



**LA VENDITA INTERNAZIONALE DI
SOFT COMMODITIES
ALLE CONDIZIONI GAFTA E FOSFA**
Guida per il trader italiano

Claudio Perrella

2018

**LA VENDITA INTERNAZIONALE DI
SOFT COMMODITIES ALLE
CONDIZIONI GAFTA E FOSFA
Guida per il trader italiano**

Claudio Perrella

2018

SOMMARIO

Capitolo 1	5
Stipulazione del contratto e legge applicabile	6
1. Introduzione.....	6
2. Individuazione e scelta della legge applicabile	7
3. La forma del contratto	9
4. I contratti-tipo predisposti dalle Associazioni	14
5. Le obbligazioni nascenti dal contratto nella legge italiana ed inglese: <i>conditions, guarantees, warranties</i> ed <i>intermediate terms</i>	18
6. La tempestività nell'adempimento: il principio " <i>time is of the essence</i> "	23
Capitolo 2.....	25
Le obbligazioni relative a quantità e qualità della merce.....	25
1. La determinazione della quantità.....	25
2. Le obbligazioni relative a caratteristiche e qualità.....	28
3. Deroghe ed attenuazioni della portata della clausola " <i>final and binding</i> "	34
Capitolo 3.....	47
Consegna e trasporto	47
1. Le obbligazioni relative a consegna e trasporto	47
2. Trasferimento di proprietà e rischi.....	49
3. La <i>appropriation</i>	54
4. Designazione e nomina della nave.....	59
5. Presentazione della nave, <i>extension of delivery</i> ed <i>extension of shipment</i> ; le <i>carrying charges</i>	68
6. Caricazione ed emissione degli <i>shipping documents</i>	75
7. I <i>charter parties</i> ; il ritardo nelle operazioni di imbarco e sbarco e la disciplina delle controstaie.....	78
8. Le <i>laytime</i> e <i>demurrage clauses</i> contenute nei contratti di vendita ed il coordinamento con la disciplina contenuta nei <i>charter parties</i>	83
9. Il mancato o ritardato arrivo degli <i>shipping documents</i> al porto di sbarco. La <i>letter of indemnity</i>	93
Capitolo 4.....	96
<i>Commodity financing</i> , garanzie e pagamento del prezzo.....	96
1. Il <i>commodity financing</i>	96
2. Determinazione del prezzo	97
3. Pagamento <i>cash against documents</i> e con lettera di credito.....	100
4. Strumenti a garanzia del pagamento	105
5. Le norme ed usi uniformi in materia di credito documentario: le UCP 600	107
6. L'autonomia del credito documentario ed il principio della " <i>strict compliance</i> "	112
7. Le deroghe al principio dell'autonomia e gli strumenti per impedire il pagamento in caso di dolo del beneficiario	115

8. Modalità e termini di emissione della lettera di credito e conseguenze dell'inadempimento del compratore	121
Capitolo 5	126
L'assicurazione della merce	126
1. La copertura assicurativa della merce negli Incoterms e nella prassi del commercio internazionale.....	126
2. Le previsioni contenute nei principali formulari di vendita di <i>commodities</i>	129
3. I capitoli elaborati dal mercato inglese: le Institute Cargo Clauses	131
4. La nuova edizione 2009 delle ICC	134
4.1 Inadeguatezza dell'imballaggio o della preparazione della merce per il trasporto	134
4.2 Danni da ritardo.....	134
4.3 Danni connessi allo stato di insolvenza o dissesto finanziario	135
4.4 Esclusione per la innavigabilità della nave	135
4.5 L'ambito di copertura spaziale e temporale; la " <i>transit clause</i> "	136
5. L'assicurazione "per conto di chi spetta" e le polizze "di abbonamento"	137
6. Coassicurazione e clausola di delega; l'assicurazione plurima	139
Capitolo 6.....	143
La disciplina dell'inadempimento	143
1. Introduzione.....	143
2. La risoluzione del contratto per la legge italiana e nei sistemi di common law: <i>anticipatory breach, repudiation e renunciation</i>	143
3. I presupposti per il ricorso dell' <i>anticipatory breach</i>	146
4. La decadenza dal diritto alla risoluzione anticipata: <i>waiver ed estoppel</i>	151
5. Il risarcimento dei danni da inadempimento: la <i>default clause</i>	153
6. Il calcolo del danno risarcibile	155
Capitolo 7.....	169
Gli eventi che esonerano dalla responsabilità per inadempimento	169
1. Introduzione.....	169
2. Le clausole di <i>Prohibition e Force Majeure</i>	171
3. La " <i>frustration</i> "	181
4. La disciplina prevista in caso di scioperi o agitazioni: la <i>strike clause</i>	182
Capitolo 8	186
La risoluzione dei contenziosi.....	186
1. Gli arbitrati amministrati dalle Associazioni	186
2. Le clausole compromissorie contenute nei formulari.....	188
3. Nomina degli arbitri e procedimento.....	195
4. Efficacia e riconoscimento del lodo	203

Gli anni trascorsi dalla pubblicazione del primo commento ai contratti GAFTA e FOSFA hanno visto una notevole produzione giurisprudenziale ad opera di arbitri e corti inglesi in relazione a numerosi temi di grande rilievo nel *trading* delle materie prime.

Sono numerose le decisioni (spesso scaturite dai contenziosi che hanno fatto seguito alle restrizioni all'*export* disposte da Russia ed Ucraina nel 2010) su questioni tradizionalmente complesse quali le modalità di nomina e sostituzione della nave, la disciplina in materia di controstallie e il rapporto tra contratto di vendita e *charterparty*, i criteri per la determinazione del risarcimento del danno da *default*.

Nello stesso periodo sono intervenute modifiche significative ai contratti ed ai regolamenti arbitrali.

In particolare la GAFTA ha adottato modifiche significative nel 2014 e 2016 alla disciplina in materia di *prohibition* e *force majeure* ed al procedimento arbitrale che meritavano una analisi dettagliata.

Questa nuova edizione tiene conto degli sviluppi degli ultimi anni, nel desiderio di offrire agli operatori ed ai trader italiani uno strumento aggiornato e di pronta ed agevole consultazione.

Si segnalano in particolare le seguenti pronunce commentate nel testo

MRI Trading AG v. Erdenet Mining Corporation LLC (2013) *Proton Energy Group SA v. Orlen Lietuva* (2013): stipulazione e conclusione dei contratti internazionali di vendita di *commodities*

KG Blominflot Bunkergesellschaft für Mieralole mbh & Co KG v Petroplus Marketing AG (2010) *RR Grain Trade LLP UK v. Feed Factors International Ltd* (2011) *Aston SA v. Louis Dreyfus Commodities Suisse SA* (2015): certificati di qualità finale all'imbarco

Soufflet Negoce SA v. Bunge SA (2010): idoneità della nave nominata dal venditore FOB

Ramburs v. Agrifert (2015): nomina e sostituzione delle navi nell'ambito di una vendita FOB

PEC Ltd v. Thai Maparn Trading Co Ltd (2011) *Soufflet Negoce SA v. Fedcominvest Europe SARL* (2014) estensione del *delivery period* in una vendita FOB

Nidera BV v. Venus International Free Zone for Trading and Marine Services SAE (Pioneer Wave) (2014) Extension Clause nei contratti Gafta CIF e FOB

Glencore Energy (UK) Ltd v. Sonol Israel Ltd (Team Anmaj) (2011): termine iniziale dell'obbligo di pagamento delle controspallie

Great Elephant Corporation v. Trafigura Beheer Bv (2013); *Vitol Sa, Vitol Asia Pte Ltd And China Offshore Oil (Singapore) International Pte Ltd (The Crudesky)* (2012) combinazione della disciplina in punto controspallie contenuta nel contratto di vendita e *demurrage clause* del *charter party*

Bunge SA v. Nidera BV (2015) *Novasen v. Alimenta* (2011) in materia di calcolo di risarcimento del danno in base alla GAFTA *default clause*

Seagrain v. Glencore Grain BV (2013) in materia di *prohibition* e *force majeure*

Bunge SA v. Nibulon Trading BV (2013) *SOS Corporacion Alimentaria SA and another v. Inercio Trade SA* (2010) in materia di tempestività dell'avvio del procedimento arbitrale FOSFA e GAFTA

Bunge SA v. Huaya Maritime Corp (2017); *Touton Far East Pte Ltd v. Shri Lal Mahal Ltd* (2017) in materia di azioni cautelari e *worldwide freezing order* a tutela di un lodo GAFTA e FOSFA

CAPITOLO 1

STIPULAZIONE DEL CONTRATTO E LEGGE APPLICABILE

1. Introduzione

La negoziazione, redazione e stipulazione dei contratti di vendita internazionale di *commodities* richiedono particolare cautela e attenzione, poiché implicano la risoluzione di problemi più delicati e complessi di quelli che nascono da rapporti contrattuali puramente nazionali.

In primo luogo, vi sono (almeno) due diverse leggi nazionali che possono in linea di principio applicarsi al contratto, ossia le leggi delle parti contraenti; a queste spesso si affianca la disciplina contenuta nelle convenzioni internazionali in materia di vendita di cose mobili (che possono eventualmente derogare sia la legge nazionale delle parti sia le pattuizioni da queste adottate).

Esistono poi numerose regole uniformi di natura sostanzialmente privata, offerte alla generalità degli operatori, che vi fanno riferimento attraverso un richiamo contenuto nel contratto.

Si tratta di regole che rappresentano una sorta di codificazione di usi esistenti e consolidati nel tempo, oppure regole via via elaborate nei decenni per venire incontro alle esigenze del commercio internazionale. Tra queste spiccano senza dubbio gli Incoterms e le Norme ed Usi Uniformi sui crediti documentari elaborati dalla Camera di Commercio Internazionale (su entrambi ci si soffermerà in seguito).

Le parti dunque devono individuare in via preventiva la legge che disciplina il rapporto contrattuale, valutare se questa sia o meno derogabile, quale sia la normativa uniforme cui il contratto è soggetto, e quali sono infine gli spazi offerti alla libertà contrattuale.

L'autonomia di cui le parti dispongono è di regola elevata, soprattutto in considerazione del fatto che nella compravendita internazionale di *commodities* gli attori sono di regola imprenditori che non possono qualificarsi come "consumatori", e non beneficiano della disciplina che in molti ordinamenti esiste a tutela del contraente "debole" (nel *commodity trade* si assiste del resto di regola alla presenza di

articolate filiere contrattuali nelle quali solo l'acquirente finale è in concreto l'utilizzatore della merce, e c'è un numero spesso elevato di *traders* intermedi che partecipano alla filiera contrattuale solo ed esclusivamente per speculare sulla differenza di prezzo).

E' poi evidentemente opportuno che le parti individuino i sistemi di risoluzione degli eventuali contenziosi, stabilendo in particolare se affidarla alla giurisdizione ordinaria, oppure ad arbitri.

Il *commodity trade* è in effetti fonte inesauribile di contenziosi.

Le ragioni sono molteplici. La crescita dell'economia di numerosi paesi emergenti ha incrementato il fabbisogno di materie prime, al punto che le rotte dei traffici si sono invertite, e paesi tradizionalmente esportatori sono divenuti importatori netti per numerose *commodities*.

All'aumento dei volumi di merci movimentate non sempre si accompagna lo sviluppo adeguato dei sistemi infrastrutturali, dei porti, delle reti ferroviarie, e questo determina con frequenza ritardi, congestioni o impossibilità di esecuzione del contratto, con conseguenti contenziosi e contestazioni.

La notevole volatilità dei mercati, legata a fattori congiunturali (eventi atmosferici, restrizioni e divieti di esportazione, che in un mercato totalmente intercomunicante finiscono per dispiegare i loro effetti immediatamente a livello mondiale) inevitabilmente acuisce il contenzioso, spesso a causa di manovre speculative delle parti, che preferiscono rendersi inadempienti ed esporsi a contenziosi per vendere o acquistare a prezzi maggiormente convenienti.

Particolarmente sollecitata ad intervenire è da sempre la giurisprudenza inglese, anche in tal caso per un insieme di fattori: la frequenza con cui le parti fanno richiamo alla legge inglese quale legge regolatrice del contratto, o deferiscono la risoluzione dei contenziosi a corti o arbitri inglesi; la presenza in Inghilterra di numerose associazioni di settore che elaborano contratti-tipo largamente diffusi, che quasi invariabilmente contengono una clausola compromissoria in favore di arbitrato a Londra.

2. Individuazione e scelta della legge applicabile

Il primo problema che si presenta alle parti è quello della individuazione della legge applicabile. Il punto di partenza è, come detto, costituito dalle leggi del luogo in cui le parti contraenti hanno la propria sede, poiché entrambe sono potenzialmente applicabili al contratto. L'applicazione di una determinata legge può avere effetti significativi sull'interpretazione e sull'esecuzione del contratto, non solo per quanto riguarda gli aspetti ed i profili che le parti hanno espressamente negoziato e disciplinato, ma anche (e soprattutto) in relazione agli aspetti che sono eventualmente sfuggiti alle trattative tra le parti (un contratto di vendita internazionale, per quanto ricco ed articolato, difficilmente può prevedere la disciplina per ogni singolo accadimento, e va dunque necessariamente individuata una legge in base alla quale colmare le lacune esistenti).

E' opportuno che le parti individuino in modo chiaro quale sia la legge che governa il loro rapporto contrattuale, mediante una clausola che la richiami in modo espresso; la maggior parte degli ordinamenti - sia di *civil law* sia di *common law* - ammette la possibilità che le parti di un contratto internazionale scelgano liberamente la legge ad esso applicabile, poiché tale libertà di scelta è espressione del principio dell'autonomia contrattuale delle parti ormai pressoché universalmente riconosciuto.

Spesso il desiderio istintivo dei contraenti è di far richiamo alla legge del proprio paese, che tuttavia non sempre garantisce la miglior tutela. Qualora però sia accettata la legge del paese della controparte, occorre - nei limiti del possibile - sincerarsi delle previsioni ivi vigenti, in quanto soprattutto nel confronto con paesi di diversa tradizione giuridica le sorprese possono essere numerose e dolorose.

L'individuazione della legge applicabile è spesso frutto di una combinazione tra legge nazionale delle parti e la disciplina contenuta nelle convenzioni internazionali, che mirano a creare una disciplina "uniforme" dei contratti internazionali, superando le disparità esistenti all'interno dei singoli ordinamenti.

Tra queste spicca soprattutto la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

L'art. 3 della Convenzione stabilisce che in linea di principio le parti sono libere di scegliere la legge applicabile al contratto. Qualora non vi sia una scelta esplicita, trova applicazione la legge del paese con cui

il contratto ha il collegamento più stretto (art. 4.1), che si presume esistere con il paese in cui risiede la parte che deve fornire la prestazione caratteristica (art. 4.2). Il principio tradizionalmente seguito al riguardo è ritenere quale prestazione “caratteristica” quella posta a carico della parte chiamata a svolgere una determinata prestazione, o a garantire il trasferimento di beni o diritti o servizi a fronte di un corrispettivo in denaro, con il risultato che nel caso della vendita il collegamento più stretto è invariabilmente quello con il paese in cui ha sede il venditore.

In ambito comunitario la Convenzione è stata sostituita dal Regolamento n. 593/2008 del 17 giugno 2008 (cd. Roma I), applicabile ai contratti conclusi successivamente al 18 dicembre 2009. Il Regolamento ha provveduto ad individuare la prestazione caratteristica per una serie di contratti, al fine di eliminare dubbi ed incertezze emersi nella pratica, ed in relazione ai contratti di vendita ha ribadito il principio che la legge applicabile è quella del luogo ove è domiciliato il venditore.

L’ampia libertà rimessa all’autonomia delle parti per la scelta della legge applicabile al contratto incontra solo alcuni limiti: il principale è costituito dalle c.d. “*norme imperative*”, ossia le norme di “*ordine pubblico*”, oppure le leggi in materia tributaria, che i giudici di uno stato devono dunque applicare anche nei casi in cui la controversia debba essere decisa secondo la legge di un altro stato.

