

Covid-19 e forza maggiore nei contratti dello shipping

Avv. Francesco Siccardi

1. Qual è l'effetto dell'espandersi dell'epidemia di Coronavirus e quello dei provvedimenti restrittivi emessi dalle autorità di vari paesi per contenerla, sulle obbligazioni contrattuali e segnatamente possono tali eventi e provvedimenti rappresentare motivo legittimo di inadempimento totale o parziale o di ritardo nell'adempimento del contratto?

Questi difficili quesiti investono appieno la comunità marittima internazionale e sono resi più delicati dal carattere intrinsecamente internazionale del settore e di conseguenza dell'applicazione di leggi di diversi ordinamenti.

2. La grande maggioranza dei contratti marittimi (fra i quali si annoverano non solo quelli che coinvolgono direttamente la nave ma anche altri collegati, come quelli di servizio [management spedizione ecc.], quelli della logistica, la compravendita di *commodities* ecc.) sono per scelta delle parti assoggettati alla legge inglese e conviene perciò aver principalmente riguardo ad essa. Tuttavia nel nostro campo intervengono altresì norme sovranazionali come le Convenzioni internazionali e i Regolamenti e Direttive UE, di cui pure occorre tener conto. In particolare ciò avviene per il settore del trasporto sia di passeggeri sia di merci: in queste norme sono in parte contemplate e disciplinate fattispecie aventi natura straordinaria cui può in linea generale essere riconducibile il nostro caso.

3. Iniziamo dal trasporto passeggeri e più specificamente dalle crociere che è il comparto ad oggi più direttamente colpito.

3.1. Qui sorge il problema, innanzitutto, della legittimità del recesso dell'operatore che cancella una crociera o parte di essa o un servizio complementare (ad es. escursione) già prenotati e pagati, oppure del crocierista che non si presenta all'imbarco.

a) Sono attualmente in vigore la Direttiva (UE) 2015/2302 del 25 novembre 2015 che modifica il Regolamento (CE) 2006/2004 e la Direttiva 2011/83CE. In ambito nazionale la materia è regolata dal Dlgs 23 maggio 2011 n. 79 come modificato dal Dlgs 21 maggio 2018 n. 62 di recepimento della predetta Direttiva (Codice del Turismo) e dal Dlgs 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo).

b) La Direttiva e il Dlgs prevedono il diritto di recesso del crocierista prima dell'inizio della crociera dietro pagamento di spese di risoluzione adeguate e giustificate. Gli operatori prevedono nelle loro Condizioni Generali di Contratto (di seguito "CGC") specifiche disposizioni che subordinano il recesso al pagamento di

una penale crescente in funzione della maggiore prossimità del recesso all'inizio della crociera. La Direttiva (art 12.2, cui corrisponde l'art 41.4 del Dlgs 62/2018) conferisce facoltà al crocierista di risolvere il contratto di pacchetto turistico prima dell'inizio senza corresponsione di alcuna spesa in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto turistico (analoga previsione si riscontra peraltro nelle CGC degli operatori). Le circostanze inevitabili e straordinarie sono definite all'art 3.12 della Direttiva nel modo seguente: «*una situazione fuori del controllo della parte che la invoca e le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare nemmeno se si fossero adottate tutte le ragionevoli misure*».

Quanto all'operatore, il diritto di recesso è esercitabile in presenza di circostanze inevitabili e straordinarie, ma comporta la restituzione integrale dei pagamenti effettuati dal crocierista e la comunicazione del recesso senza indebito ritardo. Nel concorso di tali requisiti l'operatore non è tenuto ad alcun altro indennizzo. Nel caso in cui le circostanze inevitabili e straordinarie si verificano in corso di esecuzione della crociera, la Direttiva prevede che se uno dei servizi turistici (ad es. una escursione) non può aver luogo, l'organizzatore vi deve porre rimedio ove possibile a meno che ciò risulti impossibile o implichi costi sproporzionati; in tal caso il crocierista ha diritto ad un risarcimento adeguato per l'eventuale danno subito. E' altresì applicabile il Regolamento (UE) 1177/2010, relativo ai diritti dei passeggeri che navigano per mare o acque interne, e che in parte si applica anche alle crociere; l'art. 17 prevede che in caso di cancellazione del viaggio il vettore sia tenuto ad offrire a sue spese assistenza logistica al passeggero (trasferimento, vitto, pernottamento) entro determinati limiti di durata/spesa, obbligo che non sussiste se la cancellazione è dovuta a condizioni meteo che mettono in pericolo la sicurezza nell'operatività della nave. Nel Regno Unito, che a breve non sarà più soggetto alla normativa dell'Unione, la materia è regolata dallo *UK Package Regulation* e dal *Consumer Protection Act (CPA)*: le norme relative al recesso sono in buona parte conformi a quelle del diritto dell'Unione.

3.2. Casi di Covid sono stati registrati su parecchie navi da crociera e un ulteriore problema che può prospettarsi è quello della responsabilità dell'operatore verso passeggeri ed equipaggio.

a) Il vettore di passeggeri è tenuto a rispettare determinati obblighi per garantire la sicurezza delle persone (passeggeri ed equipaggio) a bordo. La materia è soggetta alle norme dell'International Health Regulation promulgato dalla World Health Organisation. La IHR è entrata in vigore nel 2007 e si applica in 196 Stati; il suo scopo è di "... *prevent, protect against, control and respond to the international spread of disease while avoiding unnecessary interference with international traffic and trade*". Le navi sono sottoposte a controlli da parte dell'amministrazione di bandiera per poter essere certificate con il rilascio di uno *Ship Sanitation Certificate*. I controlli possono essere fatti anche dallo Stato costiero attraverso il sistema del Port State Control.

