

**1.2 Le fonti del contratto internazionale.** Le fonti del contratto internazionale sono rappresentate: (i) dalla legge nazionale adottata come legge applicabile al contratto (fonte primaria, non esistendo una disciplina uniforme che regoli i contratti internazionali); (ii) dalle convenzioni internazionali recepite dal Paese in cui la legge viene applicata (le più importanti sono, indubbiamente, la Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali e la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione e sull'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale); (iii) la normativa comunitaria, qualora le parti siano entrambe appartenenti all'Unione Europea; (iv) la *lex mercatoria*, ossia quel corpo di regole ed istituti concernenti il commercio internazionale comunemente applicati dai *mercatores* nella consapevolezza che si tratti di *regulae iuris* (il ricorso alla *lex mercatoria* è efficace solo se accompagnata dall'inserimento nel contratto di una clausola che affidi la gestione di eventuali controversie insorte all'arbitrato, essendo i giudici ordinari inclini a preferire le norme di diritto internazionale privato dei propri ordinamenti); (v) gli usi del commercio internazionale; (vi) le raccolte normative di principi del commercio internazionale come gli *international commercial terms (incoterms)* e i principi *Unidroit*; (vii) i modelli contrattuali uniformi riconosciuti a livello internazionale dalla *International Chamber of Commerce* e dalla *Federation Internationale des Ingenieurs Conseils* (quest'ultimo, punto di riferimento per i contratti d'appalto internazionale).

**1.3 Complicare è facile, semplificare è difficile.** Negoziare un contratto internazionale è una operazione lunga ed estremamente complessa, frequentemente affrontata con grande superficialità. In questa ottica pare utile evidenziare, allora, alcune non scontate criticità che, se ben affrontate, condurranno alla negoziazione e conclusione di un buon contratto internazionale. Il contratto, in primo luogo, deve essere dettagliato, ma non scadere nel prolisso. È opportuno, pertanto, mirare alla predisposizione di un testo contrattuale non lacunoso, ossia che anticipi (e, quindi, non eluda) i potenziali problemi che potrebbero insorgere, dettando una disciplina specifica, ma senza creare sovrastrutture. È sempre certamente preferibile optare per soluzioni minimaliste. Si tratta, come solo l'esperienza può insegnare, di una operazione connotata da grande difficoltà, anche perché nella contrattazione internazionale il difficile è essere concisi. Per semplificare, infatti, bisogna non aggiungere l'inutile, ma il non aggiungere presuppone il sapere cosa è inutile. La semplicità, quasi sempre, attenua la possibilità di interpretazioni ambigue, prodromiche alla nascita di dissidi e contrasti di difficile, se non impossibile soluzione. È da evitare, allora, l'appesantimento del testo contrattuale con riferimenti normativi, tecnici e finanziari non necessariamente funzionali al contratto stesso. In seconda battuta, il contratto internazionale non deve essere la cristallizzazione del presente, ma una anticipazione del futuro. Dal testo contrattuale, pertanto, deve emergere la strutturazione di un rapporto di facile esecuzione e di mutua soddisfazione. Da ultimo, si suggerisce di predisporre un contratto che

sia realmente equo, ossia che contemperi ragionevolmente le reciproche esigenze delle parti. L'armonia nel realizzare lo scopo comune è certamente più importante, per il successo finale dell'operazione contrattuale, delle piccole limitazioni che ciascuna parte sopporta. Il contratto internazionale è sempre un ragionevole contemperamento tra scelte economiche e giuridiche.

