

# IMPATTO DELLA CRISI SUI CONTRATTI DI UTILIZZAZIONE DELLE NAVI

MAURIZIO DARDANI

## PREMESSA

Desidero fare una breve premessa e formulare in anticipo le scuse per il carattere disorganico e disordinato della relazione che ascolterete.

Ciò dipende in parte dal fatto che essa non è il frutto di studi ordinati e sistematici, ma è piuttosto il frutto dell'esperienza di anni di lavoro professionale, svolta a contatto quotidiano con la vita, i problemi e, soprattutto, il contenzioso sia giudiziale che stragiudiziale degli operatori marittimi.

Quindi è il frutto delle esperienze.

E le esperienze, come è noto, sono un patrimonio prezioso, si trovano nell'enorme palazzo della memoria, e offrono a ciascuno di noi un materiale unico e originale su cui riflettere; ma sono anche un patrimonio sul quale non è sempre facile mettere ordine<sup>1</sup>.

Ma vi è anche un'altra ragione che potrebbe giustificare il carattere disorganico di questa relazione, ed è il suo stesso argomento.

La crisi, innanzi tutto. E poi la crisi nel suo impatto sui contratti di utilizzazione delle navi.

La parola crisi evoca, nella sua accezione moderna, l'idea di un fenomeno traumatico. Qualche cosa che porta nella vita degli individui o delle società un turbamento profondo e spesso caotico. Spesso si tratta di un fenomeno violento, come la crisi di panico, o di pianto, o la crisi isterica, talvolta è un fenomeno profondo che modifica per sempre la vita, come la crisi esistenziale, o quella religiosa. Talvolta, come nel caso della crisi economica, si tratta di un fenomeno non solo brusco ma anche prolungato nel tempo. Sempre e in ogni caso, si tratta di una lacerazione, di una separazione dal passato.

Dobbiamo quindi ragionare sugli effetti che un fenomeno caotico, drammatico, conturbante, brusco e prolungato nel tempo, quale è la crisi economica nella quale viviamo, ha avuto e sta avendo non solo sullo svolgimento ordinato dei traffici marittimi, ma su quel mondo, apparentemente geometrico, fatto di regole, convinzioni, principi e comportamenti, che dei traffici marittimi costituisce il fondamento. Di ruoli, almeno all'apparenza, ben identificati.

In breve, ci occuperemo dell'impatto del caos sull'ordine.

E soprattutto cercheremo di capire se da questa lacerazione sia possibile trarre gli insegnamenti per discernere nuovi concetti che consentano di superare l'attuale stato di confusione.

---

<sup>1</sup> Sant'Agostino, Le confessioni, Capitolo X: *"Dalla stessa, copiosa riserva traggo via via sempre nuovi raffronti tra le cose sperimentate, o udite e sulla scorta dell'esperienza credute; non solo collegandole al passato, ma intessendo sopra di esse anche azioni, eventi e speranze future, e sempre a tutte pensando come a cose presenti. "Farò questa cosa, farò quell'altra", dico fra me appunto nell'immane grembo del mio spirito, popolato di tante immagini di tante cose; e l'una cosa e l'altra avviene. "Oh, se accadesse questa cosa, o quell'altra!", "Dio ci scampi da questa cosa, o da quell'altra!", dico fra me. e mentre lo dico ho innanzi le immagini di tutte le cose che dico, uscite dall'unico scrigno della memoria, e senza di cui non potrei nominarne una sola.*

L'etimologia della parola crisi ci permette infatti di fare un'altra considerazione, un po' più rassicurante.

“Crisi” deriva infatti dal verbo greco *to krinein*, che significa separare, in particolare separare la farina dalla semola con il setaccio; da qui cernere, discernere (che significa separare due volte, cioè ri-flettere), e quindi pensare e ripensare.

Da momento drammatico e sconvolgente della nostra vita, la crisi può quindi trasformarsi in un momento di valutazione, di discernimento, anche nel presupposto per un miglioramento.

\* \* \*

#### LA CRISI DEI NOLI NELL'ESTATE DEL 2008

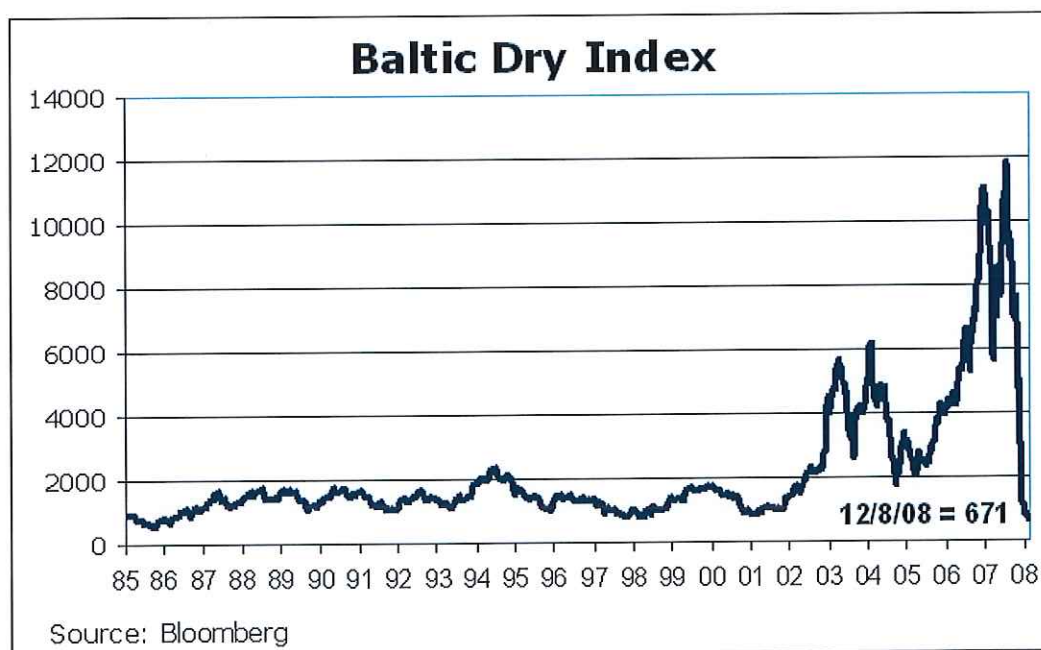
Le crisi economiche hanno impatto su molteplici indicatori della vita economica: sulla produzione, sull'occupazione e la disoccupazione, sull'andamento dei prezzi, sul valore dei beni.