Gli operatori sono inoltre sollecitati da una Circolare IMO (MSC Circ. 1129 del 15.12.2004) a "... *establish medical and sanitation related programmes*" basati su linee guida/ standard adottati dalle amministrazioni di bandiera o organismi internazionali riconosciuti.

Il potere di intervento pubblico in materia di conformità alle regole e di buone pratiche è del resto conferito in linea generale dalla stessa Convenzione sul diritto del mare (UNCLOS) 1982, che all'art 21 stabilisce al riguardo che lo Stato costiero è autorizzato ad adottare leggi e regolamenti in relazione all'*innocent passage* (cioè il diritto di pacifico passaggio nel mare territoriale, anche da o verso i porti dello Stato costiero, esercitato dalle navi che battono bandiera di altri Stati) in materia di "... *prevention of infringement of...the sanitary laws*". In base a tali disposizioni lo Stato costiero potrebbe condizionare e restringere l'accesso ai propri porti a navi in condizioni sanitarie non idonee e tanto più in presenza di malati a bordo.

Per quanto riguarda l'equipaggio, l'armatore è tenuto agli adempimenti previsti nella *Labour Maritime Convention* 2006 promossa dall'ILO entrata in vigore recentemente e applicabile in un larghissimo numero di Stati. Le Regulations 4.1 e 4.2 della Convenzione stabiliscono gli standard minimi ai quali lo Stato di bandiera, attraverso la propria legislazione nazionale, deve adeguarsi per assicurare la salute a bordo e imporre i relativi obblighi organizzativi, di spesa, nonché per determinare le responsabilità del datore di lavoro. In tempi recentissimi la *International Chamber of Shipping (ICS)*, proprio in relazione al Covid 19, ha pubblicato una *Guidance for Ship Operators for the Protection of the Health of Seafarers*: si tratta di una guida pratica per consentire di adeguarsi alle norme e raccomandazioni del WHO, dell'IMO e dell'ILO e dell'European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC). Inoltre gli operatori adottano anche propri sistemi di autoregolamentazione. La materia è in continua evoluzione a causa dell'espandersi del virus.

b) L'ingresso, la presenza e la diffusione a bordo di un agente patogeno compreso il Covid 19 può essere fonte di responsabilità per l'operatore di crociere e vettore di passeggeri.

Il virus o batterio può dipendere da una inadeguata igiene a bordo (per negligenze o insufficienza sistemica); essere introdotta a bordo da terzi, dall' equipaggio, dai passeggeri imbarcati nella crociera/viaggio in corso o da quelli delle crociere/viaggi precedenti, ecc. Il vettore ha in primo luogo un dovere di prevenzione che si sostanzia nell'adozione di procedure/sistemi/provvedimenti conformi agli *standard* in vigore sopra descritti e nell'adozione in generale di cautele secondo l'ordinaria diligenza professionale, sempre richiesta nell'adempimento di una obbligazione contrattuale. Una recente giurisprudenza inglese riassume questo dovere nell'adozione di... "*reasonable precautions to safeguard the health of passengers*" che tuttavia non deve spingersi fino a "*unrealistically and unreasonably high standard*" come affermato dalla Corte di Appello inglese (*Fred Olsen Cruise Lines v Shift* [2016] EWCA Civ 785, dove si trattava di reclami di passeggeri per infezione da Novovirus). In un altro caso recente il reclamo di un passeggero è stato respinto perché questo non aveva soddisfatto l'onere di provare la colpa del vettore (*Nolan v TUI (UK) Ltd* [2016] 1 Lloyd's Rep). La definizione data nel caso *Fred Olsen* e sopra riportata, appare piuttosto ovvia. Essa va però calata nella realtà fattuale e nella specie deve tenersi conto dell'alta trasmissibilità del virus e di ogni altra circostanza. Fra gli obblighi primari in questo contesto vi è quello della predisposizione di locali, attrezzature, macchinari, farmaci e personale medico e paramedico, essenziali nel caso di lunghe tratte di navigazione.

Fra i problemi che possono sorgere in tal senso vi è anche quello della responsabilità vicaria del vettore per la colpa dei suddetti suoi collaboratori. Un noto precedente americano in materia (*Barbetta v. Bermuda Star*

C.A. 5th Dist. 1988 AMC 2650), assumendo che il medico di bordo sia un *independent contractor* e non un *employee* del vettore, aveva escluso la responsabilità vicaria di quest'ultimo a meno che non si configuri una *culpa in eligendo*, cioè la scelta colposa da parte del vettore di un medico inadatto, per mancanza di titolo o perché incompetente. Tale indirizzo, anche successivamente confermato ma sempre criticatissimo, è stato poi ribaltato da una sentenza della Corte di Appello dell'11mo Distretto (*Franza v Royal Caribbean Cruises Ltd* 2014 AMC 2710). Quest'ultima decisione, che colloca il personale medico fra i *servants and agents* del vettore è conforme a quanto verrebbe giudicato in una giurisdizione di *civil law* ed evita il rischio che il passeggero possa agire soltanto sulla persona del medico.