**1.4 Il contratto *self regulatory*.** La natura, internazionale o meno, del contratto incide profondamente sulla portata dell'opera del giurista chiamato a redigerlo. Il giurista, infatti, da mero interprete delle disposizioni della legge applicabile, nel caso di assistenza nella redazione di un contratto nazionale, diviene vero e proprio creatore di norme, nella redazione del contratto internazionale. Ciò non deve sorprendere. In un sistema codificato, quale quello italiano, le lacune del testo contrattuale possono essere integrate ed interpretate sulla base della preesistente normativa riferibile al tipo di contratto effettivamente posto in essere ovvero ricorrendo agli orientamenti giurisprudenziali. In ambito internazionale ciò non è possibile. Le parti, pertanto, sono costrette a supplire alla mancanza di una base normativa comune, facendo riferimento ad usi e prassi internazionali ovvero scegliendo consensualmente una normativa cui fare riferimento. Pertanto, mentre nei contratti nazionali le parti ben possono ridurre al minimo la rilevanza delle pattuizioni contrattuali, confidando nella base normativa posta dal legislatore, in ambito internazionale è proprio il contratto a tracciare la base normativa del rapporto. Questo è il motivo per cui il contratto internazionale di derivazione anglosassone, quello di maggior utilizzo nella prassi, è costruito il più dettagliatamente possibile. Si parla, a tal fine, di contratto *self regulatory*, ossia produttivo di regolamentazione autosufficiente, in quanto in grado di disciplinare tutti gli aspetti del rapporto contrattuale. Le peculiarità del contratto internazionale, però, non si fermano qui. L'abitudine ad operare sul mercato nazionale può indurre a dare per scontata la conclusione del contratto nel momento in cui la proposta di una parte sia accettata dalla controparte. Nei contratti internazionali può non essere così (anche per via dell'astratta concorrenza tra i diversi principi adottati dai diversi sistemi giuridici: quello della cognizione, quello della ricezione, quello della spedizione). La negoziazione fra i contraenti è lunga e complessa, al punto da non rendere agevole l'individuazione del momento in cui il consenso delle parti può dirsi perfezionato. La complessità della trattativa, peraltro, influenza anche i profili di responsabilità delle parti nella negoziazione. La definizione della responsabilità precontrattuale costituisce, in ambito internazionale, un problema estremamente serio, a causa della diversità delle soluzioni normative e giurisprudenziali in essere nei vari Paesi, oltre che della difficile prova, sia della violazione della buona fede, che dell'esistenza di danni. È certamente consigliabile, pertanto, definire in modo puntuale, e sin dall'inizio della trattativa, le conseguenze di un possibile ingiustificato abbandono, ricorrendo ad una lettera d'intenti che espliciti: (i) i dati di fatto che costituiscono, per espressa volontà delle parti, la premessa della trattativa; (ii) l'eventuale impegno a trattare in esclusiva e la durata della

stessa; (iii) la definizione delle modalità della trattativa; (iv) l'individuazione dei punti da sviluppare durante la trattativa e che dovranno essere oggetto del contratto eventualmente stipulato; (v) l'impegno delle parti a stipulare il contratto entro un determinato termine o al verificarsi di certe condizioni. La portata vincolante della lettera d'intenti è, come si vedrà nel corso del manuale, molto variabile: si va dall'attestazione della veridicità di quanto dichiarato, alla responsabilità derivante dalla violazione di un vero e proprio contratto. È dunque estremamente importante definire la natura (propria, impropria) della lettera d'intenti. Nel caso in cui non si voglia far derivare dalla lettera d'intenti l'obbligo per le parti di stipulare futuri contratti o si voglia comunque evitare l'insorgenza di dubbi sulla sua qualificabilità, in sede giudiziale, quale vero e proprio contratto, è opportuno farne emergere in modo chiaro la non vincolatività. La lettera di intenti è anticipata o affiancata dalla sottoscrizione di *confidentiality agreements* (il cui contenuto può essere integrato nella lettera stessa), i quali possono produrre effetti in riferimento alla sola fase della trattativa, quanto comprendere anche quella della esecuzione del contratto. Estremamente diffuso all'estero è l'uso di far sottoscrivere ai soggetti che partecipano agli incontri tenuti durante le trattative verbali che riducono in iscritto quanto accaduto. Si tratta di una prassi utile che permette una più accurata ricostruzione postuma della volontà dei contraenti, così agevolando l'interpretazione delle clausole contrattuali, in sede giudiziale o arbitrale. Sempre nella fase precontrattuale si inseriscono i *gentlemen agreements*, accordi tra gentiluomini (come da traduzione) non dotati di vincolatività giuridica, ma basati sull'onore e sul rispetto della parola data (quindi non azionabili giudizialmente).