Ma nel mondo dello *shipping* la crisi colpisce essenzialmente due beni: il valore delle navi e il livello dei noli marittimi.

Ai fini di questa relazione, che riguarda l'impatto della crisi sui contratti di utilizzazione delle navi, interessa ovviamente la crisi del mercato dei noli verificatasi a partire dal mese di agosto 2008, e non la perdita di valore delle navi, che ha avuto effetti devastanti sui bilanci delle società di navigazione e sui contratti di finanziamento in essere.

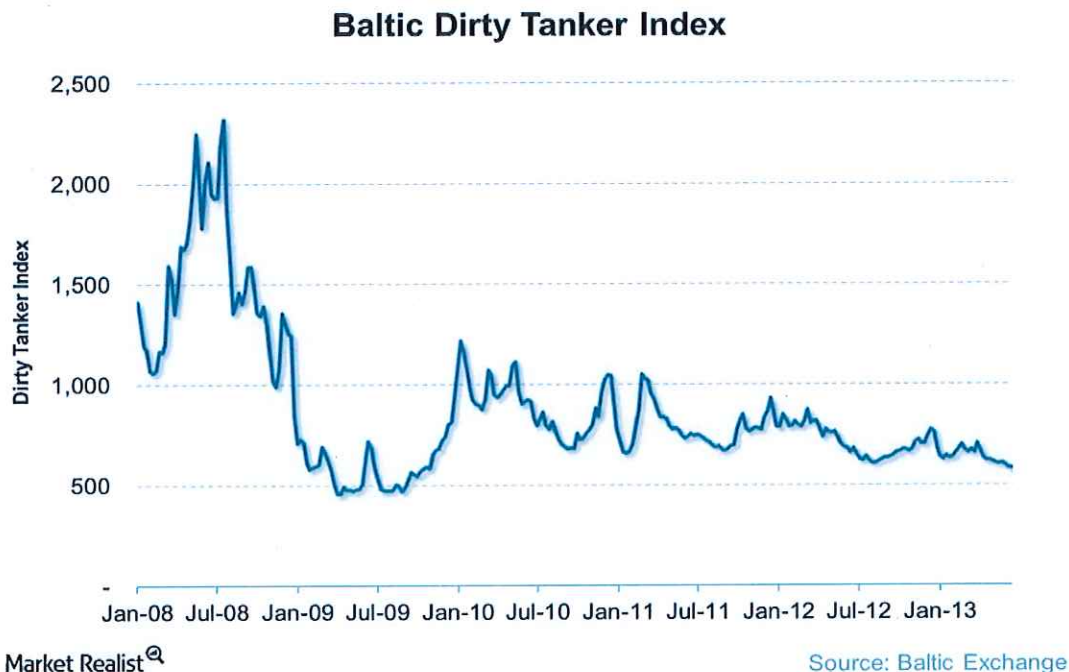
Concentriamoci quindi sull'andamento del mercato dei noli.

Il grafico che vedete alle mie spalle sarà apparso chissà quante volte nei convegni e nelle riunioni di studio dedicate all'argomento che ci riguarda. Si tratta del grafico del Baltic Dry Index che rivela che nel maggio del 2008 i noli erano giunti al culmine, pari a 11793 punti del Baltic Dry Index, e che nell'arco di sei mesi (dal maggio al settembre 2008) l'indice è sceso sino a toccare 671 punti.



(Baltic Dry Index dal 1985 al 2008)

Un andamento simile si trova anche per quanto riguarda i noli delle navi cisterna, cioè per i carichi liquidi, come risulta dal secondo grafico.



(Baltic Dirty Tanker Index gennaio 2008-gennaio 2013)

Questi grafici tuttavia rivelano non soltanto il crollo verticale e improvviso del mercato, ma consentono di constatare altri due fenomeni, che hanno reso la crisi particolarmente violenta e devastante.

La prima osservazione che si può fare è che la crisi del mercato è giunta all'improvviso, in un momento in cui il mercato aveva raggiunto il culmine di una fase speculativa che, come s'è visto, aveva portato il Baltic Dry Index, nell'arco di circa quattro o cinque anni, su una vetta mai raggiunta in precedenza, cioè a 11793 punti.

E questo fenomeno aveva indotto gli armatori di tutto il mondo, allora fortemente sostenuti e incentivati dal mondo bancario, ad effettuare importanti investimenti ordinando nuove costruzioni presso ogni cantiere del mondo.

Pertanto la crisi coglie l'armatore nel momento del suo massimo indebitamento e quindi, in posizione di debolezza e di totale dipendenza dal mercato dei noli.

La seconda osservazione riguarda la durata della crisi. Come risulta dal terzo grafico, il mercato crolla nell'estate del 2008 e da allora non si è mai più ripreso, rimanendo costantemente a livelli inferiori rispetto a quelli della fase che precedette il boom del 2003-2008, in tal modo frustrando inesorabilmente, col passare del tempo, ogni speranza degli armatori di poter risanare le loro imprese sovra-indebitate.



(Grafico Baltic Dry 5 anni: maggio 2008 – maggio 2012)

Ma prima di entrare nell'esame degli effetti della crisi sui contratti di durata in corso, vi è anche una terza considerazione sulla quale vale la pena di soffermarsi. Questa non si ricava dall'esame dei grafici, ma costituisce un dato di esperienza comune per tutti coloro che, in questi anni, hanno seguito professionalmente le vicende del mercato marittimo, siano essi armatori, noleggiatori, brokers o semplici avvocati.

Sull'onda del mercato in costante e impetuosa ascesa, negli anni 2003-2008, si verifica il fenomeno del noleggio a catena: le navi vengono nolggiate a tempo e sub-nolggiate più volte, sempre a tempo per periodi di tempo variabili, ma per rate di nolo sempre crescenti, con noleggiatori-armatori che si inseriscono nella catena dei noleggi senza alcuna funzione, né tecnica né commerciale, e con una finalità meramente speculativa.