In materia trova applicazione La Convenzione di Atene 1974/2002 (in UE il Regolamento(CE) 392/2009 che l'ha introdotta nell'Unione anticipandone l'entrata in vigore.) In virtù di tale normativa il vettore è sottoposto ad un diverso regime di responsabilità a seconda che il danno causato consegua ad uno *shipping incident* (ad esempio: incaglio, affondamento, collisione, incendio) o ad altro tipo di sinistro. Nel primo caso, il vettore risponde del danno salvo che provi il ricorrere di alcune specifiche circostanze esonerative; nel secondo, che corrisponde al caso qui trattato, è il danneggiato che deve dare la prova della "*fault or neglect*" del vettore, oltretutto naturalmente del danno subito e del nesso causale fra condotta colposa e danno. Il vettore può poi limitare la propria responsabilità al massimale di 400.000 DSP (diritti speciali di prelievo) corrispondenti attualmente a circa Euro 480.000,00, a meno che il danneggiato provi che il danno è stato causato intenzionalmente, o per una colpa grave e nella consapevolezza che dall'azione o omissione colposa avrebbe potuto conseguire tale danno. Il limite è invocabile anche se la colpa è dei *servants and agents* fra cui si annovera (se si esclude la teoria Barretta) anche il medico di bordo.

4. Nell'ambito dell'impiego delle navi mercantili occorre distinguere fra il trasporto in cui l'armatore è vettore ed emette una polizza di carico, e i contratti in cui l'armatore cede l'uso (*employment*) della nave per un tempo o viaggio (*time charter/time charter trip/ voyage charter*) in cui è il noleggiatore a divenire vettore per sé o per altri.

4.1. Solo allorché viene emessa una polizza di carico diviene infatti applicabile la Convenzione di Bruxelles 1924 sulla polizza di carico (nota come *Hague Visby Rules*) in cui è rinvenibile una disciplina di parziale interesse.

Le *Hague Visby Rules* infatti contengono una serie di *excepted perils* in presenza dei quali, e se il danno o perdita sono causati da tale evento senza che sussista colpa del vettore e dei suoi preposti, il vettore è esonerato da responsabilità. Fra di essi sono menzionati i provvedimenti di autorità di diritto o di fatto, adottati anche a scopo sanitario, e gli impedimenti al lavoro generali o parziali. Queste sono le due esimenti che possono soccorrere il vettore per danni e perdite conseguenti alla situazione di pandemia attuale, pur trattandosi di norme piuttosto generiche e come tali inadatte a coprire tutte le specificità della fattispecie qui in esame.

4.2. Tuttavia in ottica di diritto nazionale si può far ricorso al principio generale della forza maggiore o caso fortuito.

Di esso è fatta espressa previsione nel trasporto marittimo di persone ed anche nel trasporto marittimo di cose in generale, come disciplinati dal Codice della Navigazione. Si vedano: art 400 Cod. Nav.: impedimento del passeggero prima della partenza; art 402: impedimento del passeggero (alla partenza) della nave; art 405: interruzione del viaggio della nave nel trasporto di merce; art. 406: interruzione del viaggio del passeggero; art 427: impedimento prima della partenza; art 429: interruzione del viaggio per effettuare riparazioni; art 430: impedimento all'arrivo (ma anche l'impedimento temporaneo per causa non imputabile al vettore: art 428). Queste disposizioni disciplinano gli effetti sul rapporto contrattuale dell'intervento del caso fortuito stabilendo ad es. la risoluzione del contratto nel caso di impedimento alla partenza e la restituzione al passeggero delle somme da questi pagate o l'addebito al caricatore delle spese di sbarco della merce (già) a bordo.

4.3. A livello internazionale e in *common law* non vi è un riferimento normativo che consenta di disciplinare la sorte del contratto e le obbligazioni delle parti in caso di sopravvenienza di eventi straordinari e imprevedibili e si deve perciò ricorrere al criterio della forza maggiore, ma anche qui *civil law* e *common law* differiscono.

Nel sistema giuridico italiano il debitore di una prestazione non è responsabile del mancato adempimento o del ritardo se prova che la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile; tuttavia prevale l'opinione che l'impossibilità di cui parla la legge (art 1218 Cod.Civ.) non debba essere assoluta, ma tale da non poter essere superata nonostante lo sforzo diligente dell'obbligato (cioè l'uso della diligenza del " buon padre di famiglia" che, nell' attività professionale va ulteriormente qualificato con riguardo all'attività esercitata, v. art 1176 Cod.Civ.). Nel nostro ordinamento si considera "forza maggiore" un evento caratterizzato da anormalità ed estraneità alla sfera del debitore della prestazione impedita o ritardata. E' considerato "caso fortuito" l'evento naturale indipendente dalla volontà umana che esca dalla ragionevole prevedibilità, a cui non si possa ovviare senza cautele superiori alla normale diligenza (da ultimo Cassazione 29 maggio 2018 n 13392).

La nozione di forza maggiore sopra riportata è invocabile non solo se la prestazione è divenuta impossibile ma anche se è divenuta eccessivamente onerosa. L'art 1467 Cod. Civ., utilizzando lo stesso concetto di circostanze straordinarie e imprevedibili, consente alla parte che ne è colpita di risolvere il contratto (se è contratto a esecuzione continuata o periodica: come, ad esempio, nel settore marittimo, un *consecutive voyage charter*), fatta salva però la facoltà dell'altra parte, per evitare la risoluzione, di offrire una modifica delle condizioni contrattuali tale da ristabilire il giusto equilibrio fra le prestazioni del contratto.