**1.5 Il contenuto del contratto internazionale.** Nel predisporre il testo contrattuale la prima scelta da compiere riguarda la legge applicabile (o, nel caso di *depeçage*, le leggi applicabili), la quale influenzerà nel concreto l'architettura contrattuale disegnata dal giurista. Allo scopo di evitare la stesura di clausole contrattuali potenzialmente in grado di condurre all'annullabilità (o peggio alla nullità) del contratto stesso, in quanto contrastanti con norme non pattiziamente derogabili, è opportuno individuare, scelta la legge applicabile al contratto, le norme imperative che la connotano. In assenza di *pactum de lege utenda*, la *proper law* sarà conseguenza dell'applicazione di convenzioni internazionali, come ad esempio la Convenzione di Roma, con la quale alcuni Paesi appartenenti all'Unione Europea hanno reso uniformi i criteri di scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (nei casi in cui è applicabile), o del ricorso alle discipline di diritto internazionale privato. Il secondo nodo da sciogliere riguarda la scelta della lingua da adottare nella stesura del testo contrattuale. Il contratto internazionale, infatti, può essere redatto nelle due o più lingue delle parti o in un'unica lingua, quella della parte commerciale più forte o quella conosciuta da tutti i contraenti (di regola, l'inglese). È frequente, quindi, che possano sorgere divergenze di carattere interpretativo, anche estreme. Nell'ordinamento italiano l'interpretazione del

testo contrattuale mira a determinare il significato giuridicamente rilevante da attribuire alla dichiarazione negoziale, perseguendo la ricerca dell'efficacia del contratto. La disciplina anglosassone non è dissimile, almeno in linea generale. Il principio della *parol evidence rule* (speculare alla regola latina *in claris non fit interpretatio*) impone al giudice di non interpretare il contratto ove dallo stesso emerga chiaramente la volontà delle parti. Nel contratto internazionale, gli obiettivi cui le parti tendono, trovano posto principalmente nelle premesse, nelle clausole di definizione dell'oggetto e negli allegati. Le premesse svolgono diverse funzioni: agevolano l'interpretazione del contratto, puntualizzano le circostanze che inducono le parti a concluderlo, riepilogano le fasi della trattativa, fanno riferimento ad atti precontrattuali e contratti precedenti e connessi a quello in corso. Al fine di evitare incertezze interpretative è usuale prevedere in modo esplicito l'equiparazione delle premesse alle altre clausole contrattuali, facendole divenire parte integrante del contratto stesso. La clausola di definizione dell'oggetto – generalmente preceduta dalle *definitions*, ossia da una sorta di glossario dei termini utilizzati nel corpo del contratto – circoscrive le prestazioni caratteristiche delle parti (è opportuno che il tutto non si traduca in mere formulazioni *standard*). Gli allegati contengono le informazioni tecniche ed economiche che arricchiscono il quadro contrattuale e meglio definiscono gli elementi necessari alla corretta esecuzione degli obblighi previsti dal contratto. Precisati gli obiettivi, è opportuno delineare l'impegno di ciascun contraente nel perseguirli, specificando l'eventuale coinvolgimento di soggetti terzi e l'influenza esercitata dalle parti sugli stessi. Seguirà la descrizione delle modalità esecutive del rapporto contrattuale. A tal fine, primaria importanza hanno, e non potrebbe essere diversamente, le clausole che disegnano compiti ed obbligazioni delle parti. È opportuno che la formulazione di tali clausole sia ancorata in modo reale alle condizioni economiche e tecniche dello specifico rapporto contrattuale e che siano previsti meccanismi di auto calibrazione del contratto che permettano di mantenere l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali qualora una di esse divenisse eccessivamente onerosa. In tema di esecuzione si è soliti adottare strumenti di garanzia autonomi (prestati da soggetti terzi, quali banche o assicurazioni), ossia sganciati dal contratto principale e finalizzati ad assicurare l'adempimento delle obbligazioni contrattuali e, quindi, l'escussione del garante senza la necessità di dimostrare l'inadempimento contrattuale. Lo svantaggio di strumenti di tal fatta è insito nella (non rara) possibilità di escussione abusiva della garanzia (agevolata dalla non necessità di provare l'inadempimento). Estremamente diffusi, quanto meno nei contratti d'appalto internazionale, sono i *bid bonds*: garanzie alternative al deposito cauzionale, spesso utilizzate quale indice di serietà e solvibilità dell'appaltatore. I *performance bonds*, rilasciati a favore del committente, garantiscono, invece, la buona esecuzione di quanto dedotto in contratto. Gli *advance payment bonds* sono consigliabili, infine, nel caso di pagamenti anticipati rispetto all'esecuzione della prestazione, agevolando la restituzione degli anticipi in caso di mancato adempimento. I *bonds*, a prescindere dalla segnalata finalità caratteristica,

