece, riporta *être raisonnablement prévu*. Vi è chi ha sottolineato, già molto prima dell'apparizione di tale modello, che l'imprevedibilità totale dell'evento non è un requisito

Una volta definita l'ipotesi, viene stabilito il regime applicabile. Come nella maggior parte delle clausole di *hardship*, è innanzitutto previsto un dovere di rinegoziazione ⁽²⁸⁾. Tale obbligazione si compone di due doveri specifici. In primo luogo, le parti devono effettivamente entrare in trattativa ⁽²⁹⁾. La parte che semplicemente si rifiuta di negoziare con l'altra sarà responsabile per i danni causati. In seguito, esse devono negoziare in buona fede al fine di raggiungere un riadattamento delle condizioni del contratto ⁽³⁰⁾. È necessario sottolineare che questa seconda obbligazione è un'obbligazione di mezzi, e non di risultato, poiché i contraenti non hanno il dovere di concludere un accordo ⁽³¹⁾, ma solo di trattare in buona fede al fine di raggiungerlo. Le offerte di modificazione devono essere offerte ragionevoli; si intende, cioè, che queste devono avere lo scopo di rimediare all'iniquità della prosecuzione del contratto (una volta intervenuti gli eventi modificativi) e non quello di rendere il contratto redditizio per l'autore della proposta ⁽³²⁾. Come affermato in un lodo arbitrale della CCI «La domanda di Y doveva tuttavia, secondo buona fede, essere limitata non solo a ciò che era ragionevole, ma anche a ciò che era strettamente ne-

imprescindibile affinché questo integri gli estremi dell'*hardship* (MOISAN, *op. cit.*, n. 5, p. 320; e KONARSKY, *op. cit.*, n. 11, p. 421); non crediamo che il testo della clausola elimini il requisito dell'imprevedibilità, ci sembra piuttosto che chiarisca che esso non dovesse essere stato ragionevolmente previsto dalle parti al momento del contratto, così da evitare un requisito troppo limitante, non adatto per le pratiche del commercio internazionale.

⁽²⁸⁾ Nel modello proposto dalla CCI non vi sono indicazioni sulla sorte delle obbligazioni contrattuali durante il periodo di rinegoziazione. Altre clausole invece contengono specifiche indicazioni, come la sospensione dell'esecuzione o, al contrario, il dovere di continuare l'esecuzione del contratto. Tali previsioni risultano estremamente importanti nei casi i cui la rinegoziazione necessita di tempi lunghi, oppure il mutamento delle circostanze sia particolarmente gravoso.

⁽²⁹⁾ JARROSSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in *Les principales clauses de contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, Aix-en-Provence, 1990, p. 150.

⁽³⁰⁾ L'estensione di tale dovere è descritto dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *North Sea Continental Shelf* «le parti hanno l'obbligazione di trattare al fine di raggiungere un accordo, e non semplicemente di svolgere un processo formale di negoziazione, come condizione necessaria per l'applicazione automatica di un certo metodo di limitazione della responsabilità in mancanza del raggiungimento dell'accordo; esse devono comportarsi in modo che la negoziazione risulti sensata, il che non accade quando ciascuna parte insiste sulla propria posizione originaria, senza contemplarne alcuna modifica» (traduzione dell'autore). (*I.C.J. Reports* 1969, p. 48). Sulla stessa linea già la Sentenza del 16 novembre 1957, *Affaire du Lac Lanoux* (Espagne c. France), *RSA*, vol. 12, p. 281 e 315.

⁽³¹⁾ MOISAN, *op. cit.*, n. 5, p. 327.

⁽³²⁾ HOTTE, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Paris, 2007, p. 188.

cessario affinché l'esecuzione del contratto non fosse manifestamente iniqua» (33).

Nel caso in cui la procedura di rinegoziazione non produca il risultato auspicato, vi sono tre ipotesi frequentemente previste (34). La prima è la previsione della sospensione o della risoluzione del contratto. La seconda è il ricorso al giudice competente. In questo caso egli dovrà giudicare sul fallimento delle trattative tra le parti nel raggiungere un accordo. Ad esso potrà essere conferito solo il potere di risolvere il contratto (come nel modello della clausola della CCI), oppure il potere di procedere lui stesso al suo adeguamento (come previsto dai PICC all'art. 6.2.3). Infine può essere previsto l'intervento di un terzo affinché questi ristabilisca l'equilibrio delle prestazioni. La pratica commerciale testimonia dunque un vasto utilizzo delle clausole di *hardship*, rese necessarie dall'instabilità economica a cui sono soggetti i contratti di lunga durata.

3. – Occorre quindi analizzare se tali pratiche, data la loro costanza e ripetizione, siano percepite come usi veri e propri e se il principio *rebus sic stantibus* assurga al livello di principio generale del diritto. Vi sono due modi differenti per dare efficacia al principio *rebus sic stantibus*: i collegi arbitrali possono semplicemente riconoscere una obbligazione di rinegoziazione, oppure possono spingersi fino a risolvere o riadattare essi stessi il contratto.

Saranno analizzati lodi arbitrali che hanno deciso controversie vertenti su tali questioni; in particolare, si prenderanno in considerazione decisioni di casi in cui le parti non avevano inserito nel contratto una clausola di *hardship* e, quindi, il collegio arbitrale non era esplicitamente autorizzato ad obbligare le parti a rinegoziare il contratto o, addirittura, a procedere egli stesso alla modifica dell'accordo. In via generale, si rileva che dalle sentenze arbitrali emerge un percorso evolutivo che inizia dagli anni Settanta, quando prevaleva una rigida interpretazione del testo, fino ad un progressivo bilanciamento del principio *pacta sunt servanda* con quello *rebus sic stantibus*. Le decisioni basate sui PICC (la prima versione è del 1994), che sicuramente rappresentano un passaggio molto importante di questa evoluzione, verranno analizzate nel prossimo paragrafo.

Come punto di partenza dell'analisi può essere preso un passaggio di un lodo arbitrale della ICC del 1971, che evidenzia le tensioni tra i due

(33) Sentence CCI n. 2508/1976 (traduzione dell'autore).

(34) PETER, *Arbitration and Renegotiation Clauses*, in *Journal of International Arbitration*, 1988, pp. 38-39.

principi e l'interpretazione restrittiva dell'*imprévision*: «è universalmente considerato che il principio “*Rebus sic stantibus*” si debba interpretare in maniera rigida e limitata, come una pericolosa eccezione al principio della *sanctity of contracts*. A prescindere dall'opinione od interpretazione che avvocati di diversi Paesi possono dare del concetto di mutamento delle circostanze come una esimente per la non esecuzione della prestazione, questi senza dubbio concorderanno sulla necessità di limitare l'applicazione della dottrina “*rebus sic stantibus*” (a cui a volte ci si riferisce come “*frustration*”, “*force majeure*”, “*imprévision*”, e simili) a casi in cui ragioni stringenti lo giustificano, considerando non solo il carattere fondamentale dei mutamenti, ma anche il particolare tipo di contratto coinvolto, i requisiti di correttezza ed equità e tutte le circostanze del caso» (35).

L'affermazione è significativa da due punti di vista. Innanzitutto testimonia l'atteggiamento estremamente restrittivo rispetto alla cause che possano giustificare la mancata esecuzione delle obbligazioni così come previste dal testo contrattuale. Al tempo stesso, tuttavia, riconosce l'esistenza della «*doctrine “rebus sic stantibus”*» e la rilevanza, in determinate situazioni, del cambiamento delle circostanze e degli effetti che ne derivano: gli arbitri si mostrano quindi consapevoli della problematicità e dell'importanza della tematica.

Il primo nodo da affrontare riguarda l'esistenza o meno di un'obbligazione di rinegoziazione. Nel caso in cui vi sia un mutamento sostanziale delle circostanze, la parte sulla quale ricade l'onere di tale cambiamento può pretendere che l'altra parte sieda al tavolo delle negoziazioni e discuta di un riadattamento del contratto? *Prima facie*, la risposta sembra negativa, poiché gli operatori del commercio internazionale, dei quali si presume la competenza professionale (36), sono consapevoli dei rischi che i contratti di lunga durata comportano. Inoltre, come si è già visto, numerose clausole contrattuali permettono l'adattamento automatico o la rinegoziazione del contratto; nel caso in cui le parti non lo abbiano previsto, significa che

(35) ICC Award No. 1512, YCA 1976, a 128 ss. (traduzione dell'autore).

(36) Sulla presunzione di competenza si vedano, *ex multis*, ICC Award No. 1512, YCA 1976, at 128 ss.; ICC Award No. 12456, Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011, at 811 ss., ICC Award No. 5346, Clunet 1991, at 1059 ss. In dottrina n. 2708 de 1976 *JDI* 1977, 943 obs. di Derains, a 1063 ss.; LOQUIN, *La réalité des usages du commerce international*, in *Revue Internationale de Droit Economique*, 2, 1989, p. 163 ss.; GAILLARD, SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, London, 1999, p. 1465. Sulla possibile contraddizione tra tale principio e l'art. 3.10. dei Principi *Unidroit*, che prevede la fattispecie della *gross disparity*, si veda YILDIRIM, *Subjective reasons of gross disparity and the presumption of professional competence: a contradiction in the lex mercatoria?* in *Elaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, 2008, 15(1).

esse hanno ritenuto più vantaggioso il non farlo. Da questo punto di vista, sarebbe irragionevole permettere ad una parte di rifiutare le conseguenze di un rischio che essa aveva accettato di assumersi ⁽³⁷⁾, imponendo all'altra parte un dovere di modificazione ⁽³⁸⁾.