5. La *common law* invece valuta l'obbligo di adempimento come assoluto e la responsabilità *strict* in quanto prevale il principio che le parti sono libere in virtù dell'autonomia contrattuale loro conferita di modulare i propri obblighi rendendoli più o meno stringenti. Quale conseguenza di questa impostazione la forza maggiore o il caso fortuito non sono principi riconosciuti dalla *common law* in via generale, come tali invocabili sistematicamente dalle parti di qualunque contratto, a prescindere dai patti contrattuali. E' invece indispensabile che le parti li abbiano previsti in apposite e clausole fra di loro negoziate e concordate. La *case law* inglese si è quindi esercitata non a elaborare un concetto "generale e astratto" di forza maggiore,

ma ad interpretare le singole clausole contrattuali nel contesto delle relative fattispecie. Ciò non toglie ovviamente che siano poi stati enunciati alcuni canoni interpretativi generali in materia. Si noti inoltre che il principio dell'impossibilità assoluta in *common law* esclude altresì che sia consentito un rimedio allorché la prestazione sia divenuta "solo" più onerosa o difficile (come invece espressamente previsto dal nostro art 1467 Cod. Civ.) e ciò vale anche nel contesto dell'interpretazione delle clausole di forza maggiore.

La maggiore onerosità sopravvenuta trasforma il contratto in un "*bad bargain*" ma non consente alcun rimedio legale a meno che non ricorrano ipotesi (in pratica rare) di "*duress*", "*undue influence*" o simili che possono vagamente ricordare la rescissione per lesione del nostro ordinamento che infatti da noi costituisce un'ipotesi limite, di rarissima applicazione pratica. Il rischio di mutate condizioni finanziarie peraltro può essere oggetto di pattuizioni ("*escalation clauses*") in virtù delle quali al mutare di certe condizioni di costo (ad es. costo equipaggio) corrisponde una modificazione delle prestazioni della controparte (ad es. nolo).

6. Il diritto inglese tuttavia ha elaborato il principio della *frustration* ricorrendo la quale il debitore è liberato dalle obbligazioni assunte con il contratto *frustrated*, giacché la *frustration* porta all'automatico scioglimento del contratto. La *frustration* tuttavia ricorre solo nel concorso di criteri molto stringenti: la *performance* deve essere divenuta impossibile (nel senso inglese di impossibilità assoluta), materialmente o legalmente, oppure le circostanze sopravvenute ed estranee alle parti devono aver reso l'obbligazione radicalmente diversa da quella originariamente pattuita (si potrebbe dire che sia stata "snaturata"); così, ad esempio, la chiusura del canale di Suez e la necessità di effettuare il periplo del continente africano non furono considerate motivo di *frustration*. La *frustration* lascia invariati in principio gli obblighi maturati antecedentemente. Per quanto difficile a realizzarsi, la *frustration* potrebbe operare anche nell'attuale realtà se ad esempio fosse previsto che una nave deve recarsi in un porto chiuso per ordine d'autorità per lungo tempo, per ivi caricare merce il cui trasporto e consegna a destino debbano avvenire con urgenza entro un termine di natura essenziale.

7. In questo quadro normativo la clausola di forza maggiore assume importanza primaria e la contrattualistica internazionale si è esercitata nella formulazione di testi più o meno fra loro coerenti anche se il patto in questione è fortemente influenzato dal tipo di contratto in cui è inserito, dal contesto fattuale, dal potere contrattuale dei contraenti e da altri possibili fattori contingenti.

8. Quali sono i requisiti cui deve rispondere una clausola di forza maggiore per poter essere invocata?

8.1. In primo luogo la clausola deve identificare gli eventi che si vogliono assumere a motivo di esonero. Come è ovvio, più ampio è l'elenco più efficace è la clausola; tuttavia data la difficoltà di comprendervi ogni possibile eventualità le clausole contengono una formula generale che sottopone al regime della stessa altri eventi genericamente indicati e qualificati dalla condizione che siano al di fuori del controllo della parte interessata: "*any other cause or accidents beyond the control of...*" Questa formula detta "*sweep up clause*", può, a seconda della terminologia utilizzata, comportare un problema di interpretazione poiché si pone il dubbio se essa faccia riferimento ad eventi dello stesso tipo di quelli dell'elenco che precede (secondo il principio dell'"*eiusdem generis*"), oppure no. La prima ipotesi ricorre allorché la dizione sia completata dalle

parole “*of a similar nature*” caso nel quale si ritiene che siano da ritenersi inclusi nell’elenco, anche se non espressamente nominati, eventi dello stesso *genus* di quelli nominati (ammesso che dall’eterogeneità dell’elenco sia ricavabile un unico *genus* o “minimo comune denominatore”). Ma nell’assenza di tali formule il problema si può porre considerato che, come si dirà, l’interpretazione delle clausole di forza maggiore è stretta.

In ogni caso il criterio guida prevalente (ma non è il solo) è quello della straordinarietà e imprevedibilità.