presuppongono sempre il buon fine dell'operazione mediante l'intervento di una figura istituzionale, quale una banca, che si impegna irrevocabilmente ad eseguire una prestazione finanziaria a prima richiesta, qualora un terzo non assolva una determinata obbligazione e sempreché siano state adempiute le condizioni contenute nel testo della garanzia. Nei contratti internazionali sono frequentemente inserite clausole di *hardship* e *force majeure*. La prima si basa su circostanze che rendono la prestazione economicamente non conveniente, ma comunque eseguibile. In tal caso la parte a danno della quale si è verificato l'evento imprevedibile è legittimata a chiedere una modifica delle condizioni contrattuali. La clausola di *force majeure* riguarda, invece, eventi imprevedibili che rendono la prestazione impossibile da eseguire. Legata ad avvenimenti imprevedibili è anche la clausola di revisione dei prezzi, la quale può prendere in considerazione anche ipotesi di variazione dei costi che vanno ad incidere su beni e servizi. Una menzione particolare meritano le clausole penali (espressione adottata in una accezione ampia, sebbene vari ordinamenti adoperino una terminologia differente a seconda che si propenda per una funzione risarcitoria o punitiva della clausola), le quali predefiniscono la liquidazione forfettaria del danno derivante da inadempimento o da ritardo nell'adempimento. La clausola penale persegue, come noto, tre finalità: (i) predetermina il danno, in modo da evitare alla parte lesa la dimostrazione dell'entità del pregiudizio (funzione indennitaria); (ii) induce all'adempimento, attraverso la minaccia della pena pecuniaria (funzione deterrente/sanzionatoria); (iii) limita il risarcimento danni alla prestazione promessa (funzione risarcitoria). In linea di massima, la funzione indennitaria, a differenza di quella deterrente/sanzionatoria, non ha mai suscitato dubbi di ammissibilità. Volgendo lo sguardo ai Paesi di *common law*, si fa osservare come i *liquidated damages* (volti a predeterminare il danno) siano ritenuti assolutamente legittimi, al contrario delle *penalties* (il cui scopo è assicurare l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto), ritenute nulle. Peraltro, non è raro imbattersi in clausole che, sebbene titolate *liquidated damages*, sono di fatto qualificabili quali *penalties* (e viceversa). In un quadro del genere, ove il contratto sia sottoposto alla legge di un ordinamento di *common law*, è consigliabile non utilizzare la terminologia *penalty* e strutturare la clausola in modo da rendere ragionevole l'ammontare della penale, così evitando che possa essere considerata coartare la volontà del contraente per indurlo all'adempimento. Situazione diversa negli ordinamenti di *civil law*, nei quali la funzione punitiva non è posta in discussione, seppur temperata dalla riducibilità giudiziale nel caso di penale eccessiva. Le parti, peraltro, non possono derogare contrattualmente alla riducibilità (trattandosi di norme, spesso, imperative), se non scegliendo quale legge applicabile quella di un ordinamento che non prevede la riduzione. La funzione risarcitoria (limitare il risarcimento danni) è generalmente considerata una normale conseguenza dell'apposizione della clausola. Il creditore, pertanto, potrà far valere il maggior danno solo in presenza di apposita clausola abilitativa. Alcuni Stati (tra i quali Germania e Svizzera), tuttavia, ammettono la risarcibilità del danno concretamente

