

IL RISCHIO CONTRATTUALE DIVENTA GLOBALE

di **Ferdinando Emanuele**

Diffondendosi nel mondo, il Covid-19 ha anche trasformato la globalizzazione economica in una "globalizzazione del rischio contrattuale" che neppure evolute tecniche di *risk management* avrebbero potuto prevenire. L'emergenza sanitaria impone alle imprese di gestire le inattese conseguenze a cui i rapporti commerciali internazionali sono esposti nel breve, medio e lungo periodo. Le imprese di quasi ogni settore industriale e Stato possono trovarsi nell'oggettiva impossibilità di eseguire le proprie prestazioni contrattuali e/o perdere interesse a ricevere le controprestazioni nei termini concordati.

Molti contratti conclusi con imprese di altra nazionalità, anche in conformità alla prassi di *common law*, disciplinano in vario modo gli eventi di forza maggiore. Occorrerà verificare, quindi, se il Covid-19 rientri nella disciplina pattizia della *force majeure* e/o dell'*hardship* (eccessiva onerosità) e i termini entro cui una parte debba comunicare all'altra che intende in-

vocarla per giustificare la mancata o ritardata esecuzione delle proprie prestazioni senza incorrere in decadenze convenzionali. Una tempestiva comunicazione può essere importante, nel periodo che precede un contenzioso, anche per dimostrare buona fede e spirito collaborativo.

Sarà pure necessario l'esame del diritto applicabile ai contratti del commercio internazionale, che può essere quello dello Stato di un contraente o di uno Stato terzo. Essendo spesso insufficienti a disciplinare il caso concreto, le clausole contrattuali dovranno essere integrate o sostituite (se invalide) dalle norme dell'ordinamento a cui il contratto è soggetto. Gli Stati di *common law*, in mancanza di clausole *ad hoc*, disciplinano fattispecie parzialmente analoghe alla sopravvenuta impossibilità o eccessiva onerosità della prestazione previste dal codice civile italia-

no e dagli ordinamenti di *civil law*. Il concetto inglese di *frustration* nonché quelli statunitensi di *impossibility* e *impracticability* disciplinano un oggettivo, imprevisto e incolpevole mutamento dell'equilibrio negoziale, che ne ren-

de molto più difficile o impossibile la realizzazione, giustificando l'inadempimento di un contraente entro certi limiti.

Occorrerà altresì considerare che la legge applicabile a un contratto internazionale non può derogare alle norme di applicazione necessaria: quelle dirette a salvaguardare l'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato in cui si giudica la controversia (o talvolta in cui la decisione potrà essere eseguita). Ad esempio, il legislatore italiano ha così qualificato alcune norme del D.L. n. 9/2020 – come quelle sui contratti di trasporto aereo, ferroviario e marittimo (art. 28) – disciplinando le conseguenze dell'impossibilità sopravvenuta di varie prestazioni dovuta alle misure straordinarie per limitare il contagio. Altre norme emergenziali, come quelle del Decreto "cura Italia" (D.L. n. 18/2020), sono ritenute di applicazione necessaria nella misura in cui assicurino il rispetto dei provvedimenti restrittivi (art. 91). Si richiederà frequentemente di rinegoziare il contratto in considerazione

delle mutate circostanze.

L'obbligo di rinegoziazione è controverso nel nostro ordinamento e in altri, ma sembra prevalere l'orientamento che lo ritiene sussistente e persino inderogabile in applicazione del principio di buona fede. La rinegoziazione dovrà essere valutata soprattutto nei frequenti casi in cui la risoluzione delle controversie internazionali sia devoluta ad arbitri in base a regolamenti di istituzioni arbitrali (cosiddetti arbitri amministrati). Non è raro, in questi casi, il ricorso ai principi del commercio internazionale che possono ispi-

rare soluzioni giuridiche più rispondenti alle esigenze degli affari. Anche in una rinegoziazione, si dovrà considerare la distribuzione del rischio contrattuale derivante da futuri eventi epidemici legati al Covid-19 (come possibili contagi di ritorno o nuovi focolai in varie aree del mondo), che potrebbero non essere ritenuti imprevedibili e, quindi, non giustificare un esonero da responsabilità del contraente inadempiente in base alle attuali previsioni scientifiche.

Partner di Cleary Gottlieb

© RIPRODUZIONE RISERVATA

CI SONO DIVERSI ORDINAMENTI IN CUI IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE CONSENTE DI RINEGOZIARE