Nell’ambito della vendita internazionale di merci la Convenzione di riferimento è invece senza dubbio costituita dalla Convenzione di Vienna del 1980, ratificata ormai da un numero estremamente elevato di Stati, che pur non contenendo una disciplina onnicomprensiva (difettando in particolare di qualunque disposizione con riferimento al trasferimento della proprietà della merce) disciplina l’insieme delle obbligazioni nascenti dalla vendita, ed in particolare le modalità ed i termini entro i quali le parti sono chiamate ad adempiere alle loro obbligazioni, i termini entro i quali vanno sollevate eventuali contestazioni relative a vizi qualitativi della merce, o ancora le modalità di pagamento del prezzo.

3. La forma del contratto

La maggior parte degli ordinamenti richiede semplicemente, per la formazione di un contratto, l'incontro delle manifestazioni di volontà delle parti, stabilendo un generale principio di libertà della forma in virtù del quale l'elemento essenziale è che la volontà venga manifestata e l'accordo sia raggiunto, e tale manifestazione può essere espressa oppure tacita, cioè ricavabile dalla condotta delle parti.

Ciò vale per esempio nel nostro ordinamento, che non richiede la forma scritta per la validità di un contratto avente ad oggetto la vendita di beni mobili, o per la legge francese, dove si ammette che la vendita sia perfettamente valida ed efficace anche se pattuita verbalmente qualora vi sia l'accordo tra le parti circa l'oggetto della vendita ed il prezzo, e si ammette una sostanziale libertà della forma; analoga libertà di forma ricorre nel diritto inglese.

Si ravvisano peraltro differenze rilevanti tra le leggi dei vari paesi con riguardo al momento in cui il contratto può ritenersi perfezionato; in particolare è possibile che in base alla legge applicabile al contratto questo possa ritenersi concluso e vincolante anche solo in presenza di un accordo relativo ai suoi termini essenziali, con la possibilità di integrare in seguito pattuizioni minori o di contorno.

La Convenzione di Vienna, che sul punto ha operato una sorta di mediazione tra le leggi nazionali, considera concluso (e dunque vincolante per entrambe le parti) un contratto di vendita internazionale nel momento in cui la parte che ha fatto la proposta (di vendita o di acquisto) riceve l'accettazione dell'altra parte (art. 18.2) a condizione che:

- la proposta sia sufficientemente precisa, e contenga una chiara manifestazione di volontà di obbligarsi (art. 14.1)
- l'accettazione non modifichi in modo sostanziale la proposta (art. 19).

Un caso recente¹ ha confermato quanto sia spesso difficile distinguere tra contratti che hanno una formazione progressiva e contratti che invece devono ritenersi non ancora perfezionati in mancanza di accordo integrale e definitivo delle parti con riguardo a tutti i termini e le condizioni del contratto.

¹ *Petro Plus Marketing AG v. Shell Trading International Ltd (2009)*

La posizione della giurisprudenza è di regola nel senso che qualora le parti non raggiungano l'accordo su una pattuizione che esse ritengono essenziale il contratto non può ritenersi concluso, e nell'operare una valutazione circa il peso ed il significato della singola pattuizione viene riposta dai giudici grande attenzione sull'intero complesso delle trattative al fine di ricostruire quale sia stato l'effettivo intendimento delle parti. Nella vendita internazionale di *commodities* può rivelarsi complesso stabilire se un contratto è stato effettivamente concluso ed è vincolante per le parti.

Accade con frequenza che una delle parti (di regola a seguito di mutamenti del mercato) si rifiuti di adempiere, sostenendo che le trattative non hanno portato alla stipulazione di un contratto definitivo.

In caso di contenzioso giudici ed arbitri devono stabilire se effettivamente un contratto esiste, e si tratta di un accertamento che come detto è spesso reso complesso dal fatto che le trattative finali avvengono con grande concitazione, e dopo essersi protratte per settimane giungono a conclusione in un arco di tempo brevissimo, e si perfezionano attraverso scambi ravvicinati di telefonate e corrispondenza e-mail.

La necessità di confermare l'accordo raggiunto soprattutto quando il mercato è particolarmente volatile fa sì che le parti ed i mediatori spesso confermino il perfezionamento delle intese in un momento in cui restano ancora da definire aspetti significativi.

Un ulteriore elemento di complessità è spesso legato al fatto che quando il contratto viene concluso tra *trading houses* queste hanno proprie condizioni generali che vengono scambiate, dando luogo ad un classico caso di c.d. *battle of forms*.

Nei sistemi di *common law* un contratto si forma con l'incontro della volontà delle parti, che (in linea con quanto accade nel diritto italiano) si realizza allorquando alla proposta fa seguito la piena accettazione ad opera della controparte.

Dottrina e giurisprudenza inglesi da tempo evidenziano che l'accordo si realizza allorquando l'accettazione è pienamente conforme all'offerta (la cd. *mirror image rule*) oppure attraverso una condotta concludente, che lascia trasparire l'accettazione della parte cui la

proposta è pervenuta, in quanto incompatibile con l'intenzione di formulare una controproposta.

Una risposta con elementi che si discostano significativamente dalla proposta ricevuta esclude di regola che possa ritenersi concluso il contratto, ma il problema può porsi qualora la risposta contenga elementi nuovi ma di peso marginale, perché di regola questa non viene valutata come controproposta, e se trasmessa determina la conclusione del contratto.

Ne deriva la necessità di stabilire quale sia la portata degli elementi «nuovi» contenuti nella risposta affinché quest'ultima debba qualificarsi come controproposta.

Due recenti decisioni confermano che nel *commodity trade* (soprattutto se trova applicazione la legge inglese) occorre muoversi grande cautela, senza confidare troppo sul fatto che la mancanza di accordo su alcuni dei punti oggetto delle trattative impedisca il perfezionamento del contratto.

Nel primo caso² la giurisprudenza ha valutato la distinzione tra contratti vincolanti e intese che invece non sono suscettibili di esecuzione, in quanto meri «*agreements to agree*».

Un contratto per la fornitura di rame aveva lasciato non definiti due aspetti di notevole peso, ossia la *shipping schedule* e gli aggiustamenti di prezzo relativi alla raffinazione del minerale («*treatment/refining charges*») che le parti avevano espressamente concordato «*to be agreed during the negotiation of terms for 2010*». L'accordo al quale le parti avevano fatto rinvio non era stato raggiunto, e parte venditrice aveva rifiutato di eseguire le forniture.

Nel procedimento arbitrale promosso dagli acquirenti gli arbitri hanno ritenuto che il contratto non si fosse perfezionato, trattandosi semplicemente di un impegno a negoziare, privo di immediata efficacia vincolante.

Il lodo è stato impugnato e la High Court è stata di diverso avviso; la corte ha sottolineato che non era sorprendente che le parti avessero lasciato alcuni rilevanti aspetti privi di determinazione, dal momento

² *MRI Trading AG v Erdenet Mining Corporation LLC (2013)*; in primo grado *MRI Trading AG v Erdenet Mining Corporation LLC (2012)*

che il contratto era stato sottoscritto circa un anno prima del periodo previsto per la consegna.

Il fatto che questi restassero «*to be agreed*» non escludeva tuttavia di per sé l'esistenza di un contratto, poiché il linguaggio utilizzato dalle parti era «*a strong indicator that the parties did not intend a failure to agree, still less a refusal to negotiate or seek to agree, as being fatal to their bargain or as entitling either party to walk away from the contract*» .

Profili analoghi sono stati affrontati in un secondo caso³ avente ad oggetto la vendita di un carico di 25.000 tonnellate di greggio; i termini di fornitura erano racchiusi in una e-mail con oggetto «*Firm offer on delivery of ABT 25kt of crude oil mix*», trasmessa dai venditori a parte acquirente. La e-mail conteneva la proposta di vendere 25.000 tonnellate di prodotto «*+/- 10% at the seller's option, CIF Butinge, Lituania*», e precisava che l'offerta sarebbe stata valida «*until close of business*».

L'acquirente replicava che restava da fissare il termine per la caricazione, che la previsione di una lettera di credito era accettabile ma il testo avrebbe dovuto essere confermato, e che avrebbero potuto esserci «*small changes*» in relazione ai meccanismi di riduzione del prezzo. I venditori replicavano che le condizioni contenute nella proposta non erano modificabili, e l'acquirente a sua volta rispondeva «*confirmed*».

In seguito i venditori chiedevano ed ottenevano l'accettazione da parte del compratore riguardo alle caratteristiche della nave, e concordavano il termine per la caricazione. Poco dopo cercavano di ridimensionare il quantitativo da consegnare, ma trovavano il rifiuto di parte acquirente, che tuttavia in seguito si rifiutava di sottoscrivere il testo ricevuto dai venditori contenente le condizioni e le intese raggiunte, e dichiarava concluse le trattative.

Nel giudizio promosso da parte venditrice il giudice Mackie QC ha evidenziato che le parti non avevano raggiunto un accordo in relazione a due aspetti significativi, ossia se il quantitativo di 25.000 tonnellate includesse anche acqua e sedimenti, ed il testo finale della lettera di credito.

³ *Proton Energy Group SA v. Orlen Lietuva (2013)*

Ha aggiunto tuttavia che ciò non escludeva che le parti avessero stipulato un contratto, sottolineando l'importanza di accertare quali fossero le effettive intenzioni delle parti⁴ e richiamando in particolare le considerazioni del giudice Lloyd nel noto caso *Pagnan SpA v Feed Products*⁵, dove la corte ha chiarito che «*there is no legal obstacle which stands in the way of the parties agreeing to be bound now while deferring important matters to be agreed later. It happens every day when parties enter into so-called «heads of agreement».*

La corte ha dunque ritenuto che un accordo fosse stato raggiunto, sottolineando come si trattasse di un classico «*spot deal*», nel quale la velocità delle negoziazioni e la volatilità del mercato impongono (e rendono plausibile) che le parti raggiungano un accordo limitato solo ai termini essenziali, lasciando la definizione di ulteriori elementi del contratto (per quanto importanti) ad una successiva trattativa.

Il quadro offerto dalle recenti decisioni sul punto in esame è composito, e conferma che molto spesso i contratti di vendita di materie prime sono a “formazione progressiva”, e la giurisprudenza inglese valuta sempre con grande attenzione tutti gli elementi concreti della singola fattispecie, e la eventuale acquiescenza o accettazione tacita di una delle parti.

Si è affermato ad esempio che ⁶ “*if one party makes a proposal for terms and the other does not object to it when asked if it has objections, that can, in appropriate circumstances be taken as acceptance of that term*”.

4. I contratti-tipo predisposti dalle Associazioni

L'assenza di un contratto che riporti in modo chiaro e dettagliato le intese contrattuali può rivelarsi un inconveniente significativo in caso di contenzioso o di dissidio tra le parti circa le intese effettivamente raggiunte. E' dunque particolarmente utile ricorrere a contratti-tipo e formulari, ossia a modelli e clausole contrattuali predisposte da

⁴ Sul punto anche *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Müller GMBH & Co (2010)*: «*Even if certain terms of economic or other significance to the parties have not been finalized, an objective appraisal of their words and conduct may lead to the conclusion that they did not intend agreement of such terms to be a pre-condition to a concluded and legally binding agreement*».

⁵ *Pagnan SpA v Feed Products Ltd (1987)*

⁶ *Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP (Harriette N) (2008)*

organizzazioni rappresentative di determinati settori economici, che nel settore del *commodity trade* hanno assunto un peso assolutamente preponderante.

Si pensi ad esempio ai modelli di contratto predisposti dalla GAFTA (Grain and Feed Trade Association), associazione nata nel 1971 dalla fusione della London Corn Trade Association Ltd. (fondata nel 1878) e della Cattle Food Trade Association Inc. (fondata nel 1906): più dell'80% del commercio mondiale di cereali, ed una porzione estremamente significativa del commercio di mangimi, vengono infatti realizzati attraverso il richiamo ai termini ed alle condizioni dei contratti GAFTA.

Parimenti estremamente diffusi sono i contratti predisposti dalla FOSFA (Federation of Oils, Seeds and Fats Associations)⁷ che conta più di 875 associati di 77 paesi diversi, mentre in misura minore (ma comunque rilevante) sono impiegati i contratti redatti da altre associazioni: vanno ricordate NOFOTA (Netherlands Oils, Fats and Oilseeds Trade Association)⁸, NAEGA, North American Export Grain Association, che raggruppa la maggior parte dei soggetti che operano nell'export di grano di produzione nordamericana, che ha sede a Washington DC e che ha predisposto un formulario per la vendita FOB di grande diffusione, l'ASA (American Soia Bean Association). In Francia gli esportatori di cereali sono riuniti invece nel *Syndicat National du Commerce Exterieur des Céréals, Grains, Legumes secs, Produits oleagineux et Dérivé (Synacomex)* che cura la redazione dei formulari INCOGRAIN, anch'essi di grande diffusione.

Il motivo di tale successo si spiega alla luce del fatto che attraverso il richiamo ad uno dei contratti-tipo predisposti dalle Associazioni le parti possono far riferimento ad uno strumento contrattuale estremamente dettagliato, con un insieme predeterminato di pattuizioni che possono essere integrate o modificate caso per caso.

⁷ La FOSFA associa i principali operatori nel commercio mondiale di semi oleosi, oli, grassi, arachidi. L'elenco degli associati spazia da produttori, spedizionieri, traders, mediatori, periti e laboratori di analisi, armatori, gestori di terminal portuali e magazzini.

⁸ La NOFOTA è stata fondata nel 1918 ed ha ad oggi circa 150 membri; i contratti sono collegati a quelli FOSFA poiché i FOSFA Forms sono impiegati per vendite CIF CFR e FOB mentre i contratti NOFOTA sono di regola impiegati per contratti in ambito continentale.

Molto spesso tali formulari contengono più opzioni, lasciando alle parti la possibilità di scegliere l'una o l'altra delle soluzioni previste (ad esempio con riguardo alle modalità di versamento del prezzo, o alla determinazione delle caratteristiche qualitative della merce) oppure clausole che sono (in tutto o in parte) "in bianco" e che rinviano ad una integrazione ad opera dei contraenti.

La prassi ormai consolidata è peraltro che le parti facciano riferimento al formulario nella sua interezza in un documento di conferma dell'affare concluso (la cui redazione è spesso affidata ad un mediatore), che riepiloga i termini essenziali delle intese raggiunte, riportando le pattuizioni che derogano o integrano le previsioni del formulario.

Un ulteriore innegabile vantaggio del ricorso ai formulari predisposti dalle Associazioni consiste nel fatto che si tratta di strumenti contrattuali che sono stati collaudati nel corso di molti decenni, e che vengono costantemente rivisti ed aggiornati alla luce dell'evoluzione dei mercati, dei sistemi di trasporto, delle caratteristiche della merce, delle tecniche di analisi e campionamento, da parte di gruppi di lavoro costituiti all'interno delle Associazioni, attraverso una procedura piuttosto articolata.

L'attenzione con cui ad esempio in seno a GAFTA e FOSFA si procede all'aggiornamento periodico dei contratti in modo da renderli rispondenti alle esigenze dei mercati è manifestata ad esempio dai recenti progetti di revisione dei contratti GAFTA n. 18 e 19 per le vendite (rispettivamente FOB e CIF) di *commodities* di origine australiana, in relazione ai quali si è discusso della possibilità di modificare la disciplina per l'estensione della caricazione, tenendo conto delle tradizionali modalità di caricazione nei porti australiani, e si è valutata la congruità della percentuale di sconto prevista all'art. 10 del contratto GAFTA 19 (ritenuta inadeguata a compensare i costi all'origine). Ancora, in tempi recenti la GAFTA ha modificato e riesaminato i contratti 38 e 39 FOB unitamente alla CIARA (Centro de Cereales) argentina al fine di renderli maggiormente vicini alle esigenze del mercato e creare uno strumento contrattuale *ad hoc*, ed è in corso di revisione il formulario che probabilmente è quello in assoluto maggiormente utilizzato per le vendite CIF, ossia il GAFTA Form n. 100.

Un aspetto spesso trascurato degli effetti nascenti dal richiamo a tali testi contrattuali consiste nel fatto che questi immancabilmente contengono una clausola con la quale il contratto viene assoggettato alla legge del paese in cui le Associazioni hanno la loro sede.

E' il caso ad esempio dei contratti GAFTA e FOSFA, che contengono una clausola nota come *domicile clause*, con la quale si prevede espressamente che il contratto è retto e disciplinato dalla legge inglese.