8.2. Un secondo fondamentale aspetto è quello degli effetti che con la clausola ci si prefigge di ottenere: la clausola può infatti disporre che l’evento “*prevent*” (impedisce) oppure anche “*hinder*” (ostacola) la *performance*, caso nel quale essa conferisce maggiore protezione.

8.3. Fra l’evento invocato e le conseguenze lamentate deve esserci un nesso causale poiché non tutti gli eventi straordinari provocano lo stesso effetto o lo causano in eguale misura. Tipico è il ritardo: la durata di uno sciopero non coincide necessariamente con l’ampiezza del ritardo che la sospensione del lavoro ha indotto. Solo quest’ultima costituisce “*actual delay*” ed è quindi quella rilevante per determinare gli effetti sul contratto dell’evento “sciopero”.

In tema di *causation* la giurisprudenza ha affrontato il problema degli effetti di un evento di forza maggiore allorché l’obligato non sarebbe comunque stato in grado di adempiere anche in mancanza dell’evento di forza maggiore.

In tal caso si è ritenuto che la parte possa invocare l’evento solo se la prestazione sarebbe stata eseguibile se non fosse stata impedita dall’evento stesso (e solo da esso). Tale principio, noto come “*but for causation*”, ha ricevuto recente applicazione in *Classic Maritime v. Limbungan Makmur SDN Bhd* [2019] EWHC Civ 1102. Il principio richiama sostanzialmente quello del “*casum sentit debitor*”. Si è peraltro ritenuto che non si debba applicare alla *frustration*, considerati i diversi effetti che questa provoca (*Bremer Handelgesellschaft v Vanden Avenne Izogem PVBA* [1978] 2 Lloyd’s Rep 109). Nello stesso ordine di ragionamento è stata esclusa la forza maggiore in presenza di “*breach of contract or negligence*” della parte, salvo il caso in cui le parti abbiano diversamente disposto (*J Lauritzen AS v Wijsmuller BV (the “Super Servant Two”* [1990] 1 Lloyd’s Rep 1); o ancora se la parte è in “*culpable delay*” (evento imprevisto che interviene quando la parte è già in ritardo nell’adempimento, v. *Hull Central Dry Dock & Engineering Works v Ohlsen Steamship Ltd* [1924] 19 Lloyd’s. L Rep 54).

8.4. Il principio espresso nella “*sweep up*” o comunque implicito nelle clausole di forza maggiore che l’evento deve essere “*beyond the control*” presuppone che l’interessato adoperi i mezzi ragionevoli per mitigare o evitare le conseguenze dell’evento. Ad esempio, in caso di divieto di esportazione di un prodotto il venditore deve considerare eventuali alternative di approvvigionamento (e non potrà opporre per il motivo già detto che ciò comporta maggiori difficoltà o un maggior prezzo, a meno che non ricorrano gli estremi di una “*frustration*”). Sempre in tema di “*control*” ci si è domandati se sia invocabile l’esonero quando il fatto esonerativo colpisce un altro soggetto nella catena produttiva: la giurisprudenza ha risposto

affermativamente (*Coastal (Bermuda) Petroleum Ltd v VTT Vulcan Petroleum SA (No 2)* (the “*Marine Star*”) [1996] 2 Lloyd’s Rep 383).

8.5. L’onere della prova sia del realizzarsi dell’evento impeditivo, sia delle conseguenze e del nesso causale fra i due incombe all’obligato che invoca l’effetto liberatorio dell’evento, mentre spetta all’altra parte dimostrare che non è un evento “*beyond the control*”. Va osservato al riguardo che le clausole di forza maggiore sono interpretate con criterio rigoroso (applicando ad es. la regola del *contra proferente*) ed equiparate sotto questo aspetto alle “*exclusion*” o “*exception clauses*”. Ne è pratica conferma il fatto che i contenuti tipici di una clausola di forza maggiore si trovano in certi contratti sotto il titolo di “*exclusion clause*”. La clausola di forza maggiore, specie se invocata come impossibilità ad adempiere, va perciò utilizzata nel sicuro ricorrere dei suoi requisiti per evitare che il rifiuto ad adempiere sia considerato una “*repudiation*” del contratto (vale a dire volontà di non adempiere che legittima la controparte alla “*termination*”).

8.6. Generalmente il diritto ad avvalersi dell’evento esonerativo è subordinato ad alcuni adempimenti anche formali a tutela dell’altra parte. In primo luogo deve essere data una *notice* che dà notizia dell’accadimento dell’evento di forza maggiore e dei suoi effetti attesi (talora seguita da una *notice* di cessazione al venir meno della situazione di forza maggiore). L’assenza di *notice* comporta spesso la decadenza dal diritto di valersi dell’esimente. Può essere poi pattuito che siano fornite prove documentali del fatto impeditivo e delle sue conseguenze, ma ciò è comunque un onere dell’interessato.

9. L’infezione di Covid 19 è stata definita una pandemia dalla WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) l’11 marzo scorso. I suoi effetti devastanti per la salute lo sono anche per le economie specie quelle occidentali. La chiusura di ampi settori dell’industria primaria e manifatturiera produce pesanti ripercussioni sulla produzione e l’approvvigionamento, e ritardi nella fornitura di beni e servizi. Inoltre le misure di prevenzione e contenimento (il *lockdown* in particolare) emanate dai governi di molti paesi contribuiscono alla severa riduzione delle capacità produttive. Può tutto ciò essere invocato come legittimo impedimento all’adempimento di un contratto come forza maggiore?