Il gioco era, in quel momento, così attraente, che in queste catene di contratti finiranno per trovarsi soggetti dalle caratteristiche più diverse, dalla società capitalizzata e proprietaria di un importante patrimonio di navi, alla società più modesta ma in grado di fornire idonee garanzie, giù giù sino alla società off-shore, priva di capitale e potenzialmente incapace di far fronte a qualsiasi tipo di responsabilità, ma ovviamente desiderosa di accaparrarsi qualche briciola della torta che sembrava non finire mai.

La presenza di questi ultimi soggetti nelle catene contrattuali contribuirà a rendere ancora più drammatica ogni trattativa sia per la rinegoziazione dei contratti sia per la loro risoluzione mediante il pagamento di penali, tramite i c.d. "*wash out agreements*".

Ma cosa accade realmente nell'estate del 2008?

Accade semplicemente che nel mondo non vi sono merci da trasportare e vi sono invece centinaia, migliaia di navi, appena costruite (e appena finanziate) che chiedono di essere impiegate per il trasporto.

L'ultimo soggetto della catena, quello che ha da poco concluso un contratto di noleggio a tempo o a viaggi consecutivi a rate stratosferiche perché "confida" di trovare un impiego per la nave ancora più lucrativo, stipulando a sua volta un contratto di durata o anche semplicemente impiegando la nave sul mercato spot, si accorge all'improvviso che il mercato è crollato; poi lentamente si accorge che si tratta di un crollo destinato a durare nel tempo; infine si accorge che si tratta di una situazione sostanzialmente irreversibile e che non sarà mai più possibile far fronte alle obbligazioni assunte nei confronti del noleggiante. In sostanza: che è semplicemente impossibile andare avanti.

Ovviamente, quando l'ultimo noleggiatore della catena dei contratti si arrenderà e cederà le armi ammettendo la propria incapacità di adempiere, gli stessi identici problemi passeranno sul penultimo, e poi sul terzultimo, con un effetto domino che, alla fine porrà faccia a faccia il primo noleggiatore e quel soggetto che si trova nella situazione più fragile di tutti, cioè l'armatore della nave, che ha da poco stipulato i contratti per il finanziamento della nave, che ha concesso alle banche ogni tipo di garanzia reale e personale, e che è proprietario di quel bene, la nave, che è esposto alle azioni esecutive e cautelari di tutti coloro che, più o meno legittimamente, vorranno aggredirla sostenendo di avere un credito che si riferisce alla nave, un "*maritime claim relating to that ship*".

\* \* \*

#### OBBLIGAZIONI PECUNIARIE E IMPOTENZA FINANZIARIA

Vediamo allora se e quale ordinamento giuridico abbia approntato dei rimedi che possano essere utilizzati per risolvere in modo equilibrato, ragionevole e, in ultima sostanza, equo, una simile situazione.

In precedenza ho usato il termine impossibilità, riferendomi alla prestazione del noleggiatore, ma avrei dovuto più correttamente usare il termine di "impotenza finanziaria" o "impotenza economica".

L'obbligazione che, nello scenario sopra descritto, il debitore non è più in grado di adempiere, è infatti un'obbligazione di natura strettamente pecuniaria: è l'obbligazione di pagamento nel nolo.

Tale constatazione, all'apparenza ovvia, dovrà essere continuamente tenuta in considerazione quando prenderemo in esame i concetti di "*favor contractus*", e i rimedi c.d. "manutentivi" del contratto di fronte alle circostanze sopravvenute.

L'obbligazione pecuniaria, nella nostra cultura giuridica, è un'obbligazione che si sottrae alle regole della imputabilità, che prescinde da qualsiasi considerazione di colpa e di violazione di regole di condotta. Il debitore che non riesce ad adempiere, per qualsiasi motivo, è sempre responsabile. E la colpa (cioè la condotta negligente del debitore) rileva soltanto per disciplinare le conseguenze del suo ritardo nell'adempimento<sup>2</sup>.

Un tempo tali affermazioni si giustificavano osservando che siccome l'obbligazione pecuniaria ha per oggetto un "*genus*" (cioè il denaro) la responsabilità è assoluta e incondizionata in base al principio "*genus numquam perit*".

---

<sup>2</sup> Si veda l'art. 1224, II co., cod. civ.

Analisi più approfondite<sup>3</sup> hanno poi rivelato che la regola della responsabilità incondizionata e assoluta del debitore pecuniario ha radici più profonde nella cultura giuridica e nella coscienza dei paesi occidentali e riposa, essenzialmente, sulla nozione di “valore del patrimonio del debitore” e di “garanzia patrimoniale”. Il patrimonio del debitore è, in un certo senso, a disposizione del creditore, e l’elemento della “garanzia” prevale su quello dell’”attività” del debitore.

Quando il debitore non può adempiere, per “impotenza finanziaria”, cioè per mancanza di denaro, è sempre responsabile, anche quando questa impotenza finanziaria dipenda da cause sopravvenute a lui non imputabili. Tanto che di fronte ad eventi catastrofici ed eccezionali che rendano gravemente difficoltoso l’adempimento (come ad esempio gli eventi bellici<sup>4</sup>) è soltanto il legislatore che può intervenire con provvedimenti eccezionali che tradizionalmente sono le c.d. moratorie e, in tempi più recenti, le novità introdotte nelle procedure concorsuali minori, di cui si occuperà oggi un altro Relatore.

Si tratta di concetti, che affondano probabilmente le loro radici anche in considerazioni filosofiche e religiose sul tema del denaro nella nostra civiltà, e che non è necessario in questa sede cercare di approfondire ulteriormente<sup>5</sup>.

Tuttavia, l’analisi non sarebbe completa se non si desse conto della posizione assunta dalla giurisprudenza della nostra Cassazione in tema di obbligazioni pecuniarie.

Citerò quindi due sentenze, una del 2004<sup>6</sup> e l’altra del 2013<sup>7</sup>, dalle quali viene estrapolata la stessa massima, che è la seguente:

*In materia di obbligazioni pecuniarie, l'impossibilità della prestazione deve consistere, ai fini dell'esonero da responsabilità del debitore, non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo ed assoluto che non possa essere rimosso, non potendosi ravvisare nella mera impotenza economica derivante dall'inadempimento di un terzo nell'ambito di un diverso rapporto.*

Nel primo caso, quello del 2004, il debitore, ente gestore di un corso professionale, aveva tentato di giustificare la propria inadempienza all’obbligo di pagamento del corrispettivo dovuto ad un docente del corso, sostenendo che vi era stato inadempimento di un terzo (la Regione) agli obblighi di finanziamento del corso, assunti nei confronti dell’ente.