La *domicile clause* contenuta nei formulari GAFTA contiene anzi una pattuizione con la quale si prevede una sorta di simulazione per effetto della quale entrambe le parti contraenti (pur essendo il contratto per definizione internazionale) vengono ritenute, ai fini dell'applicazione della legge inglese, come aventi sede a Londra. In tal modo ogni possibile dubbio circa l'effettività dell'assoggettamento del contratto alla legge inglese nei casi (ormai la regola) in cui una o entrambe le parti abbiano nazionalità diversa da quella inglese viene eliminato sul nascere: si è visto poco sopra infatti che i meccanismi di individuazione della legge applicabile ai contratti internazionali di vendita, qualora difetti una scelta espressa ad opera delle parti, poggiano tradizionalmente sulla individuazione della legge vigente nell'ordinamento di uno dei paesi nei quali le parti hanno la propria sede o domicilio.

La logica dell'assoggettamento alla legge inglese dei contratti GAFTA e FOSFA è agevolmente spiegabile alla luce del fatto che essi sono storicamente espressione del mondo del *trading* anglosassone, e contengono numerose pattuizioni che vanno necessariamente interpretate alla luce dei principi di *common law*: clausole quali la *appropriation clause* o la *default clause* (che verranno esaminate nei seguenti capitoli) in tutta evidenza presuppongono l'applicazione di consolidati principi di diritto inglese, e non possono che essere interpretate alla luce degli insegnamenti impartiti (talora da secoli) dalla giurisprudenza inglese.

Allo stesso tempo, l'automaticità dell'assoggettamento dei contratti alla legge del luogo ove ha sede l'Associazione che li ha elaborati (e dove di regola si svolge l'arbitrato) offre maggiori garanzie di uniformità di interpretazione ed applicazione da parte degli arbitri, che (non va trascurato) non sempre hanno una solida formazione giuridica, e che si troverebbero inevitabilmente in imbarazzo laddove

fossero chiamati ad individuare in via preliminare la legge che si applica al contratto, ed in seguito decidere il contenzioso in base a norme e principi con i quali non hanno familiarità.

Va aggiunto che molto spesso le parti contraenti hanno sede in paesi lontani, di scarsa tradizione giuridica, e qualora non vi fosse un meccanismo di determinazione automatica della legge, con la conseguente possibilità di applicare la legge dello Stato in cui uno dei contraenti ha la propria sede, sorgerebbero inevitabilmente gravi difficoltà di interpretazione, individuazione e talora perfino di reperimento della legge cui il contratto è sottoposto.

5. Le obbligazioni nascenti dal contratto nella legge italiana ed inglese: *conditions, guarantees, warranties ed intermediate terms*

Il richiamo ad una particolare legge, ed in particolare l'assoggettamento alla legge inglese dei contratti che senza dubbio dominano il settore del *commodity trade*, ossia i contratti GAFTA e FOSFA, ha ovviamente implicazioni di estremo rilievo ed espone l'operatore italiano a fare i conti con principi talora completamente diversi da quelli vigenti nel nostro ordinamento. Un esempio che ben rappresenta tale stato di cose è offerto dalla distinzione esistente nel diritto inglese tra le varie tipologie di obbligazioni derivanti dal contratto di vendita, che non ha un esatto equivalente nel nostro sistema, e che ha conseguenze talora difficilmente comprensibili per chi non abbia una perfetta familiarità con i principi vigenti nei sistemi di *common law*.

Nel nostro ordinamento non esiste infatti una distinzione così rigorosa, e le obbligazioni del contratto vengono distinte tra quelle essenziali e di particolare rilievo, il cui inadempimento ha gravi conseguenze sulla vita del contratto, ed obbligazioni di rilievo minore, la cui violazione o inesatta esecuzione non determina invece la risoluzione del contratto. La norma di riferimento è l'art. 1455 del codice civile, che stabilisce che il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte. Ai sensi del successivo articolo 1456 c.c. i contraenti possono però convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola, che viene definita "*clausola risolutiva*

espressa". Tale clausola ha il pregio di evitare i problemi di interpretazione che possono sorgere ai sensi dell'art. 1455 c.c. allorché si tratti di accertare e stabilire nel caso concreto se l'inadempimento di una delle parti abbia un'importanza tale da giustificare la risoluzione del contratto.

Nel diritto inglese le pattuizioni che danno origine alle obbligazioni poste a carico delle parti del contratto di vendita vengono invece tradizionalmente classificate come *conditions*, *warranties* ed *intermediate terms*.

Come detto, è fondamentale ma non sempre semplice (ed è anzi talora molto complesso) accertare se la singola pattuizione ricada nell'una o nell'altra categoria.

In via di estrema sintesi può dirsi che con il termine di *conditions* vengono definite le pattuizioni di maggior peso, la cui violazione dà diritto alla parte adempiente di dichiarare il contratto risolto, mentre nel novero delle *guarantees* e *warranties* vengono collocate pattuizioni da cui nascono obbligazioni meno rilevanti, il cui mancato rispetto non comporta necessariamente la risoluzione del contratto.

La categoria degli *intermediate terms* infine ricomprende pattuizioni "ibride", che possono essere configurate come *conditions* o come obbligazioni di minor peso in relazione al complesso delle intese esistenti, alla natura del contratto ed alla volontà delle parti.

a) *Conditions*

Con il termine *conditions* vengono, come detto, definite le pattuizioni che costituiscono il "cuore" del rapporto contrattuale, e che contemplano obbligazioni che vanno eseguite con estrema tempestività e diligenza, poiché il loro mancato rispetto pregiudica la sopravvivenza stessa del contratto.

In linea generale può dirsi che danno vita a *conditions* le pattuizioni che prevedono termini entro i quali vanno adempite le obbligazioni poste a carico delle parti (quali ad esempio il termine previsto per la consegna della merce, per la nomina della nave, per l'apertura della lettera di credito).

Si tratta di un principio ormai consolidato, che trova costanti applicazioni nella giurisprudenza d'oltremarina.

Così, ad esempio, un lieve ritardo nella consegna degli *shipping documents*, che la venditrice era tenuta a presentare "*promptly*" all'arrivo della nave al porto di sbarco, è stato ritenuto integrare la violazione di una *condition*; ⁹ analogo rigore è rinvenibile in un caso ¹⁰ di vendita in filiera, nel quale uno degli *intermediate sellers* aveva ommesso di trasmettere la *declaration of shipment* "*as soon as possible*", così come previsto in contratto; ancora (in una casistica peraltro ricchissima) è stata ravvisata la violazione di una *condition* in un caso nel quale parte venditrice aveva ommesso di emettere la lettera di credito entro il termine previsto di sette giorni, o in un contenzioso¹¹ nascente da un contratto di vendita FOB che poneva a carico di parte acquirente la nomina del porto di caricazione da specificarsi "*at latest Monday 14.11.83*", in cui la nomina era avvenuta solo il giorno successivo.

Ancora, un esempio di *condition* è stato ravvisato in un caso¹² in cui gli arbitri hanno analizzato la portata della previsione contenuta alla clausola 14 delle Rules della Refined Sugar Association di Londra del seguente tenore: "*the seller shall have the sugar ready to be delivered to the buyer at any time within the contract period*", ritenendo che la frase "*ready to be delivered*" implicava che il venditore fosse obbligato a disporre dell'intero ammontare della merce pronta per la consegna all'inizio della caricazione, escludendo dunque la possibilità per il venditore di fare affluire al porto (o di approvvigionarsi della merce) nel corso delle operazioni di caricazione.

Nella categoria delle *conditions* rientra poi la *condition precedent*, che ricorre laddove una parte sia tenuta necessariamente ad adempiere prima che l'altra possa eseguire le obbligazioni poste a suo carico.

⁹ *Cerealmangimi S.p.A. v. Toepfer (The "Eurometal")* (1979)

¹⁰ *Société Italo Belge pour le Commerce et l'Industrie v. Palm and Vegetable Oils Malaysia Sdn. Bhd ("The Post Chaser")* (1981)

¹¹ *Gill & Duffus SA v. Société pour l'exportation de Sucre S.A.* (1985)

¹² *Compagnie Commerciale des Sucres e Denrees v. Czarnikov Limited* (1988)

Un esempio tipico di *condition precedent* è costituito dalla scelta del porto di caricazione in un contratto con resa FOB, scelta che deve di regola necessariamente precedere la nomina della nave, e che fa scattare l'obbligo del compratore di reperire e nominare per tempo la nave destinata all'esecuzione del trasporto. Un altro classico esempio di *condition precedent* è costituito dall'apertura della lettera di credito, allorché sia previsto che il pagamento del prezzo avvenga per l'appunto mediante credito documentario.

b) *Warranties*

Nella nozione di *warranty* rientrano invece pattuizioni che danno origine ad obbligazioni di minor peso, il cui mancato rispetto non determina di per sé automaticamente la risoluzione del contratto, ma fa sorgere in capo alla parte adempiente (la cd. *innocent party*) il diritto di chiedere il risarcimento dei danni subiti.

Un classico esempio di *warranty* è costituito dalla previsione contenuta in numerosi formulari che la merce verrà trasportata con nave "*suitable for grab discharge*", ossia dotata di stive dalla conformazione tale da consentire senza disagi ed aggravii di costi lo sbarco della merce tramite benne. Laddove la nave scelta per il trasporto non abbia tali caratteristiche il compratore non ha di regola il diritto di rifiutare la merce e dichiarare il contratto risolto, ma solo di chiedere il rimborso delle maggiorazioni di spesa sostenute durante lo sbarco.

c) *Intermediate ed Innominate terms*

Con la definizione di *intermediate* o *innominate term* viene invece indicata una pattuizione il cui mancato rispetto può dar luogo a risoluzione contrattuale solo qualora l'inadempimento sia di particolare gravità.

Si tratta cioè di pattuizioni che non sono configurabili né come *conditions* né come *warranties*, in quanto introducono obbligazioni di particolare peso il cui mancato rispetto, pur non determinando automaticamente la risoluzione del contratto, fa sì che la *innocent party* subisca un grave pregiudizio. Esse sono per l'appunto definite come *innominate terms*, il cui inadempimento può determinare la risoluzione laddove una parte sia privata in sostanza del beneficio che essa mirava a conseguire dal contratto.

Si rivela talora complesso comprendere quando la singola pattuizione si configura come *condition*, *warranty* o *intermediate/innominate term*. Il dato di partenza è naturalmente costituito dall'accertamento della volontà delle parti ricavabile dal complesso delle pattuizioni esistenti, ed all'individuazione di tale volontà tendono pertanto immancabilmente arbitri o giudici.

Spesso la terminologia impiegata è decisiva in tale valutazione: ad esempio, le parole "*guaranteed maximum*" denotano di regola una pattuizione ascrivibile al rango di *condition*, mentre espressioni tipo "*not above*" o "*not below*" un determinato dato numerico o percentuale indicano più probabilmente un *intermediate term* oppure una *warranty*.

Un esempio recente di contenzioso avente ad oggetto la qualificazione dell'obbligazione violata da una delle parti è il caso *Glencore v. Seng*¹³ relativo al contenzioso insorto per effetto della presentazione da parte dei venditori di una polizza di carico recante la clausola FIOS, mentre le intese erano nel senso che la polizza avrebbe dovuto incorporare i *liner terms*.

La tesi della venditrice era nel senso che la presentazione di una polizza non conforme alle intese desse vita alla violazione di un *innominate* o *intermediate term*, e che pertanto non fosse legittima la risoluzione dichiarata dai compratori. Il Giudice Mance, rigettando tale tesi, ha invece ritenuto che il richiamo nelle polizze di carico ai *liner terms* (che avrebbero esonerato i ricevitori dai costi di sbarco) fosse invece una *condition*, che andava necessariamente rispettata perché sorgesse l'obbligo del compratore di accettare gli *shipping documents*.

La difficoltà esistente nell'individuare la linea di demarcazione tra *conditions*, *guarantees* ed *innominate terms* deve indurre la parte che attribuisca particolare importanza al corretto adempimento della singola pattuizione a porre l'accento sulla essenzialità della clausola: tornando all'esempio della previsione relativa all'idoneità della nave per la scaricazione con particolari mezzi di sbarco (che si è visto costituire di regola una semplice *warranty*) qualora per parte compratrice sia di particolare importanza che la nave sia "*suitable for*

¹³ *Soon Hua Seng Co Ltd v Glencore Grain Co Ltd (1996)*

grab discharge” (ciò accade per esempio laddove il porto di sbarco sia dotato esclusivamente di un certo tipo di *facilities*) è essenziale che essa non si limiti a richiamare la previsione contenuta nella clausola *standard* del formulario, ma precisi che l’esecuzione del trasporto con una nave aventi specifiche caratteristiche costituisce una *condition*, il cui mancato rispetto conduce alla risoluzione del contratto.

6. La tempestività nell’adempimento: il principio “*time is of the essence*”

Si è evidenziato poco sopra che la giurisprudenza inglese valuta di regola con rigore estremo il rispetto dei termini previsti per l’adempimento delle obbligazioni poste a carico delle parti.

Nell’ambito del *commodity trade* le posizioni espresse dalla nostra giurisprudenza non sono peraltro dissimili: ad esempio, l’essenzialità del termine previsto in contratto per la caricazione e la consegna della merce è affermata dalla giurisprudenza italiana maggioritaria.¹⁴

L’esame della giurisprudenza permette di ravvisare una tendenza ormai consolidata: mentre una certa tolleranza è ammessa con riguardo alle obbligazioni che ineriscono alla qualità ed alle caratteristiche della merce consegnata (ma sul punto si tornerà al capitolo 2), le conseguenze del mancato rispetto del termine vengono di regola considerate con estremo rigore.

E’ possibile anzi individuare un principio, tradizionalmente racchiuso nella formula “*time is of the essence*”: pattuizioni che contemplano scadenze o termini per l’esecuzione delle obbligazioni rientrano di regola nel novero delle *conditions*, il cui mancato rispetto dà diritto alla parte adempiente di dichiarare il contratto risolto.

E’ possibile che il contratto preveda la possibilità di negoziare un’estensione (ciò accade anzi di regola nei formulari GAFTA e FOSFA) ma anche in tal caso *time is of the essence*, poiché anche per il rispetto del termine entro il quale richiedere la concessione dell’estensione la tempestività è fondamentale, ed un ritardo anche

¹⁴ Corte d’Appello di Napoli 12 maggio 1983; Tribunale Genova 25 maggio 1951 *LTCO c. San Giovanni*; Tribunale Napoli 5 ottobre 1951 *Domodar Savairon c. Miranda*.

minimo pregiudica in modo irrimediabile la possibilità di conseguire una proroga.

Gli esempi del rigore con cui arbitri e giudici inglesi interpretano ed applicano il principio in esame sono innumerevoli: tale atteggiamento viene fondato sul rilievo della necessità che gli operatori del mondo del *trading* possano contare sulla perentorietà dei termini previsti nei contratti di vendita.

Molto spesso del resto il singolo contratto si inserisce in un più ampio contesto, ed è solo un anello di una lunga filiera contrattuale: attribuire il carattere di *condition* ad un termine ha l'effetto di garantire che esso abbia gli stessi effetti e riceva la stessa interpretazione in ciascuno dei contratti componenti la filiera.

CAPITOLO 2

LE OBBLIGAZIONI RELATIVE A QUANTITÀ E QUALITÀ DELLA MERCE

1. La determinazione della quantità

I contratti di vendita di *commodities* contengono di regola una disciplina analitica con riguardo alla determinazione della quantità della merce oggetto della vendita, e prevedono sovente la possibilità che il quantitativo pattuito sia soggetto ad incrementi o riduzioni ad opzione di una delle parti.¹⁵ Tale impostazione si spiega alla luce del fatto che per la maggior parte delle materie prime alla rinfusa è spesso difficile consegnare (attraverso la caricazione a bordo della nave che eseguirà il trasporto) un quantitativo esatto di merce, e va dunque prevista in anticipo e disciplinata nel dettaglio la possibilità che il venditore o il compratore (rispettivamente nei contratti con termini di resa CIF e FOB) siano posti in condizione di incrementare o diminuire entro determinati limiti quantità e peso complessivi di merce da consegnarsi.