10. Prima di rispondere alla domanda converrà considerare che gli stessi legislatori nazionali potrebbero farsi carico di alleviare la posizione di operatori onerati da impegni che non possono essere assolti data la situazione.

È il caso del legislatore italiano che con il DL 18 del 17 marzo 2020, ha introdotto un comma aggiuntivo all’art 91 del DL del 23 febbraio n.6 che recita: “*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi degli art. 1218 e 1223 Cod Civ. della responsabilità debitore anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”.

Va peraltro ricordato che la rubrica dell’art 91 in cui la citata disposizione è inserita è: “*Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*”.

Da qui il quesito se il provvedimento sia estensibile a contratti privati come sarebbe logico e forse possibile attraverso una applicazione estensiva ed a eventualmente analogica della norma.

In ogni caso questa si limita a introdurre un ulteriore criterio di valutazione della imputabilità dell'inadempimento e non una causa esimente.

11. Ma a prescindere da ciò le clausole di forza maggiore che si trovano nei contratti tipo sono idonee allo scopo?

Iniziamo dai contratti di costruzione di nave. E' innanzitutto certo che il *shortage of material* o la riduzione della *work force* (se non il suo azzeramento) possono provocare pesanti effetti specie sul rispetto del termine di consegna che nei contratti è sempre essenziale e presidiato da sanzioni ("*liquidated damages*") per ritardo. In effetti, tutti i formulari internazionali contengono una clausola siffatta: (i) Il Newbuildcon, di provenienza BIMCO, prevede fra gli eventi che consentono di invocare la forza maggiore "*Acts of God, epidemics*" nonché "*any other cause of a similar nature to the above beyond the control of the builder or its subcontractors*"; (ii) il SAJ, contratto dell'Associazione dei cantieri giapponesi, presenta un elenco di eventi molto esteso in cui compare "*epidemics*" e la clausola di portata generale simile a quella del Newbuildcon; (iii) il CMAC, formulario della *China Maritime Arbitration Commission*, che in buona parte è ispirato al Newbuildcon (ma con differenze pro-builder) comprende pure esso le "*epidemics*". In linea generale comunque si può affermare che nella misura in cui il Covid abbia effettivamente comportato ritardi (anche ad esempio per restrizioni di importazione per *quarantine* o *government restrictions*, le quali rappresentano eventi causalmente collegati e conseguenti al virus) e il cantiere abbia rispettato le altre condizioni previste, la consegna possa legittimamente slittare; il Covid è in effetti un'epidemia o altro evento "*of a similar nature*". Ma il "*beyond the control*" potrebbe inibire il richiamo se ad esempio una fornitura fosse stata ordinata con ritardo.

Si noti che queste clausole, anche quella nel Newbuildcon, che è strutturata sul testo di una clausola standard proposta dalla International Chamber of Commerce (ICC), sono limitate ad estendere la "*delivery date*" e quindi non riguardano inadempimenti diversi dal ritardo e a maggior ragione non riguardano il committente (*buyer*) il cui principale obbligo è quello di pagare il prezzo e rispetto al quale è meno probabile (se pur non impossibile) individuare eventi di forza maggiore.

12. Veniamo alle navi in esercizio. Il fenomeno può riguardare tanto il settore del trasporto (di linea o cd *tramp*), quanto - e più logicamente - i contratti di durata: *time charters, consecutive voyage charters, contracts of affreightment*.

12.1. I *time charters* e in genere i contratti di impiego della nave non contengono una clausola di forza maggiore, ma una *exception clause* che può operare in circostanze straordinarie; inoltre altre circostanze speciali possono influire sull'obbligo di pagamento del nolo.

a) Lo SHELLTIME 4 alla cl 27 "*exceptions*", dopo aver enumerato alcuni casi di esonero di responsabilità per l'armatore elenca i casi di *mutual exceptions* che sono invocabili da ambedue le parti, affermando che Owner e Charter "non saranno responsabili per qualsiasi perdita, danno ritardo o inadempimento": che derivi

da: "*Acts of God ... quarantine restrictions, restraint of princes, rulers or people ...*" (limitiamo la menzione ai casi potenzialmente rilevanti).

b) Una pattuizione simile si trova nel NEW YORK PRODUCE EXCHANGE (NYPE) alla clausola 21: questa clausola menziona due esempi tipici del nostro caso (*quarantine e restraints*) ma la pandemia potrebbe - per quanto più genericamente - essere ricondotta anche agli *Acts of God* (per spunti al riguardo: *Tandrin Aviation Holdings LTD v Aero Toy Store [2010] 2 Lloyd's Rep. 668*).

12.2. L'obbligo dell'armatore nel *time charter* è quello di far navigare la nave secondo gli ordini del noleggiatore. Questi ha dei limiti di vario tipo (geografici, di tipo di carico, di rispetto di norme doganali ecc.).

a) Un'obbligazione tipica è quella che va sotto il nome di *safe port/safe berth*. In base virtualmente a tutti i formulari in uso (per carichi liquidi, gassosi o secchi) il noleggiatore è tenuto a garantire che impiegherà la nave esclusivamente fra porti (e banchine) sicure.