Nel secondo caso, quello del 2013, il debitore aveva prospettato, quale impedimento sopravvenuto che avrebbe giustificato il suo esonero da responsabilità, l’impossibilità di ottenere il rimborso di somme concordate a titolo transattivo con terzi.

---

<sup>3</sup> Si richiama sul punto l’opera fondamentale di Giorgianni, L’inadempimento, Corso di diritto civile, Milano 1975, pagg. 299 e segg.

<sup>4</sup> Per un caso nel quale l’impotenza finanziaria è stata considerata giustificata dalla forza maggiore rappresentata da eventi bellici, si veda Cass. 18 dicembre 1952 (in Foro it. 1953, I, 500).

<sup>5</sup> Si potrebbe giungere ad affermare che il debitore che non è in grado di far fronte alle proprie obbligazioni è sempre in colpa, perché non ha agito con la dovuta prudenza, accantonando le necessarie risorse finanziarie e adottando le misure idonee per limitare (*hedge*) i rischi della propria attività imprenditoriale.

<sup>6</sup> Cass. 20 maggio 2004 n. 9645, in Giust. Civ. Mass. 2004, 5

<sup>7</sup> Cass. 15 novembre 2013 n. 25777, in Diritto & Giustizia 2014, 5 febbraio

La massima sembra lasciare intendere che vi siano impedimenti obiettivi, assoluti e non rimovibili che, in materia di obbligazioni pecuniarie giustificerebbero l'esonero da responsabilità del debitore<sup>8</sup>.

Ma le motivazioni delle due sentenze non lasciano invece spazio a dubbi di sorta.

Quando si tratta di obbligazioni pecuniarie (si legge nella sentenza del 2004), l'impotenza economica del debitore è sempre un fatto soggettivo, prevedibile e comunque normalmente imputabile al debitore tenuto a gestire la propria attività economica e a sopportarne il rischio relativo, secondo criteri di correttezza, buona fede<sup>9</sup>, prudenza e prevedibilità, e quindi non esclude di norma la sua responsabilità nei confronti del creditore, verso il quale, del resto, rimane tenuto anche oltre il termine dell'adempimento, stante il principio di cui all'art. 2740 cod. civ.

Ancora più categorica è la decisione del 2013, che, ancorandosi ancora al vecchio principio *genus nunquam perit*, afferma testualmente quanto segue:

*Giova rammentare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione, è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e non si identifica, pertanto, con una semplice difficoltà di adempiere (cfr. Cass. 7-2-1979 n. 845), e cioè con una qualsiasi causa che renda più oneroso l'adempimento (Cass. 14-4-1975 n. 1409), ma consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento; il che, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro (Cass. 16-3-1987 n. 2691; Cass. 17-6-1980 n. 3844; Cass. 15-7-1968 n. 2555; nello stesso senso Cass. 30-4-2012 n. 6594).*

Il che equivale a dire, in buona sostanza, che non esistono motivi obiettivi e assoluti che possano esonerare da responsabilità il debitore pecuniario.

Applicando questi principi alla situazione che abbiamo descritto a proposito dei contratti di noleggio a catena dopo la crisi dei noli del 2008, sembrerebbe che il rigore espresso dall'ordinamento in tema di obbligazioni pecuniarie non lasci alcuna possibilità di scampo al noleggiatore, che non potrà certo giustificare la propria inadempienza al pagamento del nolo facendo riferimento all'inadempienza del suo sub-noleggiatore o, ancor peggio, al fatto che non si trovino merci da trasportare.

L'esito non potrà essere che la risoluzione del contratto per inadempimento e la responsabilità illimitata del noleggiatore-debitore, la cui incapacità finanziaria è quindi destinata a trasformarsi in insolvenza, con conseguente liquidazione coattiva dell'intero patrimonio del debitore.

\* \* \*

---

<sup>8</sup> Interessanti sul punto le osservazioni di Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, Bologna 1979, pag. 106: "In linea di massima la mancanza di colpa sarebbe ravvisabile solo nel ricorso di eventi straordinari, come usualmente sottratti ai rischi assicurati (terremoti, insurrezioni). Si tratta quindi di fattispecie non comuni".

<sup>9</sup> Si noti il richiamo alla nozione di buona fede per giustificare un'obbligazione assoluta e svincolata dalla colpa, che è basata essenzialmente sugli obblighi di sicurezza e di protezione del creditore (v. Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, Bologna 1979, pag. 36)

## I CONTRATTI E LE DUE REGOLE CONTRAPPOSTE: PACTA SUNT SERVANDA E REBUS SIC STANTIBUS

Cambiamo allora tema di indagine e concentriamo l'attenzione non più sulla singola obbligazione, ma sul contratto.

E' possibile, ci domanderemo, che l'ordinamento non appronti gli strumenti che consentano di evitare la soluzione infausta che abbiamo sopra descritto, nella quale, sostanzialmente, il contratto di utilizzazione della nave viene meno e entrambe le parti risultano perdenti?

In realtà, la domanda che ci poniamo è molto antica e risale addirittura al diritto medievale. Essa si ripropone, nella storia, con identica insistenza ogni qual volta, per ragioni politiche, militari o economiche il mondo degli affari subisca dei gravi contraccolpi e si determinino mutamenti tali da far percepire come ingiusto, alla coscienza comune, il rigoroso rispetto degli accordi contrattuali, quando questi accordi siano divenuti eccessivamente onerosi per una delle parti, e l'originario rapporto sinallagmatico si sia alterato in misura significativa.

In tali situazioni alla regola "*pacta sunt servanda*" si contrappone la regola "*rebus sic stantibus*" che introduce, con il suo ablativo assoluto, una proposizione condizionale e va quindi tradotta: i contratti vanno osservati ed eseguiti, purché, a condizione che, le cose (*rebus*), cioè le circostanze, siano (o meglio, *rimangano*) così (*sic*), cioè invariate, così come erano al momento della conclusione del contratto.