La presenza nei formulari di una previsione specifica sul punto si rivela peraltro di particolare utilità, in quanto mira a prevenire sul nascere contenziosi e contestazioni tra le parti, che possono essere frequenti alla luce del fatto che in alcuni ordinamenti (ed in particolare per la legge inglese) l'obbligo posto a carico del venditore di consegnare l'esatto quantitativo pattuito dà vita ad una *condition*, con la conseguenza che la consegna di una quantità diversa legittima la parte acquirente a rifiutare l'adempimento inesatto e chiedere la risoluzione del contratto (sebbene giurisprudenza e dottrina d'oltremontana abbiano da tempo cercato di attenuare il rigore di tale principio, affermando che in casi di scostamento molto modesto nel quantitativo di merce consegnata un rifiuto da parte del compratore deve ritenersi irragionevole ed ingiustificato, ed una recente riforma del Supply and Sale of Goods Act del 1994 ha stabilito che la risoluzione del contratto non è ammessa in caso in cui lo scostamento sia "*so slight that it would be unreasonable*" rifiutare la merce.

¹⁵ Si veda ad esempio la disciplina contenuta alla clausola 1. "Tolerance" del contratto FOSFA 24 A.

La prassi conosce un uso ormai frequente di clausole nelle quali l'indicazione del quantitativo oggetto di vendita viene accompagnata da espressioni del tipo “*approximately*”, “*more or less*”, “*about*”, o dalla previsione che la quantità prevista in contratto è soggetta a tolleranze lasciate alla scelta discrezionale del venditore o del compratore, con la locuzione “*at seller's option*”, o “*at buyer's option*”, o ancora con l'espressione “*at vessel's option*” (che nei contratti con resa FOB viene assimilata alla clausola *at buyers' option*).¹⁶

Oltre che nei contratti GAFTA e FOSFA la possibilità di arrotondare la quantità di merce è prevista in numerosi altri formulari. Così ad esempio nel contratto INCOGRAIN 12 CIF, nel quale la clausola 2 (*Quantité*) ammette la possibilità che il venditore incrementi o riduca del 10% il quantitativo di merce consegnata, e stabilisce che a tale eventuale eccedenza si applica il prezzo pattuito di contratto fino alla concorrenza del 2% ed il prezzo di mercato al giorno della emissione della polizza di carico per il restante 8%. Più ridotto è invece il quantitativo soggetto ad arrotondamento per l'eventualità di un contratto con consegne ripartite, per il quale si prevede un margine del 5%: anche in tal caso il 2% viene calcolato sulla base del prezzo di contratto, ed il restante 3% al corso del giorno di completamento della caricazione.

Parimenti flessibile è il quantitativo previsto nel contratto NAEGA n. 2 per vendite FOB, dove si prevede la possibilità che il compratore eserciti l'opzione per un 5% in più o in meno (anche in tal caso si distingue tra l'eventualità che la consegna sia realizzata con un unico imbarco, o sia invece ripartita) o ancora nei contratti NOFOTA (Netherlands Oils, Fats and Oil Seeds Trade Association) dove, ad esempio, nel contratto n. 20 per consegna “*spot conditions/free on truck/free delivered*” si prevede la possibilità che il venditore consegni un quantitativo superiore o inferiore del 2% rispetto a quello pattuito (applicandosi in tal caso il prezzo previsto in contratto).

Problematiche particolari possono verificarsi in relazione a contratti di vendita in cui il peso venga determinato sulla base delle risultanze di sbarco, ossia i contratti cosiddetti *outturn basis*. In tali contratti il prezzo viene infatti determinato sulla base della resa di sbarco, con il risultato che è di fatto il venditore che subisce le conseguenze di eventuali ammanchi verificatisi nel corso o per effetto del trasporto. Il

¹⁶ *Bunge Corporation v. Tradax Export S.A. (1981)*

problema per il venditore può sorgere alla luce del fatto che qualora venga trasferito il diritto ad agire nei confronti del vettore per effetto della negoziazione della polizza di carico l'unico soggetto legittimato a reclamare per eventuali ammanchi è il ricevitore, ed il venditore rischia di essere privo di legittimazione (il principio è affermato alla Section 2.1. del Carriage of Goods by Sea Act 1992 inglese, e trova applicazione anche nel nostro ordinamento).¹⁷

In tal caso è evidentemente consigliabile che il venditore chieda l'inserimento nel contratto di vendita di una clausola in base alla quale l'acquirente è tenuto a cedere i diritti nascenti dal contratto di trasporto; tale cessione dev'essere tra l'altro sufficientemente estesa e non limitarsi al riferimento alla sola polizza di carico (poiché, per un orientamento giurisprudenziale non univoco ma piuttosto consolidato¹⁸, esaurita la consegna la polizza cessa di avere funzione di titolo rappresentativo della merce, per cui una cessione limitata ai soli diritti nascenti dalla polizza di carico potrebbe essere ritenuta non sufficiente).

Un'alternativa può essere offerta da un accordo con parte acquirente in virtù del quale quest'ultima resti obbligata ad agire nei confronti del vettore formalmente in proprio nome ma per conto e nell'interesse del venditore (che dovrà evidentemente sostenere i costi dell'azione legale): tale soluzione è evidentemente più complessa (in quanto implica un'attività maggiormente impegnativa a carico dell'acquirente), ma consente di evitare eccezioni legate alla legittimazione e chiedere il risarcimento.

Alcuni contratti GAFTA (ad esempio il contratto GAFTA 80 CIF) contengono una clausola denominata "*Deficiency*" che recita "*any deficiency on the bill of lading weight should be paid by the sellers and any excess over bill of lading weight shall be paid by buyers.*" In tal caso è opportuno che le parti stabiliscano in che modo procedere all'accertamento del peso, stabilendo anche se le risultanze di tali accertamenti siano vincolanti, oppure siano al contrario suscettibili di revisione e/o contestazione.

¹⁷ Ai sensi dell'articolo 1689 codice civile

¹⁸ Tribunale Livorno, 28 maggio 1996, Faggi c. Hugo Trumpy; Tribunale Genova, 20 maggio 1981, Kino Nodegad c. Gibisped

2. Le obbligazioni relative a caratteristiche e qualità

Le pattuizioni relative alle caratteristiche qualitative della merce danno di regola vita (nei contratti soggetti a legge inglese) ad una *warranty*, ossia contemplano obblighi il cui mancato rispetto non legittima di regola il compratore a risolvere il contratto, ma attribuisce semplicemente il diritto di chiedere una riduzione di prezzo. Va tenuto presente tuttavia che per la legge inglese¹⁹ qualora ricorra una vendita “*by description*” i beni devono corrispondere in modo tassativo alla descrizione che di essi viene fatta nel contratto, e tale corrispondenza costituisce una “*condition*”, il cui mancato rispetto può determinare il rifiuto della merce e la risoluzione del contratto.

Non è sempre agevole stabilire quando una vendita possa definirsi “*by description*”, e l’esame della casistica disponibile evidenzia che sovente si rivela complesso nella pratica distinguere tra *description* e *quality*. La giurisprudenza inglese ha per esempio fatto rientrare nella nozione di “*description*” elementi quali la quantità, le dimensioni o l’imballaggio, facendo ricorso in tal modo ad una nozione particolarmente ampia e flessibile,²⁰ ma non mancano precedenti che lasciano trasparire un approccio più restrittivo e che hanno ritenuto che la “*description*” della merce inerisce esclusivamente alla natura ed alle caratteristiche essenziali dei beni oggetto di vendita.²¹

Va aggiunto che accade molto spesso che la descrizione della merce contenuta nel contratto sia piuttosto generica e sommaria (l’esempio classico è quello del frumento descritto come “*milling wheat*”) al punto da rendere di fatto impossibile la contestazione di una *breach of description*.

Può accadere poi che le parti abbiano cura di precisare in modo espresso che le pattuizioni contenute in contratto non mutano in alcun modo la *description* della merce: si veda per esempio la pattuizione contenuta in un caso recente²² nel quale il contratto

¹⁹ Section 13(1) Sale of Goods Act 1979

²⁰ *Petrotrade Inc. v. Stinnes Handel G.m.b.H.* (1995)

²¹ *Tradax International S.A. v. Goldschmidt S.A.* (1977); *N.V. Bunge Compagnie Noga d’Importation et d’Exportation S.A. (The “Bow Cedar”)* (1980)

²² *Bominflot v. Petroplus (“The Mercini Lady”)* (2009)

prevedeva espressamente “*there are no guarantees, warranties or representations, expressed or implied, or merchantability, fitness or suitability for any particular purpose which extend beyond the description set forth in this agreement*”.

Si è detto del particolare rilievo che assume nei contratti in esame la disciplina relativa alle specifiche della merce sotto il profilo qualitativo ed alle modalità con cui viene accertato il rispetto delle pattuizioni esistenti.

Tale fase viene disciplinata con clausole apposite, che regolano le modalità di tale accertamento, la redazione e l'emissione dei certificati di quantità e qualità, e la natura e gli effetti di tali certificati. Tali clausole, ormai presenti in numerosissimi formulari e modelli contrattuali, attestano il peso che nella prassi ha assunto l'accertamento della rispondenza della merce alle specifiche contrattuali, e la necessità che le operazioni peritali e di analisi vengano disciplinate dalle parti con estrema accuratezza.

L'ampiezza e l'articolazione di tali clausole può variare in modo abbastanza significativo.

Nei contratti FOSFA la *Quality Clause* si limita ad impiegare una formulazione stringata (e di interpretazione non sempre agevole) ossia che la merce oggetto del contratto “*is warranted to be of good merchantable quality*”. I contratti GAFTA contemplano invece diverse modalità con cui le parti possono procedere ad accertare e determinare le caratteristiche qualitative della merce:

- a) La certificazione affidata ad un terzo (le cui valutazioni e determinazioni possono essere vincolanti per le parti),
- b) Il richiamo a *standards* qualitativi che sono periodicamente aggiornati dall'Associazione,²³
- c) la vendita su campione.

Naturalmente, le previsioni contenute nei formulari possono essere (e di regola sono) integrate da pattuizioni più specifiche e dettagliate, che tengono conto della particolare natura della merce, delle *facilities* esistenti al porto di caricazione o di sbarco, della necessità di dar

²³ Nei contratti GAFTA venivano definiti come specifiche FAQ, ossia *fair average quality*, ed impiegati congiuntamente a certificati di qualità; il ricorso alle clausole FAQ è tuttavia di fatto ora abbandonato

corso a particolari sistemi di analisi. Allorquando i contratti tipo contemplano la possibilità di procedere al campionamento della merce e sottoporre tali campioni ad analisi, essi rinviano di regola alle procedure di campionamento ed analisi codificate dalle Associazioni, e prevedono il ricorso ad analisti ed ispettori accreditati dalle associazioni stesse, ed inseriti in appositi elenchi costantemente aggiornati in base a rigorosi criteri selettivi.

La possibilità di far ricorso a periti o laboratori diversi da quelli inclusi nell'elenco è prevista in via residuale, allorquando ad esempio al porto di caricazione non vi siano ispettori o analisti accreditati, o vengano disposizioni che impongono il ricorso a strutture locali. Il ricorso a controllori ed analisti inclusi negli elenchi ufficiali delle Associazioni ed a sistemi di campionamento codificati da queste ultime è imperativo, in quanto in caso contrario il campione raccolto viene di regola considerato non attendibile, e la parte che intende fondare un reclamo su risultati di analisi conseguiti in modo difforme rispetto alle procedure prescritte può perdere ogni diritto ad agire in arbitrato.

La logica di simili limitazioni va ravvisata nella necessità di garantire che la scelta del soggetto cui affidare gli accertamenti cada su un terzo indipendente e dotato dei necessari requisiti di affidabilità ed imparzialità, e che un eventuale contenzioso si fondi su campioni di merce che siano realmente rappresentativi dell'intera partita.

Il punto è stato ad esempio oggetto di valutazione in un caso²⁴ nel quale il contratto conteneva una clausola che recitava “*samples if required shall be taken at discharge in accordance with the appropriate Rules of the Grain and Feed Trade Association Ltd. (GAFTA 71) and shall be the only samples used for the purposes of arbitration*”, escludendo dunque qualunque rilievo di campioni non prelevati con ricorso alle metodologie GAFTA. La Corte ha affermato la piena validità della pattuizione, evidenziando che essa era finalizzata a garantire la massima attendibilità e rappresentatività dei campioni raccolti, che la limitazione prevista nel contratto di vendita era ragionevole e che pertanto campioni raccolti in modo difforme dalle modalità prescritte fossero del tutto inutilizzabili a fini probatori.

²⁴ *Verheijdens Veervoeder v. I.S. Joseph (1981)*.

Gli effetti preclusivi conseguenti al mancato rispetto delle procedure codificate dalle Associazioni devono essere però previsti nel contratto con pattuizioni chiare ed inequivocabili.²⁵

Qualora poi il contratto preveda (come accade ormai di regola) il diritto del compratore di presenziare personalmente - o con un proprio perito - alle operazioni di campionamento ed analisi il venditore è tenuto a garantire la propria cooperazione al fine di facilitare (o quanto meno non ostacolare) tali operazioni.

Il punto è stato analizzato in dettaglio nel noto caso *Mantovani v. Carapelli*²⁶ nel quale oggetto del contendere è stato la mancata collaborazione da parte dei venditori con riguardo alle operazioni di pesatura e campionamento al porto di imbarco. Il contratto contemplava la vendita di un lotto di farina di soia alle condizioni *f.o.b. one Gulf Port New Orleans* e richiamava le condizioni del contratto GAFTA 119, che prevedevano che un eventuale accertamento in contraddittorio potesse aver luogo su richiesta dei compratori (“*if required by buyers, at time and place of shipment by buyers’ and sellers’ representatives*”).

La Corte ha escluso la responsabilità dei venditori, affermando il principio che laddove il contratto preveda il diritto dei compratori di presiedere alle operazioni di campionamento ed ispezione al porto di imbarco parte acquirente deve esercitare tale facoltà in modo tempestivo, informando direttamente e con congruo anticipo il venditore dell’intenzione di avvalersi della clausola in esame.

Può accadere che al perito una delle parti (in particolare il compratore) conferisca mandato di accettare a proprio nome e per proprio conto la merce presentata per la caricazione; tale mandato dev’essere tuttavia espresso ed univoco, e non può ritenersi conferito implicitamente.²⁷

Quanto alle clausole che attribuiscono peso ed efficacia ai certificati emessi al termine delle operazioni di caricazione, in via di estrema sintesi si possono distinguere le ipotesi in cui tali certificati hanno semplicemente l’effetto di far scattare l’obbligo di pagamento del prezzo da parte del compratore, senza tuttavia precludere successive

²⁵ *Charles E. Ford v. Afec* (1986).

²⁶ *Mantovani v. Carapelli S.p.A.* (1978).

²⁷ *Toepfer v. Warinco A.G.* (1978)

contestazioni (non avendo tali certificati carattere vincolante), dai casi in cui all'accertamento della conformità quantitativa e qualitativa contenuta nei certificati viene attribuito invece un valore definitivo e pressoché insormontabile (c.d. clausole “*final and binding*”).

Mentre in passato le clausole contrattuali che attribuiscono ai certificati di quantità e qualità una efficacia “*final and binding*” erano considerate abbastanza eccezionali (con la conseguenza che in caso di formulazioni ambigue si tendeva ad escludere che la clausola avesse l'effetto di rendere i certificati “finali”), oggi tali pattuizioni sono rinvenibili con frequenza estrema, e costituiscono ormai la regola nel *commodity trade*, al punto da essere state recepite e codificate in numerosi dei formulari del settore.

Si pensi ad esempio alla previsione contenuta nel contratto NAEGA n. 2 per le vendite FOB dai porti statunitensi e canadesi, dove l'articolo 7 “*Quality*” recita testualmente “*quality and condition to be final at port of loading in accordance with official inspection certificates*”.

Le conseguenze, sotto il profilo giuridico e pratico, che per le parti nascono dalla scelta di attribuire efficacia “*final and binding*” ai certificati di analisi e qualità sono, come è facile intuire, di estremo rilievo, dal momento che sulla base di tali certificati (anche qualora essi si rivelino viziati da errore) il compratore può trovarsi costretto ad accettare (ed a pagare per intero) merce che non corrisponde, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, alle specifiche contrattuali.