Tale linea argomentativa, tuttavia, è stata numerose volte messa in discussione e la giurisprudenza arbitrale mostra che l'obbligazione di rinegoziazione è stata più volte riconosciuta. I principi cardine al centro dei lodi arbitrali che hanno riconosciuto tale obbligazione sono il principio di cooperazione e di esecuzione del contratto in buona fede ⁽³⁹⁾. Dalla dottrina è stata individuata una «obbligazione di cooperazione nel caso in cui sorgano ostacoli all'esecuzione del contratto» ⁽⁴⁰⁾, che comprende un'obbligazione di rinegoziare il contratto in buona fede. Tale obbligazione è stata riconosciuta anche da eminenti studiosi con un *background* di *common law* che, invece, non prevede né un'obbligazione di rinegoziazione, né una generale obbligazione di buona fede. Al riguardo Lord J. M. Mustill ha affermato che la *lex mercatoria* prevede una obbligazione di agire in buona fede nell'esecuzione del contratto ⁽⁴¹⁾. M. Sornarajah è giunto a sostenere che l'obbligazione di rinegoziazione, nel caso in cui non sia prevista del contratto, deve semplicemente essere dedotta dagli arbitri, al fine di promuovere una situazione nella quale gli obiettivi del contratto possano essere raggiunti ⁽⁴²⁾.

L'obbligazione è stata riconosciuta anche da numerosi lodi arbitrali della CCI ⁽⁴³⁾, che ne hanno identificato la fonte nel principio di buona fede. Il lodo 6219 del 1990 esprime il fondamento e il contenuto di tale

⁽³⁷⁾ L'idea che la parte si assuma tutti i rischi derivanti dall'accordo contrattuale è il punto debole dell'argomentazione, poiché l'*hardship* riguarda principalmente avvenimenti non prevedibili dalle parti al momento della conclusione del negozio.

⁽³⁸⁾ Sentence CCI n. 2404 de 1975, *Rec.* 1974-1985. In dottrina BERNARDINI, *Is the duty to cooperate in long-term contracts a substantive transnational rule in international commercial arbitration?*, in *Transnational rules in international commercial arbitration*, a cura di Gaillard, Paris, 1993, p. 137 e 140.

⁽³⁹⁾ Principi riconosciuti anche dai Principi *Unidroit* all'art. 1.7.

⁽⁴⁰⁾ DERAIS, *Les Tendances de la Jurisprudence arbitrale internationale*, in *Journal du Droit International*, 1993, 120, n. 37 (traduzione dell'autore). Sulla stessa linea JARVIN, *L'obligation de coopérer de bonne foi; exemples d'application au plan de l'arbitrage international*, *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, in *Les dossiers de l'Institut, CCI*, publication n. 440/1, 1986, p. 157, e LOQUIN, *op. cit.*, n. 36, p. 175 ss.; HORN, *op. cit.*, n. 10, in *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, a cura di Horn, Alphen aan den Rijn, 1985, p. 188.

⁽⁴¹⁾ MUSTILL, *op. cit.*, n. 10, p. 106.

⁽⁴²⁾ SORNARAJAH, *Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts*, in *Journal of International Arbitration*, 1988, 2, p. 109.

⁽⁴³⁾ Si vedano ICC Award No. 8365, Clunet 1997, at 1078 et seq., Sentence CCI n.

regola: «tale obbligazione deriva inoltre dai principi generali del diritto del commercio internazionale, che impongono alle parti, nel momento in cui l'esecuzione del contratto sia ostacolata da gravi difficoltà, di collaborare e cooperare attivamente per cercare i mezzi per superare tali difficoltà» (44).

Particolarmente rilevanti sono inoltre i casi di arbitrati sugli investimenti internazionali, in particolare i casi *Aminoil* e *North Sea Platform*. Nel caso *Aminoil* il collegio arbitrale, pur affermando che il caso non coinvolgesse direttamente l'applicazione del principio *rebus sic stantibus*, ha riconosciuto che vi sono avvenimenti che possono alterare la natura stessa del contratto: in tal caso, una clausola di stabilizzazione non potrebbe impedire che il contratto venga modificato in seguito a tali eventi (45). Nel caso *North Sea Platform* (46), invece, gli arbitri hanno specificato che l'obbligazione di rinegoziazione, pur essendo un'obbligazione di mezzi e non di risultato, deve essere eseguita in buona fede dalle parti, al fine di raggiungere un nuovo accordo.

L'obbligazione di negoziazione è infine rafforzata dal principio, globalmente riconosciuto, secondo il quale il creditore ha l'obbligo di minimizzare i danni causati dall'inadempimento contrattuale dell'altra parte (47). Tale correlazione emerge chiaramente nel testo del lodo CCI n.

2508 de 1976, *Rec.* 1974-1985, obs. Y. Derains, 293; Sentence CCI n. 4761 de 1987; Sentence CCI n. 2508 de 1976; Sentence CCI 2291 de 1975, *Rec.* 1974-1985.274-275.

(44) Sentence CCI n. 6219 de 1990, *JDI* 1990, 1047, obs. Y. Derains, 1051 (traduzione dell'autore).

(45) *Government of Kuwait v American Independent Oil Company*, Award of 24 mArch. 1982, pubblicato in (1984) 66 ILR 518. Inoltre, cfr. RIYADH, *Most Countries Permanent Sovereignty over Natural Resources and Protection of Foreign Investors: Some Reflections on the Recent Kuwait/Aminoil Arbitration Case*, in *Revue Egyptienne de Droit International*, 1983, 39, p. 35.

(46) I.C.J. Reports 1969.

(47) Anche in *common law* è stato formulato ed imposto, per la parte che sia vittima dell'inadempimento, un *duty to mitigate damages*. Un'ampia analisi dell'argomento è svolta in MCGREGOR, *McGregor on Damages*, London, 18th ed., 2009, p. 235 ss.; BEALE, *Chitty on contracts*, London, 31a ed., 2012, p. 1805 ss.; TREITEL, PEEL, *The Law of Contract*, London, 13a ed., 2010, p. 1062 ss.; BRIDGE, *The Sale of Goods*, Oxford, 2a ed., 2009, p. 768 ss.; un approccio economico al tema è invece sviluppato in GOETZ e SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, in *Virginia Law Review*, 1983, 69, 6, p. 967; MACINTOSH, FRYDENLUND, *An Investment Approach to a Theory of Contract Mitigation*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1987, 37, 2, p. 113; FENN, *Mitigation and the Correct Measure of Damage*, in *International Review of Law and Economics*, 1981, 1, 2, p. 223. Si vedano inoltre i casi: *British Westinghouse Co v Underground Ry* [1912] A.C. 673 at 679; *Payzu Ltd. v Saunders* [1919] 2 K.B. 581 (C.A.); *The Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605 (C.A.); *Hire and Sales Ltd v Ash Manor Cheese Company Ltd* [2013] EWCA civ. 548.

2478 del 1974, laddove gli arbitri hanno considerato, al fine di determinare l'ammontare dei danni dovuti al compratore, la proposta del venditore di modificare il prezzo, sostenendo che il compratore, rifiutando tale offerta, non aveva rispettato l'obbligazione di minimizzare i danni ricevuti⁽⁴⁸⁾. Concludendo questa disamina si può affermare che l'obbligazione di negoziazione ha assunto una propria autonomia, più volte riconosciuta nell'ambito del commercio internazionale⁽⁴⁹⁾.

I collegi arbitrali sono invece stati molto più cauti nell'autoattribuirsi il potere di risolvere o riadattare il contratto, senza che tale potere fosse stato loro conferito dalle parti o dal diritto applicabile nella controversia. Se l'obbligazione di rinegoziazione è infatti supportata non solo dal principio *rebus sic stantibus*, ma anche dal principio di buona fede e di cooperazione tra le parti, e si iscrive dunque nell'ambito dei principi generali del diritto, il potere di riadattamento del contratto riduce non solo l'operatività del principio *pacta sunt servanda*, ma va a riconfigurare dalle fondamenta il principio dell'autonomia delle parti e, al tempo stesso, comporta notevoli implicazioni circa il ruolo dei collegi arbitrali che, geneticamente, dovrebbero essere abilitati a giudicare sulla controversia proprio in virtù della volontà delle parti⁽⁵⁰⁾.

I lodi arbitrali registrati che hanno deliberato sul tema sono poco numerosi (anche se bisogna sempre ricordare che la maggior parte delle decisioni non vengono pubblicate) e hanno assunto orientamenti diversi. La maggior parte di essi ha scartato la possibilità dell'applicazione della teoria dell'*imprévision*, basandosi tuttavia su ragioni differenti. L'argomentazione più utilizzata consiste nel sostenere che, in caso di mancanza di una clausola di adeguamento del contratto, si deve ritenere che le parti, considerata la presunzione della loro professionalità, abbiano accettato i rischi

⁽⁴⁸⁾ Sentence CCI n. 2478 de 1974, *Rec.* 1974-1985.233 Obs. Y. Derains, 234. Il legame e le similitudini tra le due obbligazioni sono stati evidenziati anche da GOLDMAN, *La Lex Mercatoria dans les Contrats et l'Arbitrage Internationaux: Réalité et Perspectives*, in *Journal du Droit International*, 1979, p. 495; DIESSE, *L'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1999, 7, p. 748; Y. Derains ha parlato di «due aspetti di una sola obbligazione: quella di condurre in buona fede ogni rinegoziazione del contratto», in *Rec.* 1974-1985, 296 (traduzione dell'autore).

⁽⁴⁹⁾ Sentence CCI n. 2291 de 1975, *Rec.* 1974-1985. 274-275. LOQUIN, *op. cit.*, n. 36, p. 176 ss.