Viene quindi da pensare (e quasi da sperare) che l'attuale crisi del mondo dello shipping abbia costituito (e possa ancora costituire) un interessante banco di prova per quelle teorie che si sono sviluppate soprattutto negli ordinamenti di civil law e che attraverso il ricorso alla buona fede, alla *lex mercatoria*, al *favor contractus*, hanno individuato e affinato gli strumenti di revisione del contratto, con lo scopo di preservarne la validità ovviando allo squilibrio venutosi a creare e facendo quindi in modo che la regola *rebus sic stantibus* non restasse una semplice teoria giuridica priva di applicazione pratica.

Lascerò da parte l'istituto della presupposizione, che non sembra suggerire soluzioni promettenti nell'ambito che ci interessa, per verificare invece se abbia trovato applicazione, sui contratti di utilizzazione delle navi, quell'istituto che il nostro legislatore ha introdotto nel codice civile proprio con la finalità dichiarata di dare spazio alla regola *rebus sic stantibus*<sup>10</sup>, cioè l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

\* \* \*

### IL CASO DELLE NAVI "ALBERTO BENNATI" E "AURORA"

A quanto mi risulta, esiste solo un caso, nella nostra giurisprudenza, che abbia affrontato in modo approfondito il tema dell'applicazione dell'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta ai contratti di utilizzazione delle navi.

Mi riferisco al caso delle navi "ALBERTO BENNATI" e "AURORA" che ha dato vita a un lodo arbitrale, a una sentenza della Corte d'Appello di Genova e a una sentenza della Corte di Cassazione.

In considerazione dell'importanza e dell'interesse di tali decisioni, vorrei soffermarmi almeno sulla motivazione del lodo e riportarne i punti salienti.

<sup>10</sup> Si veda la Relazione al Codice, al n. 665



Le navi "ALBERTO BENNATI" e "AURORA" erano state noleggiate nel luglio del 1967 dal loro armatore COSARMA all'AGIP per il compimento di tanti viaggi consecutivi per il trasporto di carico quanti le navi avrebbero potuto compiere sino al 30 aprile 1968.

Il nolo venne fissato conformemente alla International Tanker Nominal Freight Scale ("INTASCALE") ed era dovuto in lire italiane sulla rata ufficiale di cambio della sterlina alla data di sottoscrizione delle polizze di carico.

In data 18 novembre 1967, quando il contratto era in pieno corso di esecuzione, intervenne la svalutazione ufficiale della sterlina il cui valore passò da lire 1730 (in base alla rata di cambio del giorno di stipulazione dei contratti) a lire 1500.

Di fronte a tale imprevedibile mutamento delle circostanze, l'armatore, pur continuando ad eseguire il contratto, promuoveva il giudizio arbitrale a Genova<sup>11</sup> e, oltre a proporre una lettura del contratto secondo la quale sarebbe stato consentito far riferimento, nella determinazione del nolo, non solo alla sterlina ma anche al dollaro, formulava istanza di revisione del nolo in base all'art. 1467 Cod. Civ.

AGIP resisteva eccependo preliminarmente che l'art. 1467 Cod. Civ. prevede a favore della parte onerata, non già la riduzione ad equità, bensì la facoltà di domandare la risoluzione del contratto, e che l'offerta di "*reductio ad equitatem*" prevista dal terzo comma dell'art. 1467 Cod. Civ. spetta esclusivamente al contraente non onerato.

COSARMA obiettava a sua volta di aver prontamente denunciato l'eccessiva onerosità sopravvenuta e che, siccome la natura del contratto non consentiva che l'esecuzione dei viaggi potesse essere sospesa, restava l'altro rimedio, quello della "*reductio ad equitatem*", previsto sia dal citato articolo 1467 che dall'articolo 1468 Codice Civile.

Il Collegio arbitrale, chiaramente mosso da considerazioni equitative, pronunciava in data 28 febbraio 1972 il lodo arbitrale<sup>12</sup> con il quale accoglieva la domanda dell'armatore di revisione del contratto, sulla base di un'applicazione non testuale dell'art. 1467 Cod. Civ.

Dopo aver riconosciuto che l'armatore non aveva seguito la procedura prevista dall'art. 1467 Cod. Civ., dichiarava che, a suo parere, non doveva considerarsi precluso all'armatore, nell'ipotesi di eccessiva onerosità a suo danno, l'esercizio dei rimedi di legge contro tale situazione antiggiuridica.

La motivazione contiene spunti di grande interesse, che potrebbero aprire importanti prospettive anche di fronte alla crisi del mercato di cui ci stimo occupando.

Il primo spunto attiene all'ammissibilità della domanda di revisione formulata dall'armatore e il collegio, dichiarando la domanda ammissibile, esprime alcune valutazioni sulla natura generale e non speciale del rimedio della eccessiva onerosità sopravvenuta, ancorato ai principi equitativi di natura solidaristica, che meritando di essere lette. Ecco i punti salienti della motivazione:

*"Come è confermato dai lavori preparatori il legislatore ha inteso introdurre in modo espresso ed in via generale nel Codice Civile il principio della sopravvenienza come motivo, a seconda dei casi, di scioglimento o di revisione del contratto". "Si tratta di*

---

<sup>11</sup> Il Collegio arbitrale era composto da Mario Casanova, Presidente, Sergio Ferrarini e Cesare Grassetti.