Ciò può dar adito a qualche perplessità ed indurre a dubitare della stessa ammissibilità o validità di clausole di tal genere. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale consolidato è ormai tempo nel senso di riconoscere piena validità a simili pattuizioni, ed attribuire in particolare efficacia vincolante a tali certificati anche qualora gli stessi risultino viziati da errori ed omissioni del controllore che emette il certificato.

Nel caso *Rolimpex c. Dossa*²⁸ il contratto di vendita prevedeva che un controllore fosse nominato per analizzare al porto di caricazione campioni di semi di cotone, ed emettere un certificato di qualità. Non era previsto che la certificazione fosse vincolante, ma si stabiliva tuttavia che il peso fosse “*final as per the surveyor's certificate*”, e si

²⁸ *Rolimpex v. Dossa & Sons Ltd* (1971)

contemplava inoltre un sistema piuttosto complesso di esecuzione delle analisi sui campioni. La Corte ritenne che la clausola non fosse sufficientemente chiara e perentoria per affermare la vincolatività del certificato, ma affermò al contempo il principio che certificati “finali” sarebbero stati pienamente ammissibili e consentiti.

Nell’ormai fondamentale caso *Toepfer v. Continental Grain*²⁹ di qualche anno successivo è stato affrontato in modo specifico il punto della vincolatività di certificati “finali”.

Nel caso in esame gli acquirenti avevano lamentato che i certificati emessi dall’Ente di controllo nominato dalle autorità federali americane non fossero veritieri con riguardo alla qualità della merce, poiché essi erroneamente indicavano il grano come di qualità “*3 Hard Amber Durum Wheat*” e non invece (come avrebbero dovuto) “*3 Amber Durum Wheat*”.

Nel corso del giudizio venne accertato che il perito intervenuto al porto di caricazione era effettivamente incorso in errore ed aveva anzi riconosciuto lo sbaglio commesso. Ciononostante, il carattere “finale” e vincolante dei certificati venne riconosciuto dai giudici di primo grado, e poi confermato in appello, sulla scorta del rilievo della elevata libertà negoziale di cui godono le parti nel commercio internazionale e dell’esistenza di un preciso interesse degli operatori alla certezza e speditezza delle vendite di *commodities*, che giustifica il rischio che il soggetto cui è affidato il controllo incorra occasionalmente in una decisione errata, e che non vi sia alcuna possibilità di rettificare la stessa.

La natura “finale” e vincolante dei certificati è stata da tempo riconosciuta anche dalla giurisprudenza arbitrale francese, ed in particolare dagli arbitri della *Chambre de Commerce* di Parigi che, chiamati a pronunciarsi nei contenziosi nascenti dall’impiego di contratti INCOGRAIN, non hanno esitazioni nell’attribuire efficacia vincolante e pressoché insormontabile alle statuizioni contenute nei certificati di analisi qualora essi siano definiti dalle parti “*final all’embarquement*”. Emblematico di tale approccio è un lodo ormai piuttosto risalente³⁰ nel quale gli arbitri sono stati chiamati a valutare gli effetti di una clausola che recitava “*qualité et conditionnement*”

²⁹ *Toepfer v. Continental Grain Co.* (1973)

³⁰ La decisione è pubblicata sul sito www.INCOGRAIN.com

finals à l'embarquement selon certificat (société d'agreage x) à la charge des vendeurs". Nello stesso senso è il lodo reso nel caso 8682/1990 (inedito) relativo ad un contratto di vendita di 15.000 tonnellate di grano duro francese contenente la clausola "*qualité finale au chargement suivant certificat d'un surveillant de premier ordre aux frais et choix du vendeur*".

I due precedenti italiani rinvenibili in relazione al punto in esame offrono un quadro non univoco, in quanto le decisioni si pongono in singolare antitesi tra loro.

Nel primo caso³¹ relativo alla vendita di una partita di semi di soia presentatasi allo sbarco con una percentuale di corpi estranei del 15% rispetto al 2,10% certificato dalla *U.S. Federal Appeal Inspection Certificate*, il Tribunale di Livorno, pur in presenza di una pattuizione che stabiliva che i certificati emessi dall'ente di controllo statunitense fossero "*finali e definitivi*", ha ritenuto che gli stessi avessero in realtà un contenuto puramente "valutativo" e che dunque i dati in essi contenuti potevano essere contrastati con ogni mezzo di prova.

Nel secondo e più recente caso³² il Tribunale di Bari ha invece seguito una linea argomentativa simile a quella posta a base della decisione resa nel caso *Toepfer v. Continental Grain*, rilevando che, pur non essendo espressamente previste dall'ordinamento quali figure negoziali tipiche, le clausole del tipo "*finale all'imbarco*" sono dirette a perseguire interessi meritevoli di tutela, e dunque sono valide ed efficaci a norma dell'art. 1322 cod. civ.

3. Deroche ed attenuazioni della portata della clausola "*final and binding*"

Alla luce degli effetti legati alla pattuizione in esame ci si chiede sovente se la natura vincolante dei certificati sia assoluta o incontri invece dei limiti, e se siano in particolare configurabili situazioni in cui, pur in presenza di un certificato previsto dal contratto come "*final and binding*" che attesta la conformità della merce il compratore possa ugualmente contestare la quantità o la qualità della merce consegnatagli.

³¹ Tribunale di Livorno 15 ottobre 1984, *Liquifarm c. Cerealmangimi*

³² Tribunale Bari 10 gennaio 1994, *Molino Tandoi Pellegrino c. Ferruzzi Italia*

La giurisprudenza inglese, dopo aver affermato in modo perentorio la portata e l'efficacia vincolante dei certificati "finali" anche per l'ipotesi di accertato errore del controllore, si è successivamente mossa con una certa cautela, ed ha circoscritto in modo talora il rilievo probatorio dei certificati di qualità, precisando le condizioni che devono tassativamente ricorrere perché il certificato precluda ogni reclamo da parte del compratore.

Alla luce dei precedenti disponibili (numerosi dei quali sono peraltro molto recenti, a testimonianza del fatto che il punto è tuttora soggetto a valutazioni e revisioni) possono individuarsi alcune fattispecie in cui chi si ritenga danneggiato da un certificato non fedele o errato dispone di un certo spazio per contestarne validità e peso probatorio.

a) formulazione della clausola e terminologia adottata dalle parti

Un primo strumento a disposizione del compratore è costituito dalla interpretazione restrittiva della clausola che prevede l'efficacia "*final and binding*" del certificato. Argomentando dal carattere eccezionale di tale pattuizione e degli effetti ad essa connessi si è infatti talora sostenuto, in presenza di clausole dalla formulazione incerta o ambigua, che tale efficacia fosse da escludere. Il punto è stato ad esempio oggetto di valutazione nella decisione resa nel caso *Rolimpex v. Dossa*³³ sopra richiamato, relativo ad un contratto per la vendita *f.o.b. Karachi* di un lotto di farina di semi di cotone. Il contratto prevedeva che l'analisi di campioni di merce fosse eseguita al porto di imbarco e che, conseguentemente, venisse rilasciato un "*analysis certificate showing full analysis and stating that the goods are sound merchantable, from fresh production not rancid, free from foreign odour materials... and are fit for animal consumption...*"

I certificati emessi all'esito delle analisi attestavano la corrispondenza della merce alle specifiche contrattuali, tuttavia il carico giunse a destino in stato di grave avaria, ed i compratori contestarono la non conformità dei beni alle specifiche, deducendo altresì il carattere non vincolante della certificazione. Il Giudice Donaldson (dopo aver affermato il principio che la vincolatività e definitività del certificato va interpretata nel senso che la pattuizione opera a vantaggio ed a carico di entrambe le parti, e non del solo venditore) ha ritenuto che

³³ *Rolimpex Centrala Handlu Zagranicznego v. Haji E. Dossa & Sons Ltd.* (1971)

nel caso sottopostogli la formulazione della clausola contenuta nel contratto non fosse tale da indurre a ritenere che le parti avevano inteso attribuire natura vincolante e “finale” al certificato. Ad avviso della Corte, dal momento che un simile accordo incide in modo drastico sui diritti delle parti (in particolare sul diritto dell’acquirente) l’attribuzione di un’efficacia “finale e vincolante” ai certificati presuppone che sia ravvisabile una volontà delle parti in tal senso chiara ed inequivocabile.

b) limitazione del carattere “finale” alle sole specifiche espressamente previste

Si può poi limitare l’efficacia “final and binding” ad alcune soltanto delle indicazioni contenute nei certificati, ossia quelle per le quali la portata vincolante e finale sia espressamente prevista, escludendola invece per tutte le altre. Si tratta di un profilo che è stato esaminato in un numero ormai abbastanza significativo di casi.

Già nel *leading case Toepfer v. Continental Grain*³⁴ (nel quale come visto la Corte, pur avendo accertato l’esistenza di un errore nel quale era incorso l’ente prescelto per l’accertamento della percentuale di grano duro, ha affermato il carattere vincolante del certificato) gli acquirenti sostennero in giudizio che anche qualora il certificato avesse dovuto ritenersi vincolante con riferimento alla qualità, esso non era tale invece con riferimento alla descrizione della merce.

La tesi dei venditori (accolta dalla Commercial Court e successivamente confermata in appello) fu invece nel senso che qualità e *description* fossero, nel caso di specie, intrecciate in modo indissolubile tra loro e di fatto coincidenti, e che il certificato fosse dunque vincolante in relazione ad entrambi i profili.³⁵

L’assetto raggiunto dalla giurisprudenza inglese era stato in tempi recenti messo in discussione nel noto caso «Mercini Lady»³⁶ relativo ad una vendita FOB di un carico di 38.500 tonnellate di gasolio.

Nonostante al porto di imbarco il controllore avesse certificato che il carico era nei limiti previsti, la merce si era presentata invece

³⁴ *Toepfer v. Continental Grain Co* (1973)

³⁵ *In tal senso anche Gill & Duffus v. Berger & C. Inc. (N.2)* (1984)

³⁶ *KG Blominflot Bunkergellschaft fur Mieralole mbh & Co KG v Petroplus Marketing AG* (2010)

gravemente fuori specifica al *sediment test* eseguito all'arrivo, dopo soli 4 giorni di traversata marittima. Parte acquirente aveva dunque rigettato il carico, reclamando danni superiori a 3 milioni di dollari.

In primo grado il Giudice Field ha ritenuto che l'obbligo del venditore in un contratto FOB di garantire che la merce sia di «*satisfactory quality*» implica che essa resti in specifica anche in corso di viaggio, ossia alla caricazione e «*for a reasonable time thereafter*» e tale obbligo è preponderante e può privare di carattere vincolante il certificato di qualità emesso alla caricazione.

La decisione è stata tuttavia drasticamente riformata in secondo grado, dove la Corte d'Appello ha evidenziato che seguendo tale impostazione l'intero sistema finirebbe per essere compromesso («*the whole point of a final and binding determination by an independent inspector on loading would be rendered pointless*») determinando una situazione di incertezza, in aperto contrasto con la natura e le finalità di tali certificati (*all certainty in international sales of goods, which such inspection clauses are designed to provide... would be utterly broken..*).

La natura *final* di un certificato può anche essere derogata da una clausola *ad hoc*, come emerso in un caso avente ad oggetto una vendita FOB di un carico di *sunflowerseeds expeller*.³⁷

Il contratto prevedeva espressamente che il certificato fosse *final*, ma i compratori avevano diritto di chiedere una seconda analisi, con la seguente clausola:

«*Quality and condition to be final at time of loading as per certificate of first class superintendent approved by GAFTA at seller's choice and expense. The buyers have the right to appoint their own GAFTA approved supervisor at their expense. In this case the sampling to be done conjointly, as per GFATA terms and conditions. 2nd analysis, if any, as per Salamon and Seaber, London.*»

Il certificato ottenuto dai venditori attestava che la merce era in specifica, ma su richiesta di parte acquirente campioni sigillati venivano trasmessi per una ulteriore analisi del laboratorio Salamon

³⁷ *RR Grain Trade LLP UK v. Feed Factors International Ltd (2011)*

and Seaber, che attestava invece che la merce non era rispondente alle caratteristiche pattuite. Parte acquirente dunque rifiutava la merce, e dichiarava il contratto risolto.

Nel contenzioso sorto a seguito della risoluzione gli arbitri in primo e secondo grado hanno ritenuto fondata la posizione degli acquirenti, e nel giudizio che ha fatto seguito all'impugnazione del lodo la High Court ha condiviso le valutazioni arbitrali, rilevando che la previsione del contratto che ammetteva la possibilità per parte acquirente di chiedere l'esecuzione di un nuovo controllo aveva di fatto finito per escludere che il primo certificato fosse *final*, attribuendo invece carattere vincolante al certificato emesso a seguito dei nuovi test.

c) il mancato rispetto delle pattuizioni relative alla nomina del perito o al sistema di campionamento ed analisi

La natura “finale” dei certificati è subordinata alla condizione che essi siano rigorosamente emessi dal soggetto prescelto, ed a seguito di analisi e controlli eseguiti nel pieno rispetto delle pattuizioni del contratto di vendita. L'efficacia del certificato può pertanto essere contestata qualora esso non sia rilasciato dal soggetto indicato dalle parti, o sia emesso da un controllore che non abbia i requisiti o le qualifiche concordate.

Spesso il contratto prevede che il controllo e l'emissione del certificato siano affidati ad un “*independent surveyor*”: si tratta di definizione per molti versi ambigua, che si presta ad interpretazioni discordanti. Un'interpretazione rigorosa del requisito della imparzialità richiede in effetti non solo che l'ispettore non abbia legami di sorta con una delle parti, ma anche che esegua autonomamente campionamento ed analisi, non limitandosi ad assistere ad attività svolte da altri ed a recepirne i risultati nel proprio certificato.

Il punto è stato ad esempio oggetto di valutazione nel caso *Kollerich v. State Trading Corporation of India*³⁸ nel quale il contratto prevedeva che il venditore avesse l'opzione di nominare una tra due società di controllo, entrambe di reputazione internazionale, per le ispezioni pre-imbarco ed il rilascio dei certificati. I venditori

³⁸ *Kollerich & Cie. S.A. v. The State Trading Corporation of India (1979)*

nominarono uno dei due controllori indicati, ma questi non svolse personalmente le ispezioni, delegando un altro perito.

La Corte ritenne che tale accertamento non fosse in linea con le previsioni della clausola, e che i certificati fossero pertanto privi di efficacia vincolante. Particolarmente perentoria è stata la motivazione posta a base della decisione: “*the natural meaning of the words is that the inspection was to be carried out by one of those named agencies and by no one else. In my judgment, a contractual certificate is a certificate following upon inspection by one of those agencies and not a certificate following upon an inspection carried out by someone else. Such a certificate is in my judgment ineffective...»*».

Così come regolano la scelta del soggetto incaricato di eseguire l'accertamento ed emettere i relativi certificati, le clausole in esame spesso regolano anche la modalità di tale accertamento, ed in particolare il prelievo dei campioni e la esecuzione delle analisi. Può accadere (ed è anzi evento ricorrente) che il controllore si discosti dalle istruzioni ricevute: anche in tal caso la portata vincolante dei certificati può essere contrastata con successo. Si tratta di un profilo che la giurisprudenza inglese ha affrontato ormai da tempo, e che è efficacemente riassunto in un passaggio delle motivazioni della decisione resa nel caso *Nikko Hotels*³⁹ nel quale il Giudice Knox ha, con esemplare concisione, ha puntualizzato: “*if [the expert] has answered the right question in the wrong way, his decision will be binding. If he has answered the wrong question, his decision will be a nullity*”.

La portata vincolante del certificato dipende dunque dal rispetto delle prescrizioni contenute nel contratto con riguardo alle modalità di accertamento. Esempio al riguardo è il caso *Seng v. Glencore Grain*⁴⁰ nel quale gli arbitri GAFTA (e la Corte successivamente adita in appello) hanno ritenuto che un'ispezione svolta presso i magazzini dei venditori non fosse conforme alla clausola che prevedeva la determinazione della qualità “*at time of shipment*”, presupponendo dunque un controllo nel corso delle operazioni di carico.