⁽⁵⁰⁾ Come sottolineato da GAUTIER, *L'arbitrage Quintette devant les juges de Colombie Britannique: la clause de hardship, invitation à l'ultra petita*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1991, 4, p. 620, il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato in materia di arbitrato internazionale è ancora più importante, poiché è proprio la volontà delle parti ad essere alla radice del potere di decidere la controversia degli arbitri.

derivanti da un possibile cambiamento di circostanze ⁽⁵¹⁾. Un lodo ha invece scartato l'applicazione dell'*imprévision* poiché, nel caso concreto, mancavano gli specifici requisiti richiesti, ma ne ha ammesso, pur in termini astratti, la possibile applicazione ⁽⁵²⁾. Alcuni lodi hanno ammesso l'operatività della clausola *rebus sic stantibus*, e dunque del potere degli arbitri di procedere all'adeguamento del contratto. Tali lodi però, pur affermando che la teoria dell'*hardship* è riconosciuta dalla *lex mercatoria*, sono stati emessi sulla base di un diritto nazionale e, dunque, non possono essere considerati determinanti ⁽⁵³⁾. Un altro lodo ha riconosciuto espressamente tale teoria, però gli arbitri erano stati incaricati di giudicare *ex aequo et bono* ⁽⁵⁴⁾; come già specificato, invece, la *lex mercatoria* in generale e la teoria dell'*hardship* nello specifico si sostanziano in veri e propri principi giuridici, e nessuna sovrapposizione deve essere effettuata tra le decisioni in diritto e quelle secondo equità ⁽⁵⁵⁾. Infine, in un ultimo caso, gli arbitri hanno proceduto, basandosi su di una interpretazione estremamente ampia di una clausola di revisione del prezzo, al suo adeguamento ⁽⁵⁶⁾.

Da questa disamina si può affermare che la teoria dell'*imprévision* non era certo affermata nell'ambito della *lex mercatoria* prima della redazione dei PICC e che raramente i collegi arbitrali si sono arrogati il potere di procedere alla modificazione del contratto, senza che tale potere fosse stato loro specificamente attribuito dalle parti. Tale atteggiamento estremamente restrittivo deriva dalle soluzioni offerte dai grandi sistemi di diritto nazionali ed in particolare dalla *common law* e dal *Code Civil* francese, entrambi estremamente rispettosi, seppur per ragioni parzialmente diverse, del principio *pacta sunt servanda*. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, dopo l'introduzione dei Principi *Unidroit* e le modifiche legislative dei singoli sistemi di diritto nazionali degli ultimi venti anni, la situazione è parzialmente cambiata.

⁽⁵¹⁾ Sentence CCI n. 2216 de 1974, *Recueil* 1974-1985, 224; n. 2404 de 1975, *Recueil* 1974-1985 280; n. 2508 de 1976, *Journal du Droit International* 1977, 939; n. 2708 de 1976 *Journal du Droit International* 1977, 943, *obs.* Y. Derains.

⁽⁵²⁾ Sentence CCI n. 1512 de 1971, *Rec.* 1974-1985. 206, *obs.* Y. Derains.

⁽⁵³⁾ Sono stati resi sulla base del diritto svizzero i lodi CCI 2508 de 1976 e n. 3267 de 1984 *YCA* 1987. 87, 109. Sulla base del diritto libico il lodo CCI n° 4761 de 1987, *Journal du Droit International* 1987. 1012, *obs.* S. Jarvin, 1015.

⁽⁵⁴⁾ Sentence du 2 juillet 1956, *S.E.E.E. c. République fédérale de Yougoslavie*, par Ripert et Panchaud, *JDI* 1959. 1074, *obs.* B.G.

⁽⁵⁵⁾ Per una sentenza che tratta il rapporto tra *imprévision* e *amicable composition* si veda *Richard Coderre v. Roger Coderre, Jocelyn Coderre and others*, Québec Court of Appeal, 500 settembre 016295-065; 405 novembre 001387-057, 11 March. 2008.

⁽⁵⁶⁾ Sentence CCI n. 2291 de 1975, *Rec.* 1974-1985. 274.

Bisogna però dare conto di una tendenza assunta già da tempo dai collegi arbitrali, che consiste nell'arrogarsi il diritto di riadattare il contratto nel caso in cui il terreno per tale potere sia conferito, più o meno espressamente, dal diritto nazionale applicabile, oppure da una ricostruzione ermeneutica espansiva delle clausole contrattuali. Per quanto riguarda casi del primo tipo, innanzitutto si può citare l'*Iran – US Claims Tribunal*, istituito per decidere sulle controversie in materia di investimenti internazionali sorte dopo la crisi politica che aveva attraversato il paese mediorientale. Vi è poi il caso svizzero, dove la Corte Suprema ha affermato che in base alla legge nazionale sull'arbitrato i collegi arbitrali possono colmare le lacune derivanti dal fallimento di un tentativo di rinegoziazione del contratto, sulla base della ricerca della volontà ipotetica delle parti ⁽⁵⁷⁾. Lo stesso potere era stato riconosciuto dalla Suprema Corte tedesca (anche se con la successiva riforma del BGB il problema è ampiamente superato) ⁽⁵⁸⁾.

La deduzione del potere di adeguare il contratto in base alle clausole negoziali, invece, segue un percorso ermeneutico differente: gli arbitri non si attribuiscono tale potere in base ad un testo normativo, ma in base alla volontà delle parti, così come ricostruita secondo una interpretazione «sistemica» del contratto. Esempio assai noto di questa tendenza è *l'affaire Quintette*. Dieci imprese giapponesi avevano firmato con una impresa canadese (Quintette Coal Ltd.) un contratto di lunga durata che aveva ad oggetto la fornitura di carbone. L'ammontare del prezzo era determinato da una quota fissa ed una variabile, calcolata sulla base di una clausola di indicizzazione. Oltre a tale clausola, era prevista una clausola di revisione del prezzo a determinate scadenze. Il contratto prevedeva infine altre due clausole in cui le parti si impegnavano a cooperare per risolvere le difficoltà che sarebbero potute sorgere da circostanze imprevedute e a negoziare in buona fede nel caso in cui si fosse verificato un cambiamento significativo della situazione del mercato del carbone. La legge scelta dalle parti era la legge della Colombia – Britannica ⁽⁵⁹⁾. Erano dunque stati previsti vari sistemi di modificazione del contratto, i quali però si basavano

⁽⁵⁷⁾ Swiss Supreme Court, 19 December 2001, *N.V. Belgische Scheepvaartmaatschappij – Compagnie Maritime Belge v. Distrigas*, *ASA Bulletin* 2002, 492.

⁽⁵⁸⁾ *Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Co. S.A. v. Okta Crude Oil Refinery AD* [2001] 2 Lloyd's Rep 76 (2001). Per un commento dei due casi si veda Si veda KROLL, *op. cit.*, n. 40, p. 456. Sulla riforma del BGB del 2002 cfr. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento*, in *questa rivista*, 2004, 2.

⁽⁵⁹⁾ Per il testo specifico delle clausole contrattuali si veda PRUJINER, *L'adaptation force du contrat par arbitrage*, in *McGill Law Journal*, 1992, p. 37.

sulla volontà e sulle negoziazioni in buona fede delle parti, e non su di un diretto intervento degli arbitri. Contrariamente alle aspettative, il prezzo del carbone aveva iniziato a diminuire, e dunque la parte giapponese chiedeva una diminuzione del prezzo sulla base della clausola di revisione. Non riuscendo a trovare un accordo, la parte giapponese dava inizio alla procedura arbitrale, chiedendo che gli arbitri stessi procedessero all'adeguamento del prezzo. Gli arbitri, combinando una clausola compromissoria redatta in termini ampi e le clausole di modificazione del prezzo contrattualmente previste, accoglievano la richiesta della parte giapponese e procedevano essi stessi al suo adeguamento, senza che tale potere fosse conferito loro dal contratto. Inoltre, essi non rideterminavano il prezzo in maniera definitiva, stabilendo un unico ammontare, ma ne imponevano ben dieci differenti, da applicarsi in maniera progressiva al fine di conformarsi ai mutamenti del mercato. Tale lodo veniva impugnato davanti alle corti competenti della Colombia Britannica, che tuttavia respingevano le richieste di *Quintette* e riconoscevano la validità del lodo ⁽⁶⁰⁾. Il caso è estremamente rilevante poiché il ragionamento degli arbitri si fonda non su di una clausola specifica, bensì su combinazione di clausole e, dunque, su di una ricostruzione ermeneutica estremamente espansiva, avallata dalle corti competenti a giudicare sulla validità del lodo ⁽⁶¹⁾.

4. – I PICC sono stati elaborati dal prestigioso istituto *Unidroit*, che opera per l'unificazione del diritto privato, e la loro prima versione è stata prodotta nel 1994. Sono seguite altre due versioni aggiornate, nel 2004 e nel 2010. La seconda versione introduce vari nuovi articoli rispetto alla prima, mentre la terza apporta solo qualche correzione. Tuttavia, le norme rilevanti ai fini della presente trattazione, ossia gli articoli sull'*hardship* (6.2.1, 6.2.2, 6.2.3) sono rimasti immutati sin dalla versione del 1994, segno di una loro positiva ricezione. Essi prevedono una fattispecie allora pressoché inesistente nei codici nazionali e la cui applicazione pratica, sulla base della *lex mercatoria*, era stata molto ristretta a causa, come si è visto, di una generale diffidenza dei collegi arbitrali.

Prima di analizzare le specifiche norme, al fine di comprenderne pienamente la portata ed il ruolo nel diritto del commercio internazionale, è necessario effettuare alcune considerazioni di carattere generale sui PICC

⁽⁶⁰⁾ Per le sentenze della Corte Suprema e della Corte d'Appello della Colombia-Britannica si vedano *Quintette Coal Ltd c. Nippon Steel Corp.* (1990), 47 B.C.L.R. (2d) 201 (S.C.), conf. par 50 B.C.L.R. (2d) 207, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.).