prodotto (e, quindi, del maggior danno) anche in assenza di apposita previsione. Nella grande maggioranza degli ordinamenti nazionali le norme in tema di clausole penali sono da raccordarsi con quelle relative alla limitazione della responsabilità per dolo o colpa grave. In tal caso, avuto riguardo alle norme del diritto statale che disciplinerà il contratto, sarà opportuno, onde evitare una probabile nullità, limitare il solo danno risarcibile scaturente da colpa lieve. La scelta del foro competente è un passo quantomeno importante, poiché utilizzabile per controbilanciare la scelta della legge eventualmente operata dalla controparte, se non addirittura fondamentale, quando le parti non hanno scelto la legge regolatrice del contratto. In quasi tutti i Paesi le parti possono scegliere liberamente non solo la legge applicabile al contratto, ma anche il foro competente. Bisogna prestare attenzione, tuttavia, al fenomeno del *forum shopping* che consente alle parti di una controversia di poter incardinare il relativo giudizio innanzi a una delle diverse corti astrattamente competenti a conoscere la materia. È evidente come la possibilità di *forum shopping* abbia risvolti positivi o negativi a seconda del soggetto che nel concreto ne subirà l'esercizio. Nel diritto statunitense è previsto l'istituto del *forum non conveniens*, il quale legittima il giudice a dichiararsi incompetente ove il convenuto riesca a provare che la controversia può essere decisa da un altro giudice, in una diversa giurisdizione, in modo più opportuno. Se di grande importanza sono la scelta della legge e quella del foro, non da meno è quella relativa allo strumento con cui andranno risolte le eventuali controversie: giudizio ordinario o arbitrato internazionale. A favore dell'arbitrato internazionale vanno: la generale lentezza dei giudizi ordinari; la *confidentiality* non solo del procedimento, ma anche del lodo (il quale potrà essere pubblicato solo previo consenso delle parti); la maggiore attitudine degli arbitri a dirimere controversie internazionali. Nell'optare tra le due occorre analizzare preliminarmente, inoltre, l'efficacia che può avere la sentenza nello Stato della controparte. Due Stati (quello della parte nei cui confronti la sentenza deve essere eseguita e quello del giudice che l'ha emanata), infatti, possono aver sottoscritto un trattato finalizzato al reciproco riconoscimento delle sentenze: in tal caso l'efficacia della sentenza non porrà alcuna difficoltà. L'Italia da questo punto di vista è carente, non essendo stati sottoscritti trattati del tipo sopra descritto, se non con pochissimi Paesi (Svizzera, Norvegia, Argentina, Brasile, Egitto e Turchia su tutti). Il riconoscimento internazionale delle le sentenze dei giudici italiani, pertanto, è scarso (in ambito comunitario il problema è superato dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento delle sentenze commerciali). Nella scelta tra giudizio ordinario o arbitrato internazionale può assumere rilevanza, infine, il fatto che le parti abbiano indicato quale legge applicabile al rapporto quella di un Paese terzo: in tal caso sarà conveniente scegliere, quale mezzo per la soluzione dei contenziosi, l'arbitrato. L'opportunità di tale scelta risiede nel fatto che, con l'arbitrato, la cui sede verrà fissata dalle parti nello Stato dell'ordinamento applicabile, si eviterà l'applicazione delle norme eventualmente più rigide in vigore in quel Paese.