³⁹ *Nikko Hotels (U.K.) Ltd. v. MEPC Plc. (1991)*

⁴⁰ *Soon Hua Seng v. Glencore Grain (1996)*

Rappresentativi di tale approccio sono anche il caso *Coastal Bermuda v. Esso Petroleum* ⁴¹, nel quale gli acquirenti hanno contestato la vincolatività di un certificato di qualità che era stato integrato da un telex emesso successivamente ai controlli peritali, ed il più recente caso *Veba Oil v. Petrotrade* ⁴² nel quale il carattere vincolante dei certificati è stato contestato con successo dagli acquirenti sul rilievo che il perito nominato aveva fatto ricorso ad una metodologia di analisi diversa rispetto a quella prescritta.

La decisione è di particolare peso, in considerazione del fatto che la Corte ha ritenuto all'unanimità che il certificato non fosse vincolante (e dunque era suscettibile di prova contraria), sebbene fosse pacifico tra le parti che il metodo seguito dal controllore era stato più sofisticato ed accurato rispetto a quello previsto in contratto, che laddove si fosse fatto ricorso al sistema indicato in contratto il risultato non sarebbe mutato, e la merce sarebbe stata comunque ritenuta conforme alle specifiche, ed infine che il metodo di analisi adottato era quello usualmente seguito al porto di sbarco. Il ragionamento seguito dalla Court of Appeal è ben delineato nel passaggio della sentenza dove (anche in tal caso con esemplare concisione) si è chiarito che: “*the parties are only bound by a stipulation as to finality if the expert has done what he was asked to do*”.

Un caso recente ⁴³ infine ha nuovamente reso evidente la delicatezza e la complessità della questioni che possono sorgere in relazione all'accertamento delle specifiche contrattuali della merce, soprattutto in presenza di pattuzioni contraddittorie o mal coordinate.

Nel caso di specie in particolare il quadro era reso complesso dal richiamo ai *GASC Tender Terms* con riguardo alla *quality* della merce, che contenevano la clausola:

Inspection: Weight, quality and condition final at time and place of loading as per relevant GASC tender. Buyers right to appoint a first class GAFTA approved surveyor. Should there be a major discrepancy between the two analysis results carried out by the two surveying companies then a first class GAFTA approved third surveyor (to be mutually agreed upon) should act as arbitrator

⁴¹ *Coastal Bermuda v. Esso Petroleum* (2001)

⁴² *Veba Oil Supply and Trading GMBH v. Petrotrade* (2001)

⁴³ *Aston SA v Louis Dreyfus Commodities Suisse SA* (2015)

oltre a previsioni specifiche e dettagliate con riguardo alle operazioni di accertamento e verifica delle specifiche qualitative del prodotto. ⁴⁴

Il richiamo al GAFTA 49 determinava l'applicazione della clausola 19 che recita: *"Samples shall be taken at time and place of loading. The party shall appoint superintendents for the purposes of supervision and sampling of the goods, from the GAFTA register of superintendents. Unless otherwise agreed, an analyst shall be appointed from the GAFTA register of analysts."*

Il contenzioso è sorto in considerazione del fatto che il surveyor nominato dai compratori alla caricazione non era "GAFTA approved", e sulla base del certificato emesso alla caricazione i compratori avevano rigettato il carico, e l'arbitrato di primo e secondo grado hanno evidenziato con grande chiarezza le gravi incertezze che sul piano interpretativo possono sorgere per effetto di un assemblaggio non sufficientemente attento di pattuizioni configgenti in materia di campionamento ed accertamento delle specifiche qualitative.

d) l'errore del controllore: il "manifest error".

Può accadere che i periti ai quali le parti affidano i controlli del caso incorrano in errori o sviste, che naturalmente falsano le analisi e le risultanze riportate sui certificati. Si è visto poco sopra che la circostanza che si verifichi un errore non vale di per sé a privare di efficacia vincolante il certificato qualora esso sia definito dalle parti

⁴⁴ *Superintending certificate ... to be issued by the inspection company nominated by the buyer indicating quality, weight, specifications, packing, quality, goods kind at loading time*

The buyer has the right to nominate who represents him in inspection operation at loading or discharging port.

GASC reserves the right to appoint a superintendent company of its choice with a deduction of \$1 per metric ton from the price.

If inspection of consignment and load port states that it is not identical to GASC's conditions and specifications (in this tender document), it will be rejected immediately on site, the performance bond will be confiscated and the contract will be cancelled.

come “*final*”, e tale impostazione, affermata da tempo dalla giurisprudenza inglese, trova costanti (ed anche in tempi recenti) ⁴⁵ conferme.

Gli effetti che conseguono a tale impostazione possono in verità lasciare talora perplessi.

Si pensi al caso *Soules Caf v. Dreyfus Negoce*⁴⁶ nel quale nel corso delle operazioni di sbarco erano stati prelevati campioni seguendo la procedura prevista nelle GAFTA Rules 124, successivamente trasmessi per le analisi ai due enti di controllo scelti dalle parti (*Salamon & Seaber* e *l’Institut Europeen de l’Environnement de Bordeaux*).

Sebbene le analisi avessero dato risultati non in linea con le specifiche contrattuali nessuna delle parti aveva chiesto che si procedesse ad un’ulteriore analisi entro il termine di 14 giorni previsto nelle GAFTA Rules. La Dreyfus tuttavia scrisse a *Salamon & Seaber* chiedendo raggugli in merito alle discrepanze esistenti con i risultati ottenuti dall’IEEB e con le analisi che la stessa Dreyfus aveva fatto per suo conto, ed in risposta *Salamon & Seaber* precisò che si era effettivamente verificato un errore a causa dell’inesatta lettura delle annotazioni fatte a mano sui campioni, e provvide a emettere nuovi certificati, recanti un diverso valore proteico. I venditori informarono gli acquirenti dell’errore occorso e dell’emissione del nuovo certificato, ma i compratori rifiutarono di riconoscere l’abbuono richiesto da Dreyfus, invocando la natura finale e vincolante dei certificati originariamente emessi.

Nel giudizio arbitrale a seguito della contestazione la Dreyfus ha sostenuto che la vincolatività dei certificati finali presuppone che essi siano emessi a seguito di *test* condotti in modo regolare, e che la propria richiesta di abbuono sul prezzo era fondata non su nuove analisi, bensì sulla correzione di un errore materiale espressamente riconosciuto dal controllore.

⁴⁵ *Bernhard Schulte & Ors. v. Nile Holding Ltd. (2004)* dove la Corte ha affermato “*the law is clear that were a contract provides for the decision of an expert to be final and binding, it does bind the parties even if there is an admitted mistake as long as there is no fraud, collusion, bias or a material departure by the expert from his instructions*”.

⁴⁶ *Soules CAF v. Louis Dreyfus Negoce SA (2000)*

La tesi è stata accolta dal Board of Appeal della GAFTA, ma la High Court a seguito dell'impugnazione del lodo è stata di contrario avviso, ritenendo che nel caso di specie ricorresse un errore nell'esecuzione del campionamento e delle analisi (e dunque una situazione che non minava l'efficacia vincolante del certificato) e non invece un caso (che avrebbe invece escluso carattere finale alla certificazione) di mancato rispetto da parte del perito delle istruzioni ricevute.

Alla luce di tale impostazione è imperativo, qualora i certificati abbiano valore ed efficacia “*final*”, che le parti prevedano nel dettaglio le procedure da seguire per il campionamento e l'analisi, facendo ad esempio riferimento alle *Rules* delle Associazioni (come nel caso di GAFTA e FOSFA *Sampling Rules*), in modo che il certificato possa ritenersi vincolante solo qualora esso sia il risultato di analisi e campionamenti eseguiti nel rigoroso rispetto della disciplina prevista.

E' inoltre possibile inserire nel contratto pattuizioni specifiche che contemplano in via preventiva l'eventualità che il certificato sia errato o viziato da errori procedurali. Un precedente significativo sul punto è rappresentato dal caso *Apioil v. Kuwait* ⁴⁷ nel quale una delle clausole contenute nel contratto di vendita prevedeva che il certificato di qualità emesso alla carica fosse “*final*” a meno che non fosse provato che “*testing and/or sampling was incorrectly performed*”. Nel giudizio seguito alla impugnazione dei certificati di analisi la Corte ha evidenziato che l'effetto di tale previsione era in sostanza quello di privare la clausola di qualunque efficacia vincolante in caso di errore.

Profili analoghi ricorrono in un caso di poco successivo⁴⁸ nel quale, una clausola affidava determinate valutazioni ad un esperto da scegliersi congiuntamente, le cui determinazioni sarebbero state finali e vincolanti con esclusione del caso di frode o di “*manifest error*”. Tale previsione è stata interpretata dalla Corte nel senso che deve ravvisarsi un *manifest error* qualora il controllore incorra in sviste e sbagli talmente grossolani ed evidenti che l'esistenza di un errore sia di fatto indiscutibile.

⁴⁷ *Apioil v. Kuwait Petroleum Italia* (1995).

⁴⁸ Il “*manifest error*” è stato definito nel caso *Veba Oil* come “*oversights and blunders so obvious and obviously capable of affecting the determination as to admit no difference of opinion*”.

La nozione di “*manifest error*” risulta poi analizzata in dettaglio nel più recente caso *Galaxy Energy v. Eurobunker*,⁴⁹ nel quale la corte ha chiarito che l'accoglimento di un'eccezione fondata sul *manifest error* presuppone che sia ravvisabile un errore “pacifico ed evidente” che inerisce al certificato o alla procedura che ha condotto alla sua emissione. Un *manifest error* ricorre dunque se vi è un errore di trascrizione, o un palese errore nell'analisi o nel campionamento, o ancora se si verifica la confusione dei campioni prelevati.

Alla luce del quadro giurisprudenziale esistente può dunque trarsi una regola di condotta ed un suggerimento di carattere pratico per la parte che intenda attenuare gli effetti connessi alla clausola “*final at loading*”, ossia prevedere in modo espresso l'eventualità che si verifichino errori nella fase del campionamento o dell'analisi, ed escludere (anche qui con pattuizione specifica e perentoria) in tal caso portata vincolante ed incontestabile al certificato emesso.

e) il dolo del controllore

E' pacifico, infine, che il carattere vincolante dei certificati è da escludere in caso di frode. Si tratta tuttavia di un'eventualità che impone oneri probatori molto complessi, e spesso di fatto insormontabili, in quanto il compratore deve dare la prova di una vera e propria collusione tra venditore e controllore, e se spesso è plausibile argomentare che il perito sia stato soggetto a pressioni o in qualche modo persuaso a fare valutazioni fuorvianti in merito alle caratteristiche della merce analizzata è molto raro che siano disponibili elementi di prova decisivi sul punto.

Resta da valutare quali siano gli strumenti offerti al compratore che sia tenuto a pagare integralmente, sulla base di un certificato “*final and binding*” risultato poi errato o viziato, il prezzo di merce non conforme alle specifiche contrattuali.

E' evidentemente possibile ravvisare in tal caso un'azione di responsabilità nei confronti del soggetto che emette il certificato, e che può essere di natura contrattuale qualora il controllore venga scelto nell'interesse e per conto di entrambe le parti del contratto, o

⁴⁹ *Galaxy Energy v. Eurobunker* (2001)

extracontrattuale qualora invece il perito abbia agito su incarico e mandato del solo venditore.

Il punto relativo alla responsabilità dell'ente di controllo è diventato di particolare attualità alla luce della recente decisione resa nel caso *Aic Ltd v. Its Testing Services UK Ltd*,⁵⁰ nel quale la Commercial Court ha condannato il perito incaricato dalle parti al risarcimento di danni calcolati in oltre 2,6 milioni di dollari, in conseguenza di un negligente accertamento della qualità di un carico di gasolio.

Nel caso in parola i compratori hanno contestato che la merce non fosse conforme alle indicazioni contenute nel certificato emesso dal controllore, ed hanno agito pertanto nei confronti di quest'ultimo, contestando (tra l'altro) l'adozione di un *test* non corretto e l'esecuzione parimenti errata delle analisi, l'arbitraria esecuzione di un nuovo *set* di controlli sui campioni raccolti e la mancata segnalazione alle parti degli errori rinvenuti.

La sentenza ha consentito alla Corte di svolgere una dettagliata analisi degli obblighi posti a carico di un *independent expert* che sia nominato dalle parti ed abbia il compito di emettere certificati *final and binding*, e di sottolineare l'assoluta necessità che il perito agisca come *independent and impartial inspector* sia nella fase della raccolta dei campioni, sia nella successiva analisi, sia infine nell'ambito dei rapporti con le parti, ed operi in particolare in modo indipendente, accurato, chiaro, obiettivo e senza alcuna ambiguità. La responsabilità del perito nel caso di specie è stata determinata anche dal fatto che le inesattezze nel certificato non risalivano esclusivamente ad una errata esecuzione delle analisi, bensì alla mancata adozione di misure preventive per un controllo dei certificati prima della loro emissione, e dalla circostanza che il perito aveva ommesso di chiarire adeguatamente con il venditore la tipologia di *test* da eseguire per le analisi, ed aveva in seguito ommesso di chiedere l'autorizzazione da parte di venditore e compratore all'esecuzione di un nuovo *test* dei campioni raccolti.

Alla luce della decisione in commento e dei precedenti che hanno analizzato l'eventualità che il controllore si avveda e riconosca di essere incorso in un errore, può essere opportuno prevedere nelle previsioni contrattuali aventi ad oggetto il carattere "finale" del

⁵⁰ *AIC Ltd v ITS Testing Services (UK) Ltd (The "Kriti Palm") (2005)*

certificato l'eventualità che vi sia l'ammissione di un errore da parte del controllore, e stabilire in tal caso la facoltà di emettere un certificato sostitutivo.

Si tratta di una previsione che può innegabilmente aumentare il rischio di proliferazione di certificati, ed in qualche misura favorire mutamenti di opinione da parte di controllori e periti, tuttavia una pattuizione adeguatamente calibrata e concordata tra le parti che attenui il valore finale del certificato qualora sia lo stesso perito a riconoscere l'esistenza di un errore può mitigare le conseguenze estremamente gravose nascenti dall'applicazione inflessibile che della clausola "*final at loading*" viene ormai da oltre un trentennio data dalla giurisprudenza.

CAPITOLO 3

CONSEGNA E TRASPORTO

1. Le obbligazioni relative a consegna e trasporto

Le obbligazioni relative a consegna e trasporto sono senza dubbio tra quelle foriere di maggiori problemi e contenziosi. Si tratta di due momenti strettamente correlati, dal momento che la consegna della merce implica il contemperamento di due distinte obbligazioni, ossia l'obbligo del venditore di consegnare e l'obbligo del compratore di porre in essere l'attività necessaria per consentire la consegna.

Non sorprende dunque che tutti i principali formulari e contratti-tipo contengano una disciplina specifica con riguardo alle obbligazioni delle parti relative al trasporto, con previsioni che ricalcano in linea generale principi consolidati elaborati nella prassi del commercio internazionale e recepiti negli INCOTERMS, ma con alcuni elementi peculiari e pattuizioni che meritano un'analisi ravvicinata.

Come noto, nella vendita a condizioni CIF la posizione del venditore è indubbiamente più impegnativa rispetto a quella dell'acquirente, che si limita a prendere in consegna la merce nel porto di destinazione, mentre fa carico al venditore la stipulazione del contratto di trasporto necessario per permettere il trasferimento della merce fino alla destinazione finale. Opposto è lo schema a base della vendita a condizioni FOB, in cui viene posto a carico del compratore un vero e proprio obbligo di cooperazione alla consegna, attraverso la stipulazione del contratto di trasporto (e la comunicazione al venditore delle indicazioni necessarie affinché quest'ultimo possa caricare la merce a bordo della nave prescelta).