In alcuni contratti la garanzia è "assoluta", in molti altri si dispiega in termini di *due diligence*. Questa è ad esempio l'impostazione dello SHELLTIME cl. 4 c) dove il noleggiatore non garantisce che il porto è sicuro ma esercita la dovuta (ordinaria e professionale) diligenza per conseguire tale risultato: in termini pratici se un porto è insicuro ma per ragioni che nonostante le più diligenti indagini non potevano essere scoperte dal noleggiatore, questi non ne risponde. Se il porto è insicuro l'armatore e l'equipaggio possono rifiutarsi di procedere e invitano il noleggiatore a indicare una destinazione alternativa. Se il noleggiatore ciononostante conferma le istruzioni, e il comandante vi dirige la nave, il noleggiatore risponde degli eventuali danni. Il concetto di "*safety*" è stato sviluppato dalla *case law* anglosassone e si ritiene che comporti che un porto è sicuro allorché - in assenza di un'"*abnormal occurrence*" - la nave possa recarvisi, sostare e ripartire. La "*abnormal occurrence*" può essere un evento naturale, ma anche umano (ad es. un attentato) è ciò è coerente con il principio che la "*safety*" non è solo fisica (ad es. assenza di fondali non segnati), ma anche politica (assenza di manifestazioni violente ecc.). Ma anche la presenza di un'epidemia può essere rilevante: nel caso *Ciampa v British India Steam Navigation Co. Ltd. [1915] 2 K.B. 774*, una nave che aveva scalato in un porto affetto da una epidemia di peste fu successivamente giudicata innavigabile cioè inidonea a prendere il mare e quindi indirettamente il porto in cui aveva scalato fu considerato insicuro. La questione non può essere risolta semplicemente perché vari aspetti la qualificano ulteriormente. Innanzitutto si deve stabilire se il noleggiatore risponda comunque dell'ordine (nel senso che la sua garanzia che il porto è sicuro è assoluta), o debba solo usare l'ordinaria diligenza nell'ordinare la nave a tale destinazione: in questo secondo caso l'accertamento delle condizioni locali che ragionevolmente consente di inviare la nave ma che, senza colpa del noleggiatore, si rivelano differenti, può non implicarle responsabilità. In secondo luogo la sussistenza di una responsabilità del noleggiatore va valutata al momento in cui la nave è ordinata di dirigere a quella destinazione. In terzo luogo è previsto comunque che la causa dell'eventuale danno non sia attribuibile all'equipaggio. Nel nostro caso è presumibile che un ordine di scalare in un porto dove è stata accertata la presenza di infezioni da Covid potrebbe legittimare il rifiuto: infatti, le conseguenze dell'*unsafety*

non sono limitate al danno fisico alla nave ma possono essere estese a maggiori costi per soste, o i interventi di sanificazione o per danni a personale ecc.

b) Un altro profilo interessante è quello dell'*off hire*: il noleggiatore paga il nolo in funzione del tempo di impiego; se la nave è impedita nell'impiego commerciale, non per fatto imputabile al noleggiatore, il pagamento può essere sospeso per il tempo relativo (con calcoli di imputazione talora diversi). Nelle clausole di *off hire* è presente il caso di *quarantine* cui una nave potrebbe essere assoggettata. Lo SHELLTIME 4 alla cl 21 (*Offhire*) menziona alcuni limitati casi in cui il noleggiatore è esentato dal pagare il nolo che possono ricondursi alla ns fattispecie: "i) *refusal to sail, breach of order*; ii) *(loss of time) for the purpose of obtaining medical advice or treatment or for landing any sick ...person or any body*; iii) *due to delay in quarantine arising from the master officers or crew having had communication with the shore at any infected area, without the written consent of the Charterers*". Più limitata (e quindi più favorevole all'*owner*) è la corrispondente clausola del NYPE.

Al di fuori delle specifiche ipotesi contemplate, queste cause clausole non prevedono la possibilità di sospendere il pagamento del nolo.

Va osservato che molti contratti contengono però espresse e dettagliate disposizioni rispetto alla forse più tipica esemplificazione della forza maggiore cioè la guerra (si vedano le cl 33/36 dello SHELLTIME). L'utilità della pattuizione sta anche nel disciplinare, in modo ordinato e logico, diritti obblighi o responsabilità in caso di "*war*" e eventi assimilati.

12.3 Diverse considerazioni valgono per i *Voyage Charters*.

a) Anche qui può porsi il tema *safe berth* e al riguardo rimandiamo a quanto sopra.

b) In linea generale prendendo un formulario a grande diffusione sul mercato (il GENCON, tipicamente "*owner friendly*") si nota che non solo non v'è alcuna clausola di forza maggiore, ma le *exceptions* sono limitate all'armatore che è solo tenuto ad assicurare la navigabilità della nave (e ne risponde solo se c'è una sua colpa personale) altrimenti non risponde "*for any cause whatsoever*".

Il contratto peraltro regola dettagliatamente i casi *war* e *strike*.

c) Per carichi liquidi il più diffuso formulario ASBATANK contiene due clausole di un certo rilievo:

i) la cl 17 "*Quarantine*" pone il tempo di attesa per carichi o scarico (*laytime*) a carico del noleggiatore se il ritardo è causato da quarantena nel porto ordinato dal noleggiatore;

ii) la *mutual exception clause* esonera le parti per eventi fra i quali si enumerano gli "*Acts of God, restraint of princes rulers and people, lo stoppage e il restraint of labor*".