<sup>12</sup> In Dir. Mar. 1972 pag. 420

*un principio profondamente innovatore – un principio, secondo l’opinione più plausibile, estraneo al diritto previgente; un principio che si coordina con altri principi in una ispirazione solidaristica della disciplina del contratto, ricca di elementi equitativi, interni al sistema del diritto positivo e non in deroga o in contrasto con esso”.*

*“Queste considerazioni inducono il Collegio a ritenere che il sistema del diritto positivo attuale, considerato nella sua intima coerenza, imponga di ammettere, nella specie (ed in quanto sia per apparire fondata nei suoi presupposti) una domanda della Cosarma di modificazione delle condizioni del contratto, per ricondurlo ad equità”.*

Il secondo spunto si ritrova nella parte del lodo dedicata al merito della causa. Qui il Collegio deve affrontare il tema dell’alea normale del contratto di cui al capoverso dell’art. 1467 Cod. Civ. e, dopo aver ricordato che

*tale alea normale ha carattere qualitativo ed ha riferimento, per concorde insegnamento della dottrina, esclusivamente alle situazioni o alle vicende che normalmente, o, comunque, non eccezionalmente, incidono sullo svolgimento di un determinato tipo di contratto,*

conclude:

*rientrano nell’alea normale dei contratti di noleggio e di trasporto marittimo le oscillazioni dei noli e non già le conseguenze di una svalutazione monetaria.*

Sulla base di tali considerazioni, e in ossequio al criterio equitativo accolto dal legislatore, il lodo decideva quindi che gli effetti della svalutazione della sterlina non andassero totalmente a vantaggio del noleggiatore AGIP, ma che fossero ripartiti fra i due contraenti in parti eguali.

Ho riportato letteralmente stralci del lodo perché si tratta di affermazioni di grande interesse, che inducono a riflettere circa la possibilità di utilizzare l’istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta anche nella situazione attuale, sul presupposto che la crisi del 2008 possa considerarsi alla stregua non già di una semplice oscillazione dei noli, bensì un evento qualitativamente diverso che ecceda l’alea normale del contratto.

Le vicende successive di quel caso smorzano però gli entusiasmi.

Infatti la Corte d’Appello di Genova, con una approfondita sentenza<sup>13</sup>, poi confermata dalla Corte di Cassazione<sup>14</sup>, sottopone il lodo ad una critica spietata e lo annulla per aver erroneamente inteso ed applicato il principio sancito dall’art. 1467 cod. civ.

Il principio di buona fede – afferma la Corte - si esplica esclusivamente nell’ambito del dettato normativo e il principio della sopravvenienza si esprime nel nostro ordinamento esclusivamente attraverso il disposto dell’art. 1467 cod. civ., che consente al contraente gravato l’esclusivo rimedio della risoluzione del contratto. Rimedio a cui è correlativo il contrapposto rimedio dato all’altro contraente, vale a dire l’offerta di riduzione ad equità.

Ma al di fuori di un tale congegno previsto dalla legge per l’esplicazione dei rispettivi diritti dei contraenti, nessuna esistenza ha, nel nostro ordinamento nel campo dei contratti sinallagmatici, il cosiddetto principio della “sopravvenienza”.

<sup>13</sup> App. Genova 11 luglio 1974, in Dir. Mar. 1974, 755

<sup>14</sup> Cass., Sez. I, 3 ottobre 1977 n. 4198, in Dir. Mar. 1977, 589

E ancora: hanno sicuramente errato gli arbitri nel ritenere conforme a diritto l'utilizzazione del principio della sopravvenienza desumendolo al di là della norma positiva. Perché, laddove esiste una specifica disciplina di diritto singolare, come quella che si ispira al concetto della "sopravvenienza", il pretendere di rinvenire fuori della espressa normativa la enunciazione di un principio generale valido a disciplinare fattispecie difformi da quella per cui il legislatore ha concepito una espressa normativa in deroga ai principi fondamentali in materia contrattuale, significa incorrere in una patente violazione dell'art. 12 delle preleggi, per il quale il ricorso ai "principi generali dell'ordinamento dello stato" è permesso solo nella misura in cui non esista in materia una precisa disposizione di legge od una norma avente riferimento ai casi simili o a materie analoghe.

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 3 ottobre 1977 n. 4198 già menzionata, confermerà in pieno la sentenza della Corte d'Appello, approvando la ricostruzione operata dalla Corte del meccanismo creato dal legislatore per introdurre nel nostro ordinamento la regola *rebus sic stantibus* attraverso l'istituzione di due diritti potestativi contrapposti (il diritto alla risoluzione del contratto della parte onerata e quello alla riduzione ad equità della parte avvantaggiata), coglierà l'occasione per riaffermare che

*"l'istituto della sopravvenienza non costituisce espressione di un principio generale immanente nel nostro ordinamento, ma è ricevuto nel sistema giuridico vigente soltanto nelle particolari ipotesi previste dal legislatore"*

\* \* \*

#### IL DIRITTO INGLESE

Sono trascorsi quasi quarant'anni dalla vicenda giudiziaria delle navi "Alberto Bennati" e "Aurora" e da allora nulla è più accaduto nel nostro ordinamento che consenta di affrontare il tema della sopravvenienze con strumenti giuridici più affidabili e concreti.

In questi anni il diritto inglese ha preso il sopravvento nel mondo dello shipping, per ragioni che ovviamente non possiamo analizzare in questa sede.

E quell'ordinamento, come è noto, si è mantenuto coerente e fedele al principio *pacta sunt servanda*, ribadendo che le semplici variazioni del mercato non sono eventi che rendano il contratto impossibile, o illegale, o qualcosa di radicalmente diverso da ciò che rientrava nella "*contemplation*" delle parti al momento in cui il contratto venne concluso, secondo la dottrina della *frustration*<sup>15</sup>.

Tale visione è così ferma e decisa che due sentenze recenti, emesse proprio con riferimento al crollo dei noli del 2008, hanno interpretato come "*repudiatory breach*" del contratto il comportamento del noleggiatore, che pur continuando a pagare regolarmente il nolo, aveva invitato l'armatore ad aprire una trattativa per la rinegoziazione del contratto di noleggio, le cui condizioni economiche erano divenute per il noleggiatore insostenibili<sup>16</sup>.