Si può dire anzi che il diverso atteggiarsi delle obbligazioni gravanti sulle parti in relazione alla conclusione del contratto di trasporto costituisce l'elemento saliente e distintivo tra vendita CIF e vendita FOB: infatti, anche qualora ricorra l'ipotesi (non infrequente nella pratica) che sia il venditore FOB a concludere il contratto di trasporto, la differenza con la vendita CIF resta sostanziale, poiché nel primo caso il venditore agisce per conto ed a rischio del compratore, in forza di un mandato che si affianca al contratto di vendita, con l'ulteriore differenza che mentre nel caso di vendita CIF il venditore è esposto al rischio di eventuali impennate dei noli che

rendano il prezzo pattuito non più remunerativo, nel caso di vendita FOB *with additional duties* l'eventuale incremento del nolo legato alla congiuntura di mercato resta a carico del venditore.

Il contratto di trasporto stipulato dal venditore CIF dev'essere, oltre che conforme alle condizioni pattuite nel contratto di vendita, idoneo ed adeguato, ossia a condizioni usuali e ragionevoli.

Il contratto deve inoltre indicare quale porto di destinazione quello convenuto, ma il venditore CIF non ha alcun obbligo di garantire l'arrivo della merce a destinazione, essendo soltanto tenuto a provvedere alla conclusione del contratto per il trasporto della stessa fino al porto di sbarco, ed a scegliere una nave che sia idonea a consentire la regolare esecuzione del viaggio fino al luogo di destinazione finale. Qualora il contratto preveda che la consegna della merce avvenga in un porto scelto dal compratore fra una serie di opzioni possibili il venditore dovrà provvedere affinché la merce sia caricata a bordo di una nave idonea ad accedere a tutti i porti indicati nella rosa prevista in modo che possa far scalo al porto indicato dal compratore. Esiste dunque una stretta relazione tra la scelta del porto di destinazione da parte del compratore e quella della nave da parte del venditore, con la conseguenza che la scelta della nave e la conclusione del contratto di trasporto devono di regola seguire, e non precedere, l'individuazione del porto di sbarco.

Il venditore CIF è poi tenuto a scegliere una nave del tipo normalmente impiegato per la tipologia di merce oggetto del contratto, e naturalmente idonea a preservare la integrità e la conservazione del carico nel corso del trasporto; le parti possono naturalmente espressamente convenire le caratteristiche e la tipologia della nave. Il venditore, infine, dovrà garantire che il trasporto avvenga secondo la rotta usuale, evitando ingiustificate deviazioni o rotte che non siano motivate da ragioni tecniche, determinino ritardi o esponano la merce a rischi particolari.

Le parti possono espressamente specificare la rotta che la nave dovrà seguire, ed in tal caso il rispetto di tale itinerario fa oggetto di una precisa obbligazione da parte del venditore. Più spesso tuttavia il contratto non contiene previsioni specifiche riguardo alla rotta, ed in tal caso il venditore sarà tenuto a garantire che il trasferimento della merce avvenga secondo un itinerario che sia "*usual and customary, reasonable and practicable*".

Il trasporto di merce su nave viene di regola realizzato con il ricorso a contratti di noleggio tradizionalmente definiti *charter parties*, che si distinguono tra contratti di noleggio a tempo (*time charter*), nei quali la nave viene messa a disposizione del noleggiatore (*charterer*) per un certo periodo di tempo (indicato in mesi o anni) per l'esecuzione dei viaggi di volta in volta richiesti dal *charterer*, ed i contratti di noleggio a viaggio (*voyage charters*) nei quali invece il noleggiante si impegna ad effettuare un viaggio per trasferire il carico da un porto ad un altro (di solito indicati nel contratto).

Un aspetto peculiare di numerosi contratti tipo, talora fonte di incertezze di interpretazione, è costituito dalla previsione di espressa esclusione degli Incoterms: tale impostazione muove dalla considerazione che i meccanismi di ripartizione di obblighi rischi e responsabilità consacrati negli Incoterms non sempre sono compatibili con la disciplina contenuta nei formulari. Si pensi ad esempio alla previsione contenuta nei contratti FOSFA CIF, ove si stabilisce che qualora la polizza di carico faccia richiamo ad un *charter-party* il venditore, se l'acquirente ne fa richiesta, è tenuto a fornire una copia del contratto, con una disposizione che contempla un obbligo che si discosta dal contenuto della clausola CIF degli Incoterms 2010.

Allo stesso tempo, si vuole evitare la confusione tra Incoterms (destinati ad essere applicati a qualunque tipologia di vendita con trasporto internazionale) e disciplina dei formulari, che sono invece concepiti in funzione delle *commodities* oggetto della vendita.

2. Trasferimento di proprietà e rischi

Il punto relativo al trasferimento della proprietà della merce è sempre piuttosto delicato, in quanto accade spesso che il contratto di vendita non contenga alcuna previsione specifica al riguardo, ed in assenza di una clausola *ad hoc* può rivelarsi complesso stabilire in che momento viene trasferita la proprietà della merce e comprendere la reale portata di alcune clausole ormai largamente diffuse nella prassi contrattuale del commercio internazionale, in *primis* degli Incoterms (che, sebbene si tratti di un punto spesso fonte di equivoci, non prevedono alcunché in materia di trasferimento della proprietà della merce).

Trasferimento di proprietà e rischi dal venditore-mittente all'acquirente-destinatario vanno valutati in base alla legge applicabile al contratto di vendita, ed alla luce della disciplina contrattuale.

Per la legge italiana il trasferimento della proprietà, ai sensi dell'art. 1378 c.c., si realizza attraverso la cd. *specificazione*, ossia la individuazione, che nel caso di merci alla rinfusa che devono essere trasportate da un luogo ad un altro avviene mediante la consegna al vettore o allo spedizioniere. Va tenuto distinto il caso in cui il venditore provveda alla caricazione di merce alla rinfusa e frammista ad altri lotti destinati a diversi compratori: in tal caso non si realizza la individuazione, ed il trasferimento della proprietà e conseguentemente il trasferimento del rischio vengono realizzati in un momento successivo, ossia al momento della effettiva definitiva individuazione della merce (ed è irrilevante l'eventuale richiamo nel contratto di vendita alle clausole CIF o FOB).⁵¹

Trasferimento della proprietà e trasferimento del rischio di perdite o avarie durante il trasporto possono coincidere (ed in effetti di regola coincidono) ma non sempre ciò accade.

La disposizione fondamentale con riguardo al trasferimento del rischio è l'art. 1510 c.c., in forza del quale il venditore-mittente, rimettendo al vettore o allo spedizioniere i beni oggetto della vendita, si libera dell'obbligazione della consegna e dei rischi del trasporto. Si tratta di un meccanismo al quale le parti possono derogare, ai sensi del secondo comma dell'articolo 1510 c.c., ma perché possa ritenersi l'esistenza di tale patto contrario occorre il concorso di elementi precisi ed univoci, ed in particolare l'esistenza di pattuizioni che non siano limitate alla sola ripartizione di costi e spese di trasporto.⁵²

⁵¹ Appello Cagliari, 24 aprile 1982, Cantina Sociale Marmilla c. Moretti; Cassazione Sez. I, 10 ottobre 1996, n. 8861 Fall. Agenzie Generali Caffè c. Soc. Messican Caffè

⁵² Cassazione Sez. III, 25 marzo 1999, n. 2817 Fondiaria. c. Logistica Mediterranea, che ha escluso che la clausola "resa: franco destino" manifestasse un idoneo "patto contrario" e Cassazione 21 giugno 1985, n. 3719 Soc. Pagani c. Disegna, che escluso che l'espressione «escluso trasporto» possa essere interpretata come manifestazione della volontà delle parti intesa a spostare il luogo della consegna.

Una caratteristica comune ai contratti GAFTA e FOSFA è l'assenza di qualunque pattuizione e previsione in merito al trasferimento della proprietà, e dal momento che, come visto, i contratti sono soggetti alla legge inglese, è a questa che occorre fare riferimento per valutare come e quando viene trasferita la proprietà in capo al compratore.

Anche per il diritto inglese va fatta una distinzione tra *specific goods*, ossia beni identificati al momento della stipulazione del contratto di vendita (la merce può essere ad esempio individuata qualora sia stoccata in silo o in deposito, oppure venga venduta viaggiante e venga individuata per effetto della sua collocazione in una determinata stiva) ed *unascertained goods*, ossia beni non individuati e descritti in modo generico. Il trasferimento della proprietà viene di regola connesso alla consegna dei documenti, a meno che il complesso delle pattuizioni esistenti non induca a ritenere che le parti abbiano voluto differire il trasferimento della proprietà ad un momento successivo, ed in particolare al momento del pagamento del prezzo.

Altri contratti invece contengono previsioni precise e specifiche con riguardo al trasferimento della proprietà della merce.

Ad esempio, la clausola 25 del contratto NAEGA 2 per le vendite FOB dai porti statunitensi e canadesi contiene la clausola (n. 25) denominata "*Passage of Title*" che stabilisce che il venditore mantiene ogni diritto sulla merce oggetto della vendita fino al momento del pagamento del prezzo, mentre ogni rischio di perdita o danneggiamento si trasferisce al compratore dal momento della consegna. In altri casi il trasferimento della proprietà può essere connesso al momento della specificazione: esemplare al riguardo è la previsione contenuta all'art. 6 del contratto INCOGRAIN 12 per la vendita CIF, che disciplina le modalità di inoltro dell'applicazione, e precisa che "*l'application régulière réalise le transfer de la propriété*".

Molto diffuse nella pratica sono le clausole mediante le quali il venditore mantiene la proprietà della merce fino al momento del ricevimento del prezzo: nel Regno Unito clausole di tal genere vengono definite tradizionalmente come *Romalpa Clauses*, traendo il nome dal caso⁵³ nel quale sono state esaminate in dettaglio. Si tratta

⁵³ *Aluminium Industrie BV v. Romalpa Aluminium Ltd.* (1966)

di pattuizioni che possono avere formulazioni molto diverse, e vanno da clausole dal testo molto semplice a clausole estremamente articolate,⁵⁴ fino al punto di attribuire al venditore il diritto di accedere ai locali del compratore per riacquistare il possesso della merce, o prevedere l'obbligo del compratore di tenere separata la merce, in modo che sia agevolmente identificabile e non venga confusa con altri beni di proprietà di parte acquirente.

La prassi conosce poi forme ancora più estese di ritenzione, definite come “*all money retention of title clause*”, in virtù delle quali il venditore conserva la proprietà su tutta la merce venduta fino al momento in cui parte acquirente non abbia saldato integralmente i propri debiti (per cui la ritenzione non è correlata solo al prezzo dovuto per la singola vendita, ma anche a crediti aventi diversa origine e relativi e diverse e precedenti forniture).

Un elemento distintivo dei contratti GAFTA è inoltre la presenza di clausole che derogano ai meccanismi classici di trasferimento del rischio, e che vengono definite come “*tale quale*” e “*rye terms*”.

Con la prima il compratore accetta di ricevere e pagare per intero il prezzo anche qualora la merce subisca danneggiamenti nel corso del trasporto, a condizione tuttavia che la merce fosse, al momento della consegna (ossia all'atto della caricazione) in condizioni regolari e conformi alle specifiche contrattuali. Le parti dunque concordano che il rischio di danneggiamento o deterioramento della merce durante il viaggio grava sull'acquirente, a condizione che il venditore abbia regolarmente adempiuto alle obbligazioni poste a suo carico con riguardo alle caratteristiche qualitative della merce.

⁵⁴ Si veda ad esempio la clausola contenuta nel contratto richiamato nel caso *André & Cie v Euro Asian Investment Corporation (2001)* “*Clause 7.1 'Property right on the commodities: The commodities sold and supplied to PKP shall remain in the property ship of ANDRE . . . the commodities will be stored at the bonded warehouse or silo of PKP in Ussuriisk and will remain the property of ANDRE . . . during discharge, transportation and storage until ANDRE's release of the commodities in favour of PKP. ANDRE will appoint at their expenses 'SOCOTEC' to survey and control the discharge of the commodities in Vladivostok . . . SOCOTEC will furthermore seal and monitor the commodities in storage and release them only upon direct instructions from ANDRE. This operation is subject to a special 'Supervision and Storage Contract' between SOCOTEC, PKP, EAIC and ANDRE. This Supervision and Storage Contract forms an integral part of this Agreement.*”

Opposto è invece il meccanismo che viene realizzato con il richiamo ai cd. *rye terms*:⁵⁵ con tale clausola il venditore garantisce che la merce arrivi in buone condizioni, e l'acquirente dunque può reclamare eventuali deprezzamenti derivanti da danni o avarie verificatesi nel corso del trasporto (pur restando obbligato tuttavia a ricevere la merce ed a garantire la propria cooperazione per una pronta consegna). Le parti stabiliscono altresì di regola le modalità con cui accertare le condizioni della merce al porto di sbarco.

Dal momento che i *rye terms* implicano una deroga di notevole peso al principio in base al quale nei contratti con resa CIF, CFR o FOB il trasporto avviene a rischio del compratore, tale pattuizione viene tradizionalmente valutata con rigore dalla giurisprudenza, che si è mostrata disposta a riconoscere il diritto del compratore a conseguire un *price adjustment* solo in caso di rispetto rigoroso delle pattuizioni esistenti.⁵⁶

La pattuizione in esame è stata molto raramente sottoposta all'attenzione dei giudici italiani, ed i precedenti disponibili permettono di cogliere i problemi interpretativi che possono sorgere dal richiamo ai *rye terms*, soprattutto laddove tale pattuizione si accompagni ad altre clausole di segno (formalmente) opposto. Le decisioni in parola ineriscono al contenzioso⁵⁷ insorto nell'ambito di un contratto avente ad oggetto una partita di 5.000 tonnellate di granone plata alle condizioni *rye terms*, e richiamo alla clausola CIF.

Giunta la merce al porto di sbarco di Livorno parte del carico risultò deteriorata ed in avanzato stato di fermentazione, e dovette essere sbarcata su chiatte e sottoposta a trattamento. L'acquirente Pagnan agì in giudizio nei confronti del vettore marittimo e della venditrice Rocco, chiedendo ad entrambi il risarcimento dei danni subiti, sostenendo in particolare che poiché gli accertamenti condotti allo sbarco inducevano a ritenere che la merce fosse già surriscaldata nel corso della caricazione al porto di Rosario, sussisteva il diritto a reclamare il risarcimento nei confronti del venditore ai sensi dei *rye terms* richiamati nel formulario 41 della London Corn Association

⁵⁵ *Espressione che risale al diciannovesimo secolo, allorchando notevoli quantità di segale venivano caricate nei porti del Baltico.*

⁵⁶ *Krohn & Co v. Mitsui & Co Europe GmbH (1975); Oricon v. Intergraan (1967); Bunge v. Giuseppe Rocco & Figli (The Istros II) (1973)*

⁵⁷ *Pagnan & Fratelli v. Rocco Giuseppe e Figli (1968).*

(sebbene l'avaria, già presente al momento della caricazione, avesse subito poi un aggravamento nel corso del viaggio marittimo).

Il Tribunale di Livorno ha respinto la domanda formulata nei confronti della venditrice, ritenendo che difettesse la prova di un'avaria antecedente al trasporto marittimo, e sottolineando inoltre che poiché le parti avevano pattuito termini di resa CIF, incompatibili con i *rye terms*, doveva attribuirsi prevalenza ai primi. La decisione è stata poi confermata dalla Corte d'Appello di Firenze⁵⁸ che ha evidenziato in particolare che “*la clausola rye terms pone a carico del venditore l'obbligo di garantire che la merce è sana all'arrivo, cioè immune da vizi e difetti che ne pregiudichino il valore o la rendano non idonea all'uso a cui la stessa è destinata, ed ove alla clausola in esame si accompagni la clausola CIF è evidente che i rischi del trasporto ricadono sul compratore, con la conseguenza che gli eventuali danni subiti dalla merce durante il viaggio non possono addebitarsi al venditore, salvo il diritto dell'acquirente di agire nei confronti del vettore ovvero di richiedere il risarcimento del sinistro all'assicuratore*”.

L'opinione espressa nelle decisioni sopra viste è dunque nel senso che in caso di coesistenza di *rye terms* e clausola CIF la seconda prevale sui primi, di fatto privando di significato la pattuizione. Si tratta di un'impostazione non condivisa dalla giurisprudenza d'oltremontana,⁵⁹ che tradizionalmente fa leva sul rilievo che i formulari che richiamano i *rye terms* contengono di regola pattuizioni estremamente dettagliate ed articolate, prevedono in modo esplicito l'assunzione da parte del venditore della garanzia di qualità fino allo sbarco, e disciplinano in modo analitico le varie fasi della consegna e dell'accertamento di stato e condizioni della merce all'arrivo, ed è pertanto ragionevole ritenere che sia invece la clausola *rye terms* a prevalere sulla clausola CIF (tramutando il contratto in una vendita con consegna all'arrivo).