12.4. Appare evidente come i contratti in uso siano nel testo base inadeguati a rispondere a questa emergenza e la ragione è la stessa che ha colto il mondo impreparato: l'umanità non poteva immaginare di subire le conseguenze di un virus capace di fermare seppur temporaneamente il ciclo produttivo a livello globale.

I contratti dovranno perciò farsene carico come vedremo a breve.

13. Vendita internazionale

Questo è un altro comparto soggetto a stress. Anche qui l'industria ha prodotto formulari di contratto ampiamente utilizzati dall'utenza come quelli di provenienza GAFTA e FOSFA ed altri.

I contratti prevedono il caso specifico e di fatto il più rilevante della "*Prevention of shipment*" nella quale peraltro si enumerano i casi di *force majeure* fra i quali giova menzionare la *prohibition of export, Acts of God, unforeseeable and unavoidable impediments of transport and navigation and any other event comprehended in the term force majeure*". Formula quest'ultima che sembra voler rimandare genericamente ai requisiti di straordinarietà e imprevedibilità. La clausola opportunamente stabilisce le regole del ricorso alla forza maggiore disponendo che se l'adempimento è impedito (*prevented*) il medesimo viene sospeso per 21 gg, trascorsi i quali il compratore può risolvere il contratto, in caso contrario esso rimane in vigore, salvo, si deve intendere, che non maturino gli estremi della *frustration*.

14. Si può osservare in generale che con maggiore o minore estensione le clausole in uso siano inadeguate ad affrontare il caso presente o perché manca la possibilità di riportarlo ad una vicenda designata, o perché volte a regolare la posizione di una parte e non dell'altra (anche se è ovvio che la parte più da tutelare è quella tenuta alla prestazione tipica come il venditore, costruttore, armatore) o perché non regolano in modo chiaro come l'evento debba incidere sul contratto, cosa indispensabile in un contesto dove l'impossibilità deve essere assoluta e la risoluzione consegue solo in casi specifici ed estremi (*frustration*).

In realtà BIMCO in occasione della epidemia di Ebola ha prodotto una clausola che, eventualmente adattata, può ritenersi efficace. Si tratta della *Infectious or Contagious Diseases Clause*.

Quella per Time Charters:

- i) definisce il *disease* e le *affected areas* ("*any port or place where there is a risk of exposure ... or risk of quarantine or other restrictions*") e prevede che:
- ii) la nave non ha l'obbligo di procedere verso o sostare in "*affected areas*";
- iii) l'armatore deve darne pronta comunicazione al noleggiatore;
- iv) se l'infezione insorge a nave già presente in loco essa può ripartire, con o senza carico;
- v) il noleggiatore ha 48 ore per designare un porto alternativo, in caso di mancata designazione l'armatore è libero di scaricare in qualsiasi porto;
- vi) il noleggiatore ha un obbligo di *indemnity* generale per spese e responsabilità anche nel caso in cui l'armatore scelga di scalare in un'"*affected area*";

Adattata/modificata, tale clausola è certamente una risposta più adeguata alla problematica in corso.

15. Covid e il futuro

Lo shipping ha elaborato clausole idonee per fronteggiare tipiche situazioni emergenziali in particolare *war, strike, terrorism* ed eventi assimilati o associati. La pandemia di Covid impone una revisione delle clausole generali di forza maggiore se non la redazione di clausole *ad hoc*. Ciò vale tanto per i contratti in corso quanto quelli futuri perché nel redigere un nuovo contratto, anche ad emergenza cessata, non potrebbe non considerarsi il rischio di un ritorno del morbo. In tema di forza maggiore nel formulare una nuova clausola ci si dovrà chiedere:

- i) quali delle parti possono essere colpite e quindi devono essere protette dal patto;
- ii) quali sono gli eventi da cui proteggersi: non solo il contagio in sé stesso, ma anche divieti, restrizioni ecc. adottati per prevenirne o contrastarne la diffusione;
- iii) se debba essere contemplata solo l'impossibilità (*prevent*) ad eseguire una prestazione o anche il caso dell'impedimento temporaneo (*hinder*)?;
- iv) se disporre una procedura per disciplinare i termini temporali e le condizioni per l'esercizio del diritto all'esonero, le sue conseguenze e facoltà delle parti;
- v) se, infine, conferire al principio di forza maggiore un ambito di operatività più ampio ed elastico includendovi fattispecie quali l'intervento di un "*adverse material change*" per la parte obbligata, che pur non comportando l'impossibilità ad adempiere, legittimino la parte interessata a ottenere una revisione contrattuale (così importando in *common law* il concetto di eccessiva onerosità sopravvenuta tipico dei sistemi di *civil law*).

Clausole di questo tipo potrebbero peraltro rivelarsi utili non solo in ambito di *common law* ma anche negli ordinamenti dove il principio di forza maggiore è normativamente riconosciuto, qualora soluzioni normative siano suscettibili di integrazione contrattuale, in vista di un più fluido componimento degli interessi delle parti. Ci riferiamo, in particolare, al caso del nostro art. 1467 Cod. Civ. in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata o periodica, dove, come abbiamo visto sopra al par. 4.3, il pratico meccanismo della riduzione ad equità delle prestazioni è relegato al ruolo di rimedio sussidiario e subalterno, che presuppone sempre e comunque la precedente domanda di risoluzione del contratto.