⁽⁶¹⁾ Per un commento del caso si veda GAUTIER, *op. cit.*, n. 50.

e sul loro ruolo, sia rispetto alla *lex mercatoria*, sia rispetto ai singoli ordinamenti nazionali.

Le trattazioni dottrinali sui PICC e sulla loro funzione sono davvero numerosissime, una disamina di tali opere va oltre l'ambito del presente lavoro e meriterebbe una trattazione a sé stante ⁽⁶²⁾. Tuttavia, ai fini dell'analisi che verrà tra poco svolta, merita un breve cenno il valore che i collegi arbitrali hanno attribuito ai PICC, in particolare circa la loro relazione con la *lex mercatoria* poiché, in molte delle decisioni che hanno dato applicazione alle norme di *hardship*, questa era stata individuata come diritto applicabile. Alcuni collegi hanno considerato i PICC come una codificazione delle regole di diritto commerciale internazionale. Le espressioni utilizzate per giustificare tale posizione sono le più varie: si è sostenuto che i PICC riaffermano i principi fondamentali universalmente accettati che vengono applicati generalmente dagli arbitri ⁽⁶³⁾; che essi prevedono regole ammesse in tutto il mondo nella pratica dei contratti internazionali, che sono delle regole di diritto ai sensi dell'articolo 21 (1) del regolamento dell'arbitrato della *Chambre de Commerce Internationale* ⁽⁶⁴⁾ o che sono l'espressione dei principi generali della *lex mercatoria* ⁽⁶⁵⁾; altri

⁽⁶²⁾ Per una disamina di alcune funzioni che si sono attribuite ai PICC, cfr. VOGENAUER, *Interpretation of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts by national courts*, in *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, a cura di Snijder e S. Vogenauer, Tubingen, 2009, p. 164; BONELL e LANDO, *Future prospects of the unification of contract law in Europe and worldwide*, in *Uniform Law Review*, 2013, 18(1); VOGENAUER, *Common Frame of reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts-Coexistence, Competition or Overkill of Soft Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2010, 6(2); JANSEN, *The making of legal authority*, Oxford, 2010, p. 42; BONELL, *CISG: European Contract Law and the Development of Contract Law Worldwide*, in *American Journal of Comparative Law*, 2008, 56, p. 16; LANDO, *The CISG and the UNIDROIT Principles in a Global Commercial Code*, in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, a cura di Delvaux et al., Paris, 2003; LANDO, *A Global Commercial Code [2004] RIW 161*; LANDO, *A vision of a future world contract law: impact of European and UNIDROIT Contract Principles*, in *Uniform Commercial Code Law Journal*, 37(2), 2004; LANDO, *CISG and its followers: a proposal to adopt some international principles of contract law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2005, 53(2).

⁽⁶³⁾ Così in ICC International Court of Arbitration, Genève, numero 9797, 28 luglio 2000 (*Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Cooperative*).

⁽⁶⁴⁾ Il quale prevede che «le parti sono libere di pattuire le regole di diritto che il tribunale arbitrale deve applicare al merito della controversia. In assenza di accordo, il tribunale arbitrale applica le regole di diritto che ritiene appropriate».

⁽⁶⁵⁾ ICC International Court of Arbitration, numero 7110, giugno 1995 (decisione finale che applica i PICC: ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 7110, aprile 1998); ICC International Court of Arbitration, Paris, numero 8264, aprile 1997; ICC International Court of Arbitration, Paris, numero 9474, febbraio 1999; ICC International Court of Arbitration, numero 10114, marzo 2000; Arbitration Institute of the Stockholm

ancora, infine, hanno semplicemente utilizzato i principi per stabilire le regole applicabili del diritto del commercio internazionale ⁽⁶⁶⁾. Altri collegi hanno invece assunto un atteggiamento più distaccato, sottolineando che alcune norme dei PICC rappresentano di sicuro principi generali del diritto, ma che, tuttavia, alcune norme si spingono oltre, giungendo a formulare principi che ancora non sono globalmente accettati ⁽⁶⁷⁾. Tale approccio ha condotto ad una applicazione restrittiva dei PICC, portando ad escludere alcune regole che, secondo il collegio arbitrale, non sono riconosciute dai commercianti ⁽⁶⁸⁾. Vi sono infine due decisioni in cui gli arbitri, adottando una opinione minoritaria, hanno applicato i PICC poiché essi, pur andando oltre i principi generali del diritto, contribuiscono all'arricchimento della *lex mercatoria* ⁽⁶⁹⁾ e poiché essi sarebbero divenuti usi del commercio internazionale ⁽⁷⁰⁾. I collegi arbitrali hanno dunque accolto in maniera piuttosto favorevole i PICC, considerandoli come un utile strumento per dedurre i principi generali del diritto e le regole della *lex mercatoria* ⁽⁷¹⁾.

Fatte le debite premesse, che permettono di inquadrare il ruolo dei PICC nel panorama normativo del commercio internazionale, si può ora passare alla disamina delle norme sull'*hardship*, caratterizzate da un'estrema originalità proprio per l'esplicita previsione della possibilità dell'intervento giudiziale sul contratto.

Tale disciplina si trova agli articoli 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, e, dunque, ancora nel capitolo dedicato all'esecuzione del contratto (ciò è rilevante

Chamber of Commerce, Court Stockholm, numero 117/1999, 00.00.2001; International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, numero 11/2002, 5 novembre 2002; si veda anche ICC International Court of Arbitration, numero 9875, gennaio 1999.

⁽⁶⁶⁾ ICC International Court of Arbitration, Paris, numero 8502, novembre 1996; ICC International Court of Arbitration, Paris, numero 7365/FMS, 5 maggio 1997 (*Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense System, Inc.*), confermato da United States District Court, S.D. California, numero 98-1165-B, 7 dicembre 1998; Ad Hoc Arbitration, New York (s.d.).

⁽⁶⁷⁾ ICC International Court of Arbitration, Paris, numero 7375, 5 giugno 1996; ICC International Court of Arbitration, numero 10422, 00.00.2001.

⁽⁶⁸⁾ Si veda ICC International Court of Arbitration, Paris, numero 8873, luglio 1997. Ciò è particolarmente interessante poiché la disposizione esclusa è proprio quella che prevede l'*hardship*.

⁽⁶⁹⁾ ICC International Court of Arbitration, numero 9875, gennaio 1999.

⁽⁷⁰⁾ *International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, n. 302/1997, 27 luglio 1999.

⁽⁷¹⁾ CHARPENTIER, *Les Principes d'Unidroit: une codification de la lex mercatoria?*, in *Les Cahiers de droit*, 2005, 46, 1-2, p. 203.

nella distinzione con la *force majeure*, che, invece, si trova nella sezione dedicata alla risoluzione del contratto).

Non si analizzeranno le singole disposizioni dei PICC sull'*hardship*, tema già affrontato in maniera esaustiva dalla dottrina. Ciò che qui interessa è, invece, vedere come tali disposizioni sono state applicate nella pratica, specialmente nei casi in cui gli arbitri si siano arrogati il potere di intervenire sul contratto, sia imponendo un dovere di rinegoziazione, sia procedendo essi stessi a modificare o risolvere il contratto. A soli fini riepilogativi, si richiameranno brevemente gli effetti previsti dagli articoli in questione nel caso in cui si verifichi l'*hardship*.

Innanzitutto, è previsto un dovere di rinegoziazione: tali operazioni devono essere svolte in buona fede ed in maniera costruttiva dalle parti⁽⁷²⁾; tuttavia l'obbligazione di rinegoziazione rimane un'obbligazione di mezzi, e non di risultato, quindi i contraenti non sono obbligati a trovare un accordo. Nel caso in cui la negoziazione fallisca, dopo un lasso di tempo ragionevole (criterio che dipenderà dalle specifiche circostanze e dalla difficoltà della trattativa) entrambe le parti possono ricorrere al giudice competente o, qualora abbiano stipulato una clausola compromissoria, all'arbitrato. Il giudice, nel caso in cui constati che l'*hardship* si sia effettivamente verificato, avrà due opzioni. Egli potrà in primo luogo risolvere il contratto, con termini e modalità da definire⁽⁷³⁾. In secondo luogo, ed è questa la disposizione che ci sembra più innovativa, il giudice può modificare il contratto al fine di ripristinare l'equilibrio precedente. Il giudice cercherà di distribuire le perdite in maniera equa tra le parti. In linea generale tale adeguamento non dovrà obbligatoriamente riflettere tutte le perdite causate dal mutamento delle circostanze, poiché il giudice dovrà considerare se e fino a che punto la parte si fosse assunta il rischio derivante da quegli specifici eventi.

Tale disposizione è particolarmente interessante per il ruolo che conferisce a coloro che sono chiamati a risolvere la controversia; un ruolo che va oltre quello semplicemente giurisdizionale, ed entra direttamente nel

⁽⁷²⁾ I principi di buona fede e correttezza (art. 1.7) e il dovere di cooperazione (art. 5.1.3) si applicano anche in questo caso. La parte che invoca la rinegoziazione non deve farlo nell'ottica di una manovra strumentale, e la parte a cui è richiesta non deve rifiutare la domanda *a priori*, limitandosi a fare ostruzione.