Trascrivo dalla motivazione della seconda di tali sentenze il messaggio del noleggiatore all'armatore, perché è significativo di quanto stava avvenendo. Il contratto era stato concluso il 24 maggio 2008 per viaggi consecutivi e per la durata di circa 5 anni. La rata

<sup>15</sup> v. Treitel, *The law of contract*, London 2007, pag. 941

<sup>16</sup> SK Shipping Pte Ltd v Petroexportnltd [2009] The "Pro Victor", *Lloyd's Law Report* [2010] vol 2, pag. 158.

di nolo concordata in contratto era di USD 16.00 per M/T e il noleggiatore chiedeva che fosse temporaneamente ridotto a USD 6.00 per M/T. Il messaggio è del 3 dicembre del 2008 e contiene queste frasi:

*It is unfortunate that we find ourselves in this position, however as discussed, we are effectively fighting for our survival.*

*We obviously hope for an imminent return to a more viable freight market and realistic outlook from China and to this end can assure Zodiac of our support on any additional opportunities going forward.*

*We would greatly appreciate your support, understanding and urgent assistance.”*

L'armatore risponde come segue:

*Charterers' proposals are “totally unacceptable”*

*“a change in market conditions is not a permissible excuse for failing to perform a contractual obligation under English law”.*

Dopo un inutile scambio di corrispondenza, l'armatore dichiara di accettare le comunicazioni e il comportamento del noleggiatore come “*repudiatory breach*” del contratto con conseguente *termination* del contratto. La Corte accoglie la tesi dell'armatore e condanna il noleggiatore ai danni, da calcolarsi tenendo conto dell'available market, e nell'ordine di 80/85 milioni di dollari.

In conclusione: la semplice *hardship* del contratto derivante da cause sopravvenute non consente al giudice inglese di sollevare le parti dalle loro responsabilità, né tanto meno di modificare e riscrivere il contratto, adattandolo alle nuove circostanze.

Come affermato dalla House of Lords in svariati casi<sup>17</sup>,

*“The argument that a man can be excused from performance of his contract when it becomes “commercially impossible” seems to me a dangerous contention which ought not be admitted unless the parties have plainly contracted to that effect”*

Ovviamente, l'esame di queste situazioni comunica un forte senso di ingiustizia e stimola il desiderio di intervenire in qualche modo per temperare il rigore della legge.

Anche i Giudici inglesi hanno talvolta avvertito il senso di ingiustizia che emerge da queste situazioni. Vi è in caso molto noto, del 1951<sup>18</sup>, nel quale la Court of Appeal, allora presieduta da Lord Denning, di fronte ad un grave squilibrio del contratto causato da svalutazione monetaria, ritenne di avere il potere “*to qualify the absolute, literal or wide terms of the contract in order to do what is just and reasonable in the situation*”.

Citiamo:

*The Courts will not allow the words, in which the contracts happen to be phrased, to become tyrannical masters. The court qualifies the literal meaning of the words so as to bring them into accord with the true scope of the contract.*

*Even if the contract is absolute in terms, nevertheless if it is not absolute in intent, it will not be held absolute in effect.*

---

<sup>17</sup> V. Shearson Lehman Hutton Inc. v. Maclaine Watson & Co. Ltd [1989] 2 Lloyd's rep. 570

<sup>18</sup> British Movietonews Ltd. v. London & District Cinemas Ltd. [1951] 1 K.B. 190 at pp. 200-2

*The day is gone when we can excuse an unforeseen injustice by saying to the sufferer "It is your own folly. You ought not to have passed that form of words. You ought to have put in a clause to protect yourself". We no longer credit a party with the foresight of a prophet or his lawyer with the draftsmanship of a Chalmers.*

*We realize that they have their limitations and make allowances accordingly.*

Ma anche questa sentenza subirà sorte analoga a quella subita dal lodo genovese su cui ci siamo tanto soffermati in precedenza, perché la corte suprema inglese, cioè la House of Lords<sup>19</sup>, respingerà queste istanze semplicemente affermando che il verificarsi di eventi non previsti e non contemplati dalle parti, come un'anormale crescita o caduta dei prezzi, un'improvvisa svalutazione monetaria, o simili, non inficiano ("affect") l'affare che esse hanno concluso.

\* \* \*

#### I PRINCIPI UNIDROIT

Sembra quindi che l'esigenza di giustizia ed equità di fronte ad eventi sconvolgenti sopravvenuti, quale la crisi di cui ci stiamo occupando, sia destinata a rimanere senza risposta.

L'iniziativa di UNIDROIT scaturisce proprio dall'insoddisfazione di fronte non solo all'inadeguatezza dei singoli diritti nazionali alle esigenze del commercio internazionale ma anche, e forse soprattutto, alla necessità di assicurare, nei limiti del possibile, condizioni di equilibrio e di correttezza nei rapporti commerciali internazionali.

Il principio di buona fede, enunciato in termini generali all'art. 1.7 del Codice Unidroit, è stato definito come una sorta di "Magna Charta" del diritto commerciale internazionale e rivela l'aspirazione "moralistica" dei Principi Unidroit.

Questa in parte è legata a una visione protestante del *business man* di cui il Codice cerca di recepire i valori<sup>20</sup>, ma in parte adotta un intervento che è stato definito quasi "paternalistico"<sup>21</sup>, in quanto, preso atto della natura non sempre corretta dei commercianti e degli uomini d'affari, introduce una serie di rimedi contro eventuali soprusi che in determinate circostanze, una parte, forte della sua superiorità, dovesse perpetrare ai danni dell'altra<sup>22</sup>.

A quest'ultima finalità è certamente ispirato l'art. 6.2.3 del Codice Unidroit che, per favorire la conservazione del contratto nonostante l'*hardship*, stabilisce che, qualora vi sia una sostanziale alterazione dell'equilibrio del contratto, e l'evento che ha causato l'alterazione non rientri nella sfera di controllo della parte svantaggiata, né avrebbe potuto essere ragionevolmente preso in considerazione da questa al momento della conclusione del contratto, la parte svantaggiata ha il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto.

E' evidente l'enorme impatto che una simile norma, se applicata, potrebbe avere sui singoli ordinamenti, producendo di fatto la possibilità per i giudici di "riscrivere" il

<sup>19</sup> British Movietonews Ltd. v. London & District Cinemas Ltd. [1952] A.C. 166 at 185

<sup>20</sup> Max Weber, L'etica protestante e lo spirito del capitalismo, 1904-1905

<sup>21</sup> Hirose, The place of Unidroit principles in non-Western legal traditions, relazione di Melbourne 1994

<sup>22</sup> Sul tema della protezione contro i soprusi si veda in particolare Bonell, Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti, Milano 2006, pag. 161 e segg.

contratto per le parti ogni qualvolta l'equilibrio del contratto abbia subito una sostanziale alterazione.

Ed è ben nota la prudenza, se non addirittura la diffidenza con la quale i singoli ordinamenti hanno sino ad oggi guardato ai Principi Unidroit.