⁽⁷³⁾ Il commento 7 art. 6.2.3 evidenzia come in questo caso, dato che la risoluzione non dipende dall'inadempimento di una delle parti, gli effetti sulle prestazioni già eseguite possono essere diversi da quelli stabiliti dagli articoli che regolano la risoluzione in generale (art. 7.3.1. ss.).

rapporto contrattuale, conferendo addirittura il potere di modificare le pattuizioni delle parti. Sia il dogma della volontà, sia la *sanctity of contract*, sono relegati in secondo piano, laddove subentri l'esigenza di conservare un rapporto commerciale, ritenuto evidentemente proficuo non solo per i contraenti, ma per la *societas mercatorum* in generale ⁽⁷⁴⁾. Infine bisogna specificare che la disposizione conferisce tali poteri al giudice solo nel caso in cui il loro esercizio sia ragionevole. Nel caso in cui non lo sia egli non avrà altra scelta che invitare le parti ad ulteriori negoziazioni, o confermare il contratto nella sua versione originaria.

Come sottolineato nei precedenti paragrafi, l'obbligazione di rinegoziazione era ormai diffusamente riconosciuta, come diretta derivazione del principio *rebus sic stantibus*, mentre il potere di modificare il contratto non aveva ricevuto tali consensi da essere ritenuto esistente anche nel caso in cui le parti non avessero espressamente conferito al giudice tale potere. Possiamo dunque dire che con l'art. 6.2.3 i PICC non si limitano ad una semplice esplicitazione della *lex mercatoria*, ma svolgono una vera e propria funzione propulsiva, stabilendo una regola che, precedentemente, aveva ricevuto scarso riconoscimento.

Si effettuerà ora una disamina dei lodi e delle sentenze che hanno fatto riferimento agli articoli analizzati ⁽⁷⁵⁾. I lodi che hanno fatto riferimento a questi articoli sono molto numerosi e, nella maggioranza dei casi, a prescindere dal fatto che il giudice sia intervenuto o meno sul contratto (il che dipende dal fatto che si ritenga che gli eventi integranti l'*hardship* si siano effettivamente verificati), tali regole sono state ritenute applicabili: questo presuppone che le corti, sia arbitrali, sia nazionali, ritengano le regole poste dagli articoli in questione come appartenenti agli usi del commercio internazionale, e dunque siano comunque disponibili ad intervenire sul contratto.

I riferimenti all'art. 6.2.1 sono generalmente effettuati per argomentare che i requisiti necessari per l'applicazione dell'*hardship* non sono stati raggiunti. È interessante constatare che i riferimenti sono effettuati sia

⁽⁷⁴⁾ Sul rapporto tra *hardship*, disciplina giuridica e dottrina economica si ritornerà in seguito, quando si proverà a trarre alcune considerazioni di politica del diritto dagli argomenti studiati. Là si vedrà se è possibile tirare un *fil rouge* che lega neoliberalismo, volontà di ordinazione del reale nella sua complessità (il che comporterebbe una distinzione col liberismo classico del semplice *laissez-faire*) e il fatto che i sistemi giuridici occidentali abbiano sviluppato una fattispecie giuridica a loro apparentemente così estranea.

⁽⁷⁵⁾ Verranno utilizzate le pronunce raccolte sul *database unilex* (consultabile su *unilex.info*). Come ricorda anche la stessa pagina iniziale del sito, molti lodi arbitrali non sono pubblici, dunque l'applicazione di tali principi è sicuramente molto più ampia.

da tribunali arbitrali ⁽⁷⁶⁾, sia dalle corti nazionali ⁽⁷⁷⁾. Come si evince dal testo delle decisioni riportate, le corti fanno ricorso ai PICC al fine di trovare la soluzione giuridica più appropriata, anche quando dalle parti sia stata designata un'altra legge applicabile. Particolarmente interessanti sono due casi, uno deciso da una corte argentina ⁽⁷⁸⁾, un altro dalla Suprema Corte colombiana ⁽⁷⁹⁾. Nel primo caso, la Corte d'appello ha confermato la decisione della corte di primo grado, che aveva ordinato la modificazione del contratto: a causa della crisi economica argentina la moneta nazionale era stata fortemente svalutata e dunque il contratto di vendita di immobili, il cui prezzo era stato stabilito in dollari, era divenuto eccessivamente oneroso. La Corte d'Appello ha modificato il contratto e ne ha ordinato l'adempimento. Nel secondo caso, la Suprema Corte Colombiana, dopo aver condotto una lunga ed accurata analisi di diritto comparato, ha concluso che il principio *rebus sic stantibus* e di un potere di revisione del contratto doveva ritenersi parte della *lex mercatoria* e, quindi, doveva ritenersi riconosciuto anche dal diritto colombiano.

L'articolo 6.2.2, invece, riguarda la definizione di *hardship*, e la possibilità di sussumere gli eventi verificatisi in quella fattispecie. I lodi arbitrali e le sentenze di corti nazionali analizzano se gli eventi verificatisi corrispondano ai requisiti posti dalla norma: essi valutano quindi la radicalità del mutamento e gli effetti sul sinallagma contrattuale, l'accettazione del rischio, la prevedibilità dell'evento al momento della conclusione del negozio, il fatto che tale evento sia fuori dalla sfera di controllo della parte che lo subisce. Non si svolgerà qui un'analisi specifica delle singole decisioni, proprio perché, come detto, cosa costituisca *hardship* è un problema fattuale, che deve essere accertato caso per caso: è invece importante rilevare che le corti si riferiscono alla disciplina dell'*hardship*, grazie al

⁽⁷⁶⁾ ICC International Court of Arbitration, Zurich, n. 8486, settembre 1996; ICC International Court of Arbitration, n. 9479, febbraio 1999; Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (São Paulo, Brazil), n. 1/2008, 9 febbraio 2009; International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), n. ARB(AF)/98/1, 20 marzo 2000.

⁽⁷⁷⁾ Corti che appartengono a sistemi di diritto molto diversi: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala II (CCivComLaMatanza) (SalaII), 28 febbraio 2006; Corte Suprema de Justicia de Colombia, n. 11001-3103-040-2006-00537-01, 21 febbraio 2012; Kyiv Regional Commercial Court, n. 17/059/060/061-09, 7 ottobre 2009; Supreme Court of Lituania, n. 3K-3-612, 19 maggio 2003; Tribunal de Contas da União, n. TC 007.103/2007-7, 7 dicembre 2011.

⁽⁷⁸⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala II CCivComLaMatanza) (SalaII), 28 febbraio 2006.

⁽⁷⁹⁾ Corte Suprema de Justicia de Colombia, n. 11001-3103-040-2006-00537-01, 21 febbraio 2012.

riferimento dei PICC, considerandolo come un principio condiviso e diffuso, legittimante la modifica delle reciproche pattuizioni.

Estremamente interessante invece l'utilizzo che le corti hanno fatto dell'articolo 6.2.3. Innanzitutto, le decisioni riportate sono quasi tutte di collegi arbitrali. Ciò è probabilmente dovuto al fatto che le corti nazionali hanno fatto riferimento ai PICC per stabilire cosa costituisca *hardship*, ma non hanno trovato basi normative per attribuirsi il potere di porvi rimedio tramite fattispecie estranee ai singoli sistemi nazionali le quali, per di più, prevedono un potere del giudice estremamente «invasivo». È avvenuto un processo inverso, invece, per quanto riguarda i Collegi Arbitrali, che hanno sanzionato il comportamento delle parti sulla base dei PICC anche quando queste avevano scelto un diritto nazionale applicabile ⁽⁸⁰⁾.

Molte di queste decisioni hanno affermato che i PICC rappresentano gli usi del commercio internazionale, ricomprendendovi dunque anche la figura dell'*hardship*. Solo un lodo del 1997 (cioè tre anni dopo la pubblicazione della prima versione dei PICC) ha dichiarato che le disposizioni previste agli artt. 6.2.2 e 6.2.3 non corrispondevano, almeno fino a quel momento, ad usi del commercio generalmente riconosciuti ⁽⁸¹⁾.

Al contrario, la maggioranza degli altri lodi riportati considera i PICC nella loro interezza come una esplicitazione degli usi del commercio ⁽⁸²⁾ e, quindi, non esita ad applicare la disposizione dell'art. 6.2.3 ed, in parti-

⁽⁸⁰⁾ È il caso del lodo ICC International Court of Arbitration, numero 9994, 00 dicembre 2001. Le parti avevano scelto come diritto applicabile quello francese, che era sempre stato, prima della attuale riforma, estremamente rigido nell'applicazione del principio *pacta sunt servanda*. Il collegio, basandosi sull'art. 1134, comma 2, *Code Civil* e sugli artt. 6.2.2 e 6.2.3 PICC ha deciso che la risoluzione del contratto sulla base di una clausola di *force majeure* fosse illecita poiché l'obbligazione di esecuzione in buona fede comporta il dovere di cercare un adeguamento del contratto nel caso di mutamento delle circostanze.

⁽⁸¹⁾ Si tratta del lodo ICC International Court of Arbitration, Paris, n. 8873, luglio 1997. Il testo del passaggio rilevante è il seguente: «dunque, se si può riconoscere l'esistenza di una tendenza, in alcuni settori, a stipulare con una certa continuità clausole di *hardship*, è certo che nella pratica commerciale l'obbligazione di riequilibrare il contratto (tramite la rinegoziazione e, in caso di fallimento, tramite l'intervento di un terzo, come previsto all'articolo 6.2.3, comma 4, dei Principi UNIDROIT), che caratterizza l'*hardship*, costituisce un principio assolutamente eccezionale, che non è accettato se non incluso nelle clausole contrattuali, le quali dovranno determinare dettagliatamente le situazioni che implicano l'*hardship*, così come le conseguenze che ne derivano. È quindi da escludere che si possano considerare le disposizioni in materia di *hardship* contenute nei Principi UNIDROIT come usi del commercio. Si tratta, al contrario, di regole che non corrispondono, almeno allo stato attuale, alla pratica degli affari nel commercio internazionale e che non saranno di conseguenza applicabili se non quando le parti vi abbiano fatto esplicito riferimento, il che non è avvenuto in questo caso» (traduzione dell'autore).

⁽⁸²⁾ *Ex multis*, si vedano ICC International Court of Arbitration 9994, dicembre 2001; *Suez & others v. Argentine Republic*, International Centre for Settlement of Investment

colare, il comma 4. A seconda dei casi i collegi arbitrali hanno risolto il contratto ⁽⁸³⁾ o hanno proceduto al suo adeguamento ⁽⁸⁴⁾. Le cause che potevano portare alla risoluzione del contratto, secondo la figura tipica della *force majeure*, sono quindi state notevolmente ampliate. Estremamente interessante è un lodo arbitrale della ICC ⁽⁸⁵⁾ emesso sulla base del diritto francese. La società attrice e quella convenuta avevano stipulato un contratto per la fornitura di materie prime; quando l'attrice, nel corso del contratto, ha notevolmente incrementato il prezzo, a causa di nuove misure imposte da un'agenzia governativa, la società convenuta ha risolto il contratto. L'attrice ha agito per far dichiarare la risoluzione illegittima, in quanto la convenuta avrebbe innanzitutto dovuto cercare di rinegoziare il contratto, al fine della sua conservazione. Il collegio arbitrale, decidendo la controversia in favore della parte attrice, ha ritenuto che il principio di buona fede (art. 1134 Code Civil) impone che le parti rinegozino il contratto, qualora l'equilibrio inizialmente stabilito conduca una delle due parti alla rovina economica, e tale soluzione è altresì rafforzata dagli artt. 6.2.2 e 6.2.3 PICC: una combinazione del principio dell'esecuzione del contratto in buona fede, interpretato in maniera estensiva, e dei PICC, ha portato il collegio arbitrale ad intervenire in maniera autoritativa sulle determinazioni negoziali delle parti. Occorre quindi sottolineare che, anche se questa soluzione ha generato meno contrasti rispetto alla concessione al giudice del potere di adeguare il contratto, essa costituisce nondimeno una significativa innovazione rispetto alle disposizioni dei codici nazionali e contribuisce ulteriormente alla decostruzione della *sanctity of contract*.

5. – Sulla scia di tale tendenza, sono state inoltre proposte nuove soluzioni ermeneutiche per l'art. 79 della CISG, convenzione di diritto internazionale ratificata da numerosi stati di tutti i continenti, il cui utilizzo è molto diffuso nelle transazioni internazionali. Dare conto degli sviluppi interpretativi dell'art. 79 è significativo per due ordini di motivi: innanzi-

Disputes (ICSID) ARB/03/17 del 2010; Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador, *ad hoc Arbitration*, The Hague IIC 421 (2010) del 2010.

⁽⁸³⁾ ICC International Court of Arbitration, Paris 7365/FMS/1997; Schiedsgericht Berlin SG 126/90; ICC International Court of Arbitration, Paris, n. 10021, 00.00.2000; ICC International Court of Arbitration, Geneva, numero 9797, 28 luglio 2000.

⁽⁸⁴⁾ Supreme Court of Lithuania, numero 3K-3-256/2011, 31 maggio 2011; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala II(CCivComLaMatanza) (SalaII) del 28 febbraio 2006.

⁽⁸⁵⁾ ICC International Court of Arbitration, n. 9994, dicembre 2001.

tutto, perché ben riflette le intersezioni tra vari tipi di norme, che si evolvono in base alle necessità del commercio internazionale ⁽⁸⁶⁾; in secondo luogo perché la CISG riceve una applicazione molto diffusa e, dunque, la possibile previsione dell'*hardship* avrebbe effetti importanti nella pratica. L'interpretazione dell'art. 79 si è infatti sviluppata in maniera espansiva fino alla proposta, accolta da buona parte della dottrina e da alcune sentenze di corti nazionali, di farvi rientrare la fattispecie dell'*hardship*.

Il testo dell'art. 79 è estremamente neutro e si parla in maniera generale di *impediment*. *Prima facie*, la disposizione corrisponde alle norme sulla *force majeure* comuni ai codici di *civil law*, e non ricomprende quindi, almeno basandosi sull'interpretazione letterale, l'*imprévision* ⁽⁸⁷⁾. Tale po-

⁽⁸⁶⁾ Tali intersezioni possono essere adeguatamente comprese utilizzando la prospettiva del *transnational law*: essa ribalta il modello tipico di analisi giuridica, che si basa sulla dicotomia diritto statale/diritto non statale, secondo il modello Westfaliano, e cerca invece di decostruire le numerose associazioni tra stato e norma, e di comprendere l'evoluzione del diritto in relazione allo sviluppo di una società non limitata territorialmente, differenziata funzionalmente e costituita dallo sviluppo di logiche sociali conflittuali. Il *transnational law* vede il diritto come parte della società (o, *rectius*, di una società) che non può essere colta pienamente facendo riferimento a confini nazionali. La lente giuridica può dunque permettere una comprensione proficua del contesto sociale contemporaneo, proprio perché il diritto riflette la sua struttura mutevole. Sul tema cfr. SWEET, *The new Lex Mercatoria and transnational governance*, in *Journal of European Public Policy*, 2006, 13(5); MICHAELS, *Globalization and Law: Law Beyond the State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, 14(2); ZUMBANSEN, *Transnational Legal Pluralism*, 2010, 6(1), CLPE Research Paper 01/2010, disponibile a: <http://ssrn.com/abstract=1542907>. p. 12; TAMANAHA, *op. cit.*, n. 10; LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge, 1985.

⁽⁸⁷⁾ Al momento della redazione del testo, la delegazione norvegese propose di includere ipotesi identificabili come *hardship* all'interno dell'art. 79. Si veda United Nations, *United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records, UN Doc. A/CONF. 97/19* (New York: UN, 1991), pp. 381-382. La delegazione norvegese proponeva che il testo già redatto dovesse essere rivisto al fine di tenere indenne una parte inadempiente qualora, in seguito alla cessazione di un impedimento temporaneo, le circostanze fossero radicalmente mutate. La proposta ottenne scarso supporto e fu rilevato dalle delegazioni francese e svedese che essa era molto più vicina alla teoria dell'*imprévision* che a quella della *force majeure*. Sulla storia della redazione dell'art. 79 si veda anche CISG Advisory Council Opinion No. 7, *Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, Comments 29-30* (2007), disponibile a <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=148&sid=169>: «circa la storia della redazione di questa disposizione, isolate discussioni di proposte che sono state scartate o i commenti dei delegati possono portare a concludere che ci fosse una sorta di consenso tra i membri del *Working Group*, contro l'inclusione della dottrina dell'*hardship*. Infatti, alcuni passaggi dei lavori preparatori sembrano indicare che la scelta del termine impedimento fosse stata fatta per adottare una concezione unitaria di esenzione da responsabilità, al fine di escludere le teorie dell'*hardship* basate sul principio del mutamento delle circostanze. Quindi, secondo alcuni autori, l'esclusione dell'*hardship* dall'ambito di applicazione dell'art. 79 deriverebbe dalla storia della sua redazione. Secondo le bozze successive, che

sizione, che emerge dai *travaux préparatoires* del trattato, è stata però osteggiata in dottrina, e la maggior parte degli studiosi sembra d'accordo sul fatto che lo standard previsto dall'art. 79 non sia la assoluta impossibilità, ma l'estrema difficoltà dell'adempimento⁽⁸⁸⁾: tale interpretazione apre le porte ad una esenzione dalla responsabilità per un impedimento che corrisponda alla fattispecie dell'*hardship*.

Conformemente a tale opinione maggioritaria, nel 2007 il CISG *Advisory Council* ha pubblicato una *black-letter Opinion* in cui si affermava: «un mutamento delle circostanze che non si può ragionevolmente ritenere sia stato preso in considerazione, che renda l'esecuzione dell'obbligazione eccessivamente onerosa ("*hardship*")", può essere valutato come un "impedimento" in base all'articolo 79 (1). Il testo dell'art. 79 non equipara esplicitamente il termine "impedimento" ad un evento che renda la prestazione assolutamente impossibile.

Quindi, la parte che si trovi in una situazione di *hardship* può invocare l'*hardship* come causa di esenzione dalla responsabilità in base all'articolo 79»⁽⁸⁹⁾.

L'*Advisory Council*, tuttavia, non si è limitato a recepire l'opinione prevalente, ma si è spinto oltre, affermando: «nel caso di una situazione di *hardship* ex art. 79, il giudice od il collegio arbitrale possono concedere

hanno preceduto la versione finale dell'articolo 79, il *Working Group* dell'UNCITRAL ha valutato, ma respinto, una proposta in base alla quale sarebbe stato permesso ad una parte di chiedere la risoluzione o l'adeguamento del contratto qualora questa si trovasse a fronteggiare "danni eccessivi". Tuttavia, un'analisi più attenta di questo passaggio rivela che dopo aver brevemente specificato le argomentazioni a sostegno della proposta, il rapporto afferma semplicemente che essa non è stata accettata, e non vi si fa più riferimento nelle discussioni seguenti. Altri commentatori, al fine di inferire l'esclusione dell'applicazione dell'articolo 79 a situazioni di *hardship*, hanno fatto leva sul rigetto della proposta norvegese, collegata ad un passaggio che in seguito è divenuto l'articolo 79 (3). Nonostante le opinioni circa la raccolta delle discussioni tra i delegati partecipanti, e su come si dovrebbero utilizzare tali discussioni, sono molto lontane dall'essere uniformi, il rigetto della proposta norvegese non ha chiarito la questione dell'*hardship*, poiché essa non è stata effettivamente discussa in quei termini» (traduzione dell'autore).