Nel nostro ordinamento segnalo un'unica decisione<sup>23</sup> che purtroppo costituisce – a mio parere - un'occasione persa da parte della nostra magistratura di ripensare alla possibilità di intervenire su un contratto di noleggio a tempo pesantemente sbilanciato dalla crisi del 2008, utilizzando gli strumenti forniti dalla buona fede e dai Principi Unidroit.

Il Tribunale di Ravenna, infatti, dopo aver osservato che l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede ha natura contrattuale, ha ritenuto che deve riconoscersi analoga natura contrattuale alla violazione di tale obbligo che consista nel rifiuto di rinegoziare il contratto di noleggio in corso tra le parti.

E siccome il contratto di noleggio contiene una clausola di giurisdizione a favore delle Corti inglesi, il giudice italiano è privo di giurisdizione.

Il caso è pendente davanti alla Corte d'Appello di Bologna, che dovrà decidere se il rimedio della rinegoziazione, invocato dal noleggiatore, sulla base dei principi generali di buona fede e correttezza, debba considerarsi un rimedio nascente dalla legge ed esterno al contratto, oppure un semplice rimedio contrattuale consistente nell'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede.

\* \* \*

#### LA RINEGOZIAZIONE OBBLIGATORIA DEL CONTRATTO - RIFLESSIONI SULLA RINEGOZIAZIONE IN BUONA FEDE

Viene quindi da pensare che l'obbligo di rinegoziare possa costituire il rimedio più promettente, più flessibile e più utile per far fronte alla situazione di ingiustizia creata dalla crisi e allo squilibrio nei contratti di durata.

Tuttavia, sarà bene non nascondersi le difficoltà insite in questa particolare negoziazione.

Volendo utilizzare concetti tratti dalla teoria dei giochi, potremmo affermare che, normalmente, le trattative per la conclusione di un contratto costituiscono un gioco competitivo e non un gioco cooperativo<sup>24</sup>.

Nella trattativa “libera” per la conclusione di un contratto in un mercato concorrenziale, ogni parte mira al raggiungimento della propria utilità massima, utilizzando, come strumento normale e costante di pressione, nei confronti della controparte, la minaccia del recesso dalla trattativa (cioè il rischio di una rottura).

Ma nella trattativa vincolata o “obbligatoria” quale è quella che stiamo considerando (cioè quella che dovrebbe porre rimedio ad una situazione di squilibrio contrattuale ovvero di “*undue hardship*”) risaltano enormi differenze.

<sup>23</sup> Trib. Ravenna 11 maggio 2011, in Dir. Mar. 2013, 642, con nota

<sup>24</sup> Contrariamente a quanto accade per l'analisi del comportamento delle parti in relazione ad un contratto concluso, dove prevale una visione non competitiva ma cooperativa v: Baird, Gertner, Picker, Game theory and the Law, Harvard 1998

Innanzitutto: la parte avvantaggiata sarà costretta a partecipare alla trattativa con una strategia perdente, fatta soltanto di sacrifici, non avendo la facoltà di recedere liberamente dalla trattativa, e la sua unica "utilità" sarà quella della conservazione del contratto.

La parte svantaggiata, d'altro canto, non avrà nulla da offrire, in cambio del sacrificio che chiederà alla parte avvantaggiata, se non la promessa di adempiere al contratto una volta che le condizioni economiche (e forse anche quelle normative) siano state modificate a suo favore.

Ma v'è di più: un'altra grande differenza che emerge dal raffronto tra i due tipi di trattativa (tra quella libera e quella obbligatoria per la rinegoziazione di un contratto che sia divenuto eccessivamente oneroso per una delle parti), è che nella prima le parti si trovano in posizioni di forza equipollenti, grazie alla possibilità concessa ad entrambe di recedere dalla trattativa *ad nutum* e in qualsiasi momento, sicché ciascuna parte mirerà al raggiungimento della propria utilità massima, sulla base dell'andamento del mercato e delle circostanze rilevanti nel caso specifico.

Nella seconda si verificherà invece la situazione paradossale per la quale la parte "avvantaggiata" sarà costretta ad aderire alle richieste della parte "svantaggiata" e quindi ad accettare una riduzione del nolo, ovvero un patto per il differimento del pagamento di una parte del nolo, o quant'altro.

E si assisterà di fatto ad una inversione dei ruoli: la parte "svantaggiata", pur trovandosi in una situazione di insolvenza o di incapacità finanziaria, finirà per diventare il contraente più forte, quello cioè in grado di dettare le regole del gioco e di "imporre" enormi sacrifici alla parte "avvantaggiata".

In questo contesto, il gioco sarà in perdita per entrambe le parti e il nuovo punto di equilibrio si raggiungerà confrontando e valorizzando due posizioni di debolezza: da un lato quella dell'armatore, alle prese con i suoi costi fissi e soprattutto con i costi finanziari; e, dall'altro, quella del noleggiatore, alle prese con la morsa del mercato.

Si può forse concludere che la trattativa per la rinegoziazione del contratto eccessivamente oneroso dovrà imporre alle parti un comportamento meno competitivo e più cooperativo, obbligandole a comportamenti, specie in termini di trasparenza e "disclosure" di informazioni, normalmente inimmaginabili in una trattativa libera.

Se è vero che la misura del sacrificio che si richiede alla parte "avvantaggiata" dipende essenzialmente dalle necessità finanziarie della parte "svantaggiata", la ricerca di un nuovo punto di equilibrio sarà possibile soltanto attraverso un intenso scambio di informazioni sulle risorse finanziarie dell'una e dell'altra parte, quasi una "due diligence" reciproca, che consenta di individuare un nuovo accordo che garantisca la reciproca sopravvivenza e la prosecuzione del rapporto contrattuale.

E tutto ciò porta ad immaginare una figura di imprenditore più evoluto, che sappia sostituire all'idea del proprio utile immediato con l'idea di un utile più lontano, raggiungibile solo attraverso un percorso molto complesso e faticoso e una visione più cooperativa del rapporto con le controparti.

L'esperienza di questi anni ha dimostrato che chi non ha saputo compiere questo percorso, ha spesso causato non solo la rovina degli altri, ma anche la propria.