Per una autorevole opinione dottrinale che esclude l'*hardship* dall'applicazione della CISG si veda HONNOLD, *Uniform law for international sales under the 1980 united nations convention*, 4 ed., a cura di Harry Flechtner, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 629, n. 37.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. SCHLECHTRIEM, *Exemptions (Article 79)*, in *Excerpt from Uniform Sales Law – the UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1986, 101, disponibile a <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-79.html>; LOOKOFKY, *Fault and no-fault in Danish, American and international sales law: the reception of the United Nations Sales Convention*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1983, 27.

⁽⁸⁹⁾ CISG *Advisory Council Opinion* No. 7, *supra* n. 87, pt. 3.1 (traduzione dell'autore).

ulteriori rimedi che siano compatibili con la CISG ed i principi generali su cui questa si basa» ⁽⁹⁰⁾.

Non è chiaro cosa si intenda per *further relief*, ma sembra che si possa interpretare come un rimedio specialmente elaborato per la situazione di *hardship*, il quale (rinegoziazione e/o modificazione) sarebbe radicalmente diverso da un'esenzione da responsabilità, che è l'unico rimedio autorizzato espressamente dell'art. 79 CISG ⁽⁹¹⁾. L'*Advisory Council* cerca quindi una soluzione in quei principi generali che potrebbero fornire indicazioni sul punto in base a quanto stabilito dall'art. 7, comma 2 ⁽⁹²⁾. Il Council procede nell'argomentazione affermando che la soluzione deve essere trovata all'interno del testo stesso della CISG, così da non fare riferimento ai singoli sistemi nazionali, che reintrodurrebbero il problema del conflitto tra diritti e condurrebbero a soluzioni disomogenee. Tale soluzione viene trovata nell'art. 7, comma 1 ⁽⁹³⁾, che impone di interpretare la CISG in buona fede, previsione da cui viene dedotta un'obbligazione di rinegoziazione. Nel caso in cui invece le parti non riescano a trovare un accordo, il giudice non ha il potere di modificare il contratto. Tuttavia il Council afferma, trovando sostegno nell'art. 79, comma 5 ⁽⁹⁴⁾, che il giudice può determinare cosa è dovuto da ciascuna parte, adattando così i termini del contratto alle mutate circostanze ⁽⁹⁵⁾.

Tale interpretazione ci sembra andare decisamente oltre il testo normativo dell'art. 79 che, a nostro avviso, non permette affatto una ricostruzione così elastica. È tuttavia estremamente interessante darne conto sia per l'autorevolezza dell'organo da cui proviene, sia perché esprime le

⁽⁹⁰⁾ CISG *Advisory Council Opinion* No. 7, *supra* n. 87, pt. 3.2.

⁽⁹¹⁾ LOOKOFKY, *op. cit.*, n. 88, p. 162.

⁽⁹²⁾ Il quale prevede: «le questioni riguardanti le materie disciplinate dalla presente Convenzione e che non sono da questa espressamente risolte, saranno regolate secondo i principi generali a cui si ispira, o, in mancanza di tali principi, in conformità alla legge applicabile secondo le norme del diritto internazionale privato».

Diverso è il caso dei sistemi giuridici scandinavi, dove la questione dell'*hardship* è legata alla validità del contratto. *Ex art. 4 CISG*, le questioni attinenti alla validità del negozio sono escluse dall'applicazione della convenzione, quindi il giudice dovrebbe ricercare la soluzione nel diritto nazionale applicabile.

⁽⁹³⁾ La norma dispone: «ai fini dell'interpretazione della presente Convenzione, sarà tenuto conto del suo carattere internazionale e della necessità di promuovere l'uniformità della sua applicazione, nonché di assicurare il rispetto della buona fede nel commercio internazionale».

⁽⁹⁴⁾ La norma dispone: «le disposizioni del presente articolo non vietano ad una parte di esercitare tutti i suoi diritti, oltre quelli di ottenere danni-interessi in virtù della presente convenzione».

⁽⁹⁵⁾ CISG *Advisory Council Opinion* No. 7, *supra* n. 87, pt. 40.

esigenze percepite nel mondo del commercio internazionale. Molti anni sono passati da quando la Convenzione fu adottata e, nel frattempo, le necessità, anche normative, dei suoi fruitori sono mutate. La modifica del testo di un trattato internazionale così diffuso richiederebbe un consenso pressoché impossibile da raggiungere, nonché moltissimo tempo. Ecco allora che, sulla spinta delle necessità manifestate dalla *societas mercatorum*, le cui transazioni sono sempre più sottoposte ad una estrema volatilità, porta a ricercare nelle maglie del testo normativo un appiglio per una interpretazione creatrice sentita come necessaria ⁽⁹⁶⁾.

È infine opportuno dare conto, seppur brevemente, di un'applicazione giurisprudenziale dell'art. 79 CISG in relazione alla fattispecie dell'*hardship*, il caso *Scafom*, deciso dalla Suprema Corte belga ⁽⁹⁷⁾. La Suprema Corte si trovava a decidere sul caso di un contratto di vendita, in cui l'equilibrio originario delle prestazioni era stato fortemente alterato dalla svalutazione della valuta in cui era determinato il prezzo. La Corte, ritenendo che la situazione di *hardship* dovesse essere risolta nel quadro della CISG, ha indagato i principi generali sottostanti al trattato per risolvere la controversia. Ribaltando la decisione della Corte d'appello di Anversa, la Suprema Corte ha deciso che il vuoto dovesse essere riempito con i principi generali del commercio internazionale, così come espressi dai PICC ⁽⁹⁸⁾. Così facendo, la Corte ha stabilito un'obbligazione di rinegoziazione.

⁽⁹⁶⁾ Sul ruolo dell'interprete nell'economia globalizzata si vedano le considerazioni di M. Franzoni in FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, in *Contratto e impr.*, 2010, 2.

⁽⁹⁷⁾ *Cour de Cassation*, 19 giugno 2009, n. C luglio 0289.N (*Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*), disponibile su Internet all'indirizzo <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=1457&do=case>.

⁽⁹⁸⁾ Sulla possibilità di interpretare la CISG tramite i PICC si sono espressi molti giuristi, generalmente in maniera negativa. Si vedano diffusamente SLATER, *Overcome by hardship: the inapplicability of the Unidroit Principles' hardship provisions to CISG*, in *Florida Journal of International Law*, 2000, 12, e KESSEDJIAN, *Competing approaches to force majeure and hardship*, in *International Review of Law and Economics*, 2005, 25, pp. 419-420. Gli argomenti principali a sostegno dell'inapplicabilità sono la posteriorità dei PICC rispetto alla CISG (e dunque essi non possono costituire i principi sottostanti alla CISG ex art. 7, comma 2) e il fatto che la CISG, ex art. 7, comma 1, deve essere interpretata autonomamente. Si può replicare alla prima argomentazione sostenendo che l'art. 7, comma 1, stabilisce che la CISG non debba essere interpretata in relazione ad uno specifico sistema giuridico, non che non si possa utilizzare nessun altro materiale (tra cui rientrerebbero anche i PICC) a fini ermeneutici. Per quanto riguarda la seconda obiezione, ciò che esisteva ai tempi della CISG erano i principi generali di diritto contrattuale: i PICC possono quindi essere utilizzati nella misura in cui rispecchiano tali principi. Così MICHAELS, *The UNIDROIT Principles as global background law*, in *Uniform Law Review* 2014, 19, p. 666 e p. 667.

6. – Le soluzioni apportate nel diritto del commercio internazionale possono a prima vista stupire: nel campo dove la volontà delle parti e la loro autonomia realizzano il massimo della propria potenza creatrice, giungendo sino a poter non solo scegliere, ma addirittura produrre le norme applicabili al proprio contratto, proprio in questo settore si verifica che gli organi demandati a decidere (per volontà delle parti stesse) del loro conflitto, si attribuiscono il potere di intervenire sul contratto, applicando regole di diritto transnazionale che non sono nemmeno norme cogenti, ossia non hanno alcuna forza vincolante né per le parti (a meno che esse stesse non decidano di farvi riferimento), né, tanto meno, per le corti ed i legislatori nazionali. Eppure le decisioni che sono in qualche maniera intervenute sulle determinazioni negoziali delle parti sono state ritenute non solo accettabili, ma anche condivisibili.

Risulta quindi estremamente interessante analizzare perché tale potere, che va a riconfigurare la natura stessa della funzione giudiziale e rimette in discussione uno dei cardini del diritto dei contratti sia nei sistemi di *civil law*, sia di *common law*, si sia sviluppato proprio nell'ambito del commercio internazionale. Non sembra condivisibile l'idea che questo dipenda da una semplice esigenza di equità e di giustizia contrattuale, benché gli effetti della modificazione del contratto possano produrre una situazione maggiormente equa, se si osserva il fenomeno facendo semplicemente riferimento alla singola pattuizione. Tale soluzione non è sufficiente poiché non tiene conto del momento e del settore in cui si sviluppano tali norme, e poiché non storicizza lo sviluppo del diritto secondo il nuovo criterio ordinante adottato con il neoliberalismo; con il neoliberalismo infatti cambia la concezione della struttura economica e, con essa, quella del diritto. In particolare, viene abbandonata l'idea Ottocentesca, tipica anche dei codici di *civil law*, di un mercato «naturale» che si autoregola ⁽⁹⁹⁾, in cui il nucleo fondamentale dell'attività economica è rappresentato dallo scambio tra due parti, astrattamente poste sul medesimo piano; in questo senso, elemento fondamentale del diritto privato è il riconoscimento dell'autonomia privata e la *ratio* delle regole poste dal codice civile consiste nell'individuazione delle condizioni affinché il diritto privato produca la propria funzione precettiva ⁽¹⁰⁰⁾. Con il neoliberalismo e la costruzione di spazi economici transnazionali, il centro gravitazionale delle operazioni econo-

⁽⁹⁹⁾ Per una analisi del tema dell'artificialità dell'ordine del mercato si veda IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004.

⁽¹⁰⁰⁾ NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 24.

niche non è più rappresentato dallo scambio, ma dalla concorrenza; vi è inoltre una presa di coscienza, almeno da parte di alcuni autori, del fatto che lo spazio economico concorrenziale non è un dato di natura, ma, al contrario, una costruzione che necessita di continui interventi normativi per poter funzionare correttamente. È l'approccio al diritto in quanto tale a mutare, poiché emerge una normatività nuova, che si muove secondo la logica operativa dei mercati globali, siano essi di beni di scambio o di capitali ⁽¹⁰¹⁾.

Vi sono poi due ulteriori elementi che non sono compatibili con la semplice giustificazione «equitativa». Il primo è la difficoltà stessa di definire che cosa costituisca una soluzione equa all'interno di una disputa contrattuale, ed a quale sfera valoriale si debba fare riferimento. È proprio per tali motivi che si sono escluse le decisioni (peraltro assai rare) che abbiano deciso *ex bono et aequo*, e si è invece voluto specificare che l'*hardship* costituisce una vera e propria regola di diritto. In ambito giuridico risulta estremamente complicato fornire astrattamente una definizione di giustizia, che sia condivisa dalle parti e da coloro che si trovano a giudicare sulla controversia, considerando anche il fatto che la relazione contrattuale non si esaurisce in un singolo atto istantaneo, ma trova le proprie radici nella fase della negoziazione e si estende sino a quella dell'esecuzione, e va quindi considerata come un processo *in fieri*, che per essere compreso deve essere storicizzato.

In secondo luogo, sono le stesse corti arbitrali e le corti nazionali che, nell'applicare tali regole, non fanno riferimento ad esigenze di «giustizia», ma a motivazioni attinenti alla sfera propriamente commerciale. Così è stato non solo nel caso di decisioni di collegi arbitrali attinenti alla materia dell'*hardship*, ma anche nel caso degli sviluppi dei diritti contrattuali nazionali sulla base di decisioni di corti interne.

Ritornando alla dimensione giuridico-politica, ci sembra che tali regole siano da inserire all'interno del panorama di una razionalità nuova, che trova le proprie radici negli anni '20 e '30, ma che diviene dominante nel corso degli anni '80. Essa non riguarda solamente l'ambito giuridico, ma anche quello economico, sociale e culturale: riguarda il passaggio dal

⁽¹⁰¹⁾ GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005. Comprendere le logiche operative alla base dei fenomeni analizzati è fondamentale al fine di decostruire l'aura di inevitabilità con cui tali processi, come la globalizzazione, vengono solitamente presentati: l'idea di una loro naturale necessità è fuorviante per due motivi: *in primis*, poiché trascura tutte le altre possibili linee di sviluppo; *secundis* poiché si dimentica che la globalizzazione non è una forza della natura, ma un prodotto dell'azione umana e, dunque, anche del diritto.

liberismo Ottocentesco, dominato dal *laissez-faire*, al neoliberalismo ⁽¹⁰²⁾ dei nostri giorni. Tale nuova corrente di pensiero si sviluppa come rifondazione del liberismo, in un'ottica di reazione sia rispetto ai totalitarismi novecenteschi, sia, in seguito, rispetto alle politiche di stampo keynesiano adottate nel dopoguerra. Non vi è qui lo spazio per condurre una approfondita analisi delle radici di tale movimento, che si possono rinvenire nel «colloquio Walter Lippmann», tenutosi a Parigi a partire dal 26 agosto 1938 e a cui hanno partecipato molti di quelli che saranno i teorici più importanti del neoliberalismo occidentale nei decenni seguenti (come F. Hayek, J. Rueff, R. Aron, W. Röpke, A. von Rustow). In tale occasione si sono poste le basi per la teorizzazione di un interventismo liberale e, al tempo stesso, sono emerse le differenze tra le varie correnti che vi partecipavano; in relazione a queste, una sommaria distinzione può essere tracciata tra il filone austro-americano, rappresentato da L. Von Mises e F. Hayek, che cerca di legittimare un certo tipo di intervento governamentale, pur senza riconoscere che l'ordine del mercato sia artificiale, ed il filone tedesco, rappresentato da W. Röpke, A. Rustow e W. Eucken, una delle cui tesi principali è l'artificialità dell'ordine del mercato ⁽¹⁰³⁾.

È in quest'ottica che muta completamente la funzione del diritto, che si vede riconoscere un ruolo di primo piano nella costruzione del mercato concorrenziale. Si assiste dunque ad un ribaltamento tra norma generale e norma speciale, laddove la seconda assume un carattere dominante, proprio perché tale politica «ordinatrice» (*Ordnungspolitik*, da qui ordoliberalismo) richiede continui interventi mirati ⁽¹⁰⁴⁾. Se l'ordine concorrenziale rappresenta la nuova stella polare della politica economico-giuridica, sino a divenire un vero e proprio progetto di società, laddove tutti i soggetti devono muoversi ed agire secondo le logiche dell'imprenditorialità ⁽¹⁰⁵⁾, allora il diritto ha come prima funzione la costruzione ed il mantenimento di tale ordine. In questo senso viene completamente scardinata l'unità sistematica dei codici Ottocenteschi, e passa in secondo

⁽¹⁰²⁾ Sulla storia del neoliberalismo si veda HARVEY, *A Brief history of neoliberalism*, Oxford, 2007.

⁽¹⁰³⁾ Si noti che le differenze di pensiero tra queste due correnti sono estremamente importanti per dare conto delle divergenze tra il neoliberalismo americano, che ha molto influenzato anche quello anglosassone, e l'ordoliberalismo tedesco, di grande interesse per capire la costruzione dell'Unione Europea.

⁽¹⁰⁴⁾ DARDOT, LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010, p. 202-205.

⁽¹⁰⁵⁾ In questo senso FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France*, 1978-1979, Paris, 2004. Per una riflessione su biopolitica e diritto dell'Unione Europea si veda SOMMA, *Private law as biopolitics: ordoliberalism, social market economy, and the public dimension of contract*, in *Law and Contemporary Problems*, 2013, 2.

piano la logica dello scambio tra due parti equipollenti. Si modifica quindi anche la funzione della creazione normativa e giudiziaria: è per questo che già W. Lippmann, ben prima di Hayek, guardava con estremo favore alla *common law*, dove il giudice adotta una legge per risolvere una controversia, per «*trancher entre des intérêts*», decidendo nella maniera più appropriata per ogni specifico caso ⁽¹⁰⁶⁾.

In quest'ottica muta anche la funzione giudiziaria, ed il ruolo del giudice assume una sempre maggiore rilevanza, proprio perché questi si trova a formulare continuamente regole che permettano di mantenere l'ordine concorrenziale, affrontando ogni singola situazione, per la quale non può essere prevista *a priori* una norma generale ed astratta. In questa maniera è possibile spiegare il ricorso sempre più frequente, specie nelle produzioni di regole transnazionali, a clausole aperte, che facciano riferimento alla buona fede, alla correttezza, e che lascino sempre più spazio alle corti per individuare le regole da applicare alla lite. Corti, come quelle della *Chambre de Commerce Internationale*, generalmente composte da pratici del diritto, che abbiano lavorato a stretto contatto con l'ambiente economico e del quale sappiano interpretare la razionalità e le necessità. In altre parole, i principi di buona fede e correttezza non costituiscono elementi soggettivi riconducibili alla sfera etico-morale, ma permettono di mantenere la necessaria elasticità di giudizio, in un'ottica commercial-imprenditoriale (quello che in *common law*, facendo riferimento alla *reasonable business person*, è il *business common sense*).

In questo senso si può interpretare la progressiva affermazione, dapprima nell'ambito del commercio internazionale e, di riflesso, nelle singole legislazioni nazionali, delle regole di *hardship*, e del conferimento del potere di intervenire direttamente sull'accordo negoziale da parte del giudice. Un ambiente economico estremamente volatile necessita infatti di regole che intervengano nel caso di circostanze impreviste, che alterino l'equilibrio contrattuale e possano falsare la concorrenza. Abbandonato l'ideale di un mercato incentrato sullo scambio, realizzato tra "pari", il dogma della volontà perde la propria centralità precettiva, e con esso il modello giuridico che ne regolava i rapporti. Il nuovo modello neoliberale richiede invece, una volta posta la struttura portante, continui interventi giuridici volti ad implementare e mantenere l'ordine concorrenziale. Infine, l'applicazione sempre più elastica del principio *pacta sunt servanda* ⁽¹⁰⁷⁾ realizza

⁽¹⁰⁶⁾ DARDOT, LAVAL, *op. cit.*, n. 104, p. 182.

⁽¹⁰⁷⁾ Si veda KROLL, *The renegotiation and adaptation of investment contracts*, in *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in*

anche l'obiettivo della conservazione del contratto al fine dell'espansione dei traffici commerciali e degli scambi ⁽¹⁰⁸⁾: in questo senso essa permette di preservare relazioni commerciali altrimenti destinate ad essere risolte a causa di eventi imprevedibili. Non ci si trova dunque di fronte ad un indebolimento dei vincoli giuridici, ma di fronte ad una loro mutazione genetica, basata sulla razionalità governamentale neoliberale.

Transnational Economic Law, XIX, a cura di Kröll e Horn, Alphen aan den Rijn, 2004, p. 457.

⁽¹⁰⁸⁾ HOTTE, *La rupture du contract international*, *op. cit.*, n. 32, p. 207.