3. La appropriation

La *appropriation* rappresenta un momento cruciale nell'esecuzione dei contratti di vendita di *commodities*, e risponde a numerose ed importanti funzioni.

⁵⁸ Corte d'Appello Firenze 27 gennaio 1970

⁵⁹ *Comptoir d'Achat et de Vente du Borerenbond Belge SA v. Luis de Ridder (The Julia)* (1949)

In primo luogo, si tratta della prima comunicazione ufficiale che il compratore riceve con l'indicazione della nave che eseguirà il trasporto, della data di ultimazione della caricazione, e dell'esatto quantitativo di merce posta a bordo. Essa consente dunque al compratore di avere conferma circa l'effettiva consegna della merce, soprattutto nell'ottica di una eventuale vendita a terzi.

Qualora poi il compratore non sia un semplice *trader*, ma debba impiegare direttamente le materie prime acquistate, la *appropriation* assume un'importanza notevole, in quanto gli consente di conoscere il quantitativo consegnato e la prevedibile data di arrivo della merce, e di organizzare in tal modo l'attività produttiva.

In sostanza, dunque, la *notice of appropriation* ha lo scopo di indicare al compratore che il contratto è stato eseguito regolarmente, e che il venditore ha diritto al pagamento del prezzo.

La disciplina che la *appropriation* riceve nei contratti-tipo è spesso dettagliata, e talora molto articolata, come nel caso della *appropriation clause* contenuta nel formulario GAFTA 100, che non a caso è la clausola che con maggior frequenza è stata sottoposta all'esame della giurisprudenza. Lievemente più stringata è la disciplina contenuta nei formulari FOSFA (dove si parla di *declaration of shipment*), che tuttavia ricalca nelle linee essenziali le previsioni contenute nei modelli GAFTA.

Nel contratto NAEGA FOB n. 2 la clausola rilevante è la n. 13, intitolata *Notice of delivery*, dove si prevede che la *notice* recante l'indicazione del nome della nave, della data della polizza di carico, della quantità caricata e della qualità della merce “*shall be given or passed on by seller to buyer without undue delay*”, con una formula che richiama quella contenuta nei contratti FOSFA. Si ammette inoltre la possibilità della correzione di errori, prevedendosi in particolare che “*notices of delivery shall be subject to correction of any errors.*”⁶⁰

⁶⁰ Analoga flessibilità è contemplata nel formulario INCOGRAIN CIF, nel quale si stabilisce che il venditore non ha responsabilità per eventuali errori di trasmissione o ulteriori errori (riferendosi dunque in modo implicito ad eventuali errori nel contenuto della application) che non dipendano da negligenze del venditore stesso.

La redazione e l'inoltro delle comunicazioni in esame soggiace ad un certo formalismo, e le conseguenze di eventuali ritardi, o errori o inaccurately nella redazione dell'*application* possono essere gravi.

Infatti, qualora il venditore ometta di trasmettere nelle forme e nei tempi previsti la *notice of appropriation* si espone ad una risoluzione del contratto anche qualora abbia regolarmente e tempestivamente provveduto alla caricazione della merce.

Tale rigore risponde in primo luogo a ragioni di carattere commerciale: l'obiettivo perseguito è evidentemente quello di evitare che la parte venditrice possa differire a proprio piacimento la trasmissione dell'*application*, nel tentativo di lucrare su eventuali mutamenti delle quotazioni di mercato, trasmettendo un'*application* relativa ad una diversa (e successiva) caricazione. Va poi tenuto presente che la fase dell'inoltro delle *application* si inserisce sovente in filiere contrattuali con un numero elevato di parti, per cui è essenziale che ognuno dei contraenti agisca con la massima tempestività possibile nella trasmissione della *notice*, al fine di consentire alla propria controparte di fare altrettanto con l'acquirente successivo.

Sono numerosi i precedenti nella giurisprudenza inglese che hanno avuto ad oggetto l'analisi della validità e della efficacia delle *application* trasmesse dai venditori, e sono numerose le questioni interpretative sorte negli anni in relazione alla formulazione delle *appropriation clauses* contenute nei contratti tipo.

È opportuno procedere ad un esame analitico delle questioni che con maggior frequenza hanno dato origine a contenziosi.

a) esattezza e completezza della *application*.

Notice of appropriation e *declaration of shipment* devono in primo luogo essere complete, e recare con esattezza tutti i dati essenziali; inoltre, una volta trasmesse non sono revocabili.

Si tratta senza dubbio di un principio che mira a garantire certezza nei rapporti tra le parti, soprattutto in considerazione del fatto che spesso la singola applicazione si inserisce in un contesto contrattuale complesso, con una molteplicità di parti in filiera, e ciascun singolo compratore deve evidentemente poter confidare sul fatto che la *notice* ricevuta (e che si accinge a sua volta a trasmettere alla propria controparte) sia definitiva ed immutabile.

In relazione al profilo in esame la formulazione di alcuni contratti-tipo è variata nel corso degli anni, al fine di rendere meno gravi le conseguenze connesse ad eventuali errori nella redazione dell'*application*.

Un precedente emblematico del rigore con cui in passato veniva valutato l'errore in cui può incorrere parte venditrice nella redazione dell'*application* è costituito dal caso *Kleinjan Holst v. Bremer*⁶¹ relativo ad una vendita a condizioni CIF Rotterdam di *sugar beet pulp pellets* con richiamo alle condizioni del formulario n. 100 della Cattle Food Trade Association. Al termine della caricazione i venditori avevano trasmesso una *notice of appropriation* indicando erroneamente come "Mahout" il nome della nave a bordo della quale era stata posta la merce, mentre il nome effettivo era *Mahsud*: il nome *Mahout* coincideva invece con un'altra nave che si trovava in quel momento ad enorme distanza dal porto di caricazione.

Sebbene l'errore fosse stato in tutta evidenza dovuto ad una semplice svista nella trascrizione, e la *notice of appropriation* recasse le parole "or better name" dopo l'indicazione del nome della nave, parte acquirente rifiutò di corrispondere il prezzo a fronte dei documenti presentati, ritenendo che la *notice of appropriation* fosse nulla. Nel contenzioso insorto tra le parti la Corte ha ritenuto che la *notice of appropriation* trasmessa dalla venditrice fosse priva di effetto, sottolineando che un errore nella trascrizione del nome della nave avrebbe potuto essere corretto solo qualora ciò fosse avvenuto nel corso della trasmissione del messaggio, e la correzione fosse stata dunque contestuale.

Alla luce di alcune pronunce più recenti sembra però ravvisabile nella giurisprudenza inglese un atteggiamento di maggior pragmatismo, volto a scindere il contenuto dell'*application* dalla forma, ed a far salva la validità della *notice of appropriation* qualora essa sia priva di sostanziali anomalie sotto il profilo formale.⁶²

⁶¹ *Kleinjan Holst v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H.* (1972)

⁶² *Waren vs. Toepfer (The Vladimir Ilich)* (1975); *P.T. Putrabali Adyamulia v Societè Est Epices Same v. Enrico Webb James S.n.c. (THE "INTAN 6 V.360A SN")* (2003)

In considerazione della severità delle conseguenze che possono derivare da un errore nell'indicazione del nome della nave spesso questo viene indicato facendo seguire formule del tipo "*or better name*" o simili, che mirano a lasciare un margine di flessibilità e consentire eventuali rettifiche in seguito. Sebbene si tratti di prassi ormai invalsa e risalente nel tempo, essa tuttavia è spesso priva di concreti effetti sotto il profilo pratico e giuridico.

Il punto è stato analizzato in dettaglio nei precedenti sopra richiamati, dove con affermazione quanto mai lapidaria ed efficace si è chiarito che "*the final paragraph of clause 10 of GAFTA form 100 provides that the declaration, once given, cannot be amended or replaced save for by mutual agreement. Thus the seller gets only one chance to make a valid declaration*".

La *notice of appropriation* deve indicare come detto la data di emissione della polizza di carico, ma tale data ha valore indicativo e non vincolante,⁶³ nel senso che in caso di contestazione la data della polizza di carico è destinata a prevalere. La parte che trasmetta un'*application* recante una falsa data di emissione della polizza di carico nel tentativo di ovviare ad eventuali ritardi nel completamento della caricazione non ottiene dunque in concreto alcun beneficio, poiché è la data effettiva della polizza a far fede al fine di stabilire se la consegna è stata tempestiva. L'accertamento del mancato rispetto del termine, e la conseguente violazione della *condition* posta a carico del venditore, vengono in sostanza solo differiti nel tempo, per il momento in cui sarà possibile sincerarsi della data effettiva di emissione della polizza.

b) la "*separate shipments clause*"

Ai sensi della lettera j) dell'*appropriation clause* del formulario GAFTA 100:

"in the event of more than one shipment being made, each shipment shall be considered a separate contract, but the margin of the mean quantity sold shall not be affected thereby".

⁶³ "*...shall be for information only and shall not be binding, but in fixing the period laid down by this clause for despatching Notices of Appropriation the actual date of the bill of lading shall prevail*".

Una disposizione analoga è rinvenibile nei formulari FOSFA, dove è inserita nella clausola denominata “*tolerance*”, che disciplina l’eventualità che venga consegnato un quantitativo di merce leggermente inferiore o superiore alla quantità prevista in contratto.

La logica della previsione è evidentemente quella di consentire che l’inadempimento nel quale incorre una delle parti in relazione ad uno solo dei lotti del quantitativo complessivo oggetto della vendita non determina la risoluzione dell’intero contratto, che può dunque restare in vita e ricevere adempimento parziale (fermo restando naturalmente l’obbligo della parte inadempiente di risarcire i danni nascenti dal mancato rispetto delle pattuizioni inerenti al singolo *shipment*.)

La *separate shipment clause* presuppone tuttavia che siano ravvisabili effettivamente e concretamente delle consegne ripartite, e non è sufficiente che merce caricata alla rinfusa su una singola nave venga poi suddivisa attraverso l’emissione di più polizze di carico.⁶⁴

4. Designazione e nomina della nave

Numerosi formulari contengono pattuizioni di dettaglio con riguardo alle caratteristiche della nave destinata ad eseguire il trasporto, ai termini entro i quali tale designazione deve avere luogo, alle modalità con cui va eseguita la caricazione della merce, ai documenti di trasporto che il venditore è tenuto a consegnare all’acquirente. Di regola è presente una clausola (come la previsione contenuta nel contratto GAFTA 100, alla clausola n. 8, “*Shipment and Classification*”) che reca l’indicazione del tipo di nave da impiegarsi, che dovrà dunque (salvo che le parti non abbiano previsto specifiche deroghe) avere tassativamente precise caratteristiche. Le previsioni contenute nei formulari in esame vanno poi evidentemente combinate con i principi generali di *common law* che regolano la designazione e la nomina della nave.

a) idoneità della nave

La rispondenza della nave alle caratteristiche previste costituisce un’obbligazione precisa posta a carico della parte tenuta alla stipulazione del contratto di trasporto, e sotto questo profilo le

⁶⁴ *Cobec v. Toepfer* (1983)

previsioni contenute nei contratti GAFTA e FOSFA costituiscono puntuale applicazione di principi più volte affermati dalla giurisprudenza d'oltremarina. Perché la designazione della nave sia “*valida ed efficace*” la scelta deve cadere su una nave idonea, ossia “*a vessel which is not by virtue of some physical or administrative factor unable to receive and carry the contract goods and which will be available at the port of loading agreed in the contract on the date stipulated therein*”.⁶⁵

Può darsi naturalmente che le previsioni, per quanto dettagliate, contenute nella “*shipment & classification clause*” dei formulari siano insufficienti a definire con la dovuta precisione e completezza le caratteristiche della nave, e che sia necessario che le parti disciplinino il punto con pattuizioni ulteriori e maggiormente specifiche: ciò può accadere per esempio per esigenze connesse alle caratteristiche della merce da trasportare, o qualora la nave debba avere una particolare conformazione in relazione alla tipologia dei mezzi di carico esistenti, o per garantire il rispetto di prescrizioni vigenti nel porto di caricazione o di sbarco.⁶⁶

Merita una menzione la posizione espressa dalla Court of Appeal nel caso *Soufflet Negoce v. Bunge S.A.*⁶⁷

Si tratta di un caso molto noto ed ampiamente commentato dalla dottrina inglese, che ha avuto ad oggetto l'interpretazione del termine «*readiness to load*» contenuto nel contratto GAFTA n. 49 FOB alla clausola 6, che stabilisce (nel testo antecedente alle modifiche apportate nel 2013 proprio a seguito del caso in commento) che la nave nominata dal compratore debba giungere al porto di caricazione «*in readiness to load within the delivery period*».

La nave designata da parte acquirente (Bunge) era giunta l'ultimo giorno del *delivery period*, e la venditrice (Soufflet) aveva rifiutato di procedere alla caricazione, rilevando che le stive non erano adeguatamente pulite e dunque la nave non fosse «*ready*» per dare inizio alle operazioni di imbarco.⁶⁸ Il giorno successivo il

⁶⁵ *Gatoil International Inc. v. Pradax Petroleum Limited (The Rio Sun)* (1985)

⁶⁶ *Richco International Ltd. v. Bunge & Co. Ltd* (1991); *Bunge & Co. Ltd. v. Tradax Ocean Transportation S.A. (The “New Prosper”)* (1990)

⁶⁷ *Soufflet Negoce SA v Bunge SA* (2010)

⁶⁸ In particolare, il controllore nominato dai venditori aveva emesso un certificato con il quale attestava che le stive non erano idonee a ricevere il

Comandante aveva comunicato che le stive della nave erano pronte per una nuova ispezione, ma i venditori avevano dichiarato nel frattempo i compratori inadempienti, sul presupposto che la nave non era stata presentata pronta per la caricazione entro il *delivery period*.

Nel contenzioso sorto tra le parti Soufflet ha sostenuto che la «*readiness*» prevista nei contratti GAFTA FOB deve di fatto coincidere con la «*readiness*» contemplata nei *charter-party* affinché l'avviso di prontezza (*Notice of Readiness*) sia idoneo a far decorrere la stalla.

Il Board of Appeal della GAFTA ha respinto la tesi, partendo dalla considerazione che nella vendita FOB il rischio si trasferisce dal venditore al compratore «*upon loading*», e che nel caso di specie era dunque Bunge la parte chiamata a stabilire se le stive fossero idonee a ricevere la merce, assumendo su di sé i rischi di eventuali contaminazioni nel corso del trasporto. La tesi è stata condivisa dalla Commercial Court, che ha affermato il principio che qualora il venditore FOB sia materialmente in grado di procedere alla caricazione è tenuto a farlo senza ritardi.

La decisione è stata infine confermata in appello, e la Court of Appeal in particolare ha ritenuto che:

a) in un contratto FOB il venditore può di fatto disinteressarsi delle condizioni delle stive, ed anche se queste non sono idonee a ricevere il carico il compratore ha comunque diritto di chiedere che si dia avvio alla caricazione: «*since the buyer assumes the risk of loading cargo into unclean holds, the seller has no legitimate interest in the state of the holds*»;

b) non va confusa la «*readiness*» prevista in un contratto di vendita con la prontezza richiesta in base al *charter party* affinché la NOR faccia scattare il decorso della stalla, poiché si tratta di fattispecie diverse e distinte tra loro.

Le sentenze hanno suscitato un certo dibattito, poiché la posizione espressa dalle corti implica di fatto che il venditore possa (anzi,

carico a causa della presenza di residui di carbone (mentre il controllore nominato dai compratori aveva invece confermato la perfetta pulizia delle stive).

debba) procedere senza ritardo alla caricazione anche qualora abbia fondato motivo di ritenere che le stive della nave siano in stato tale da determinare una contaminazione certa del carico del corso del trasporto.

b) tempestività della nomina

La nomina deve essere tempestiva, ed il rispetto dei termini previsti per la designazione va anzi garantito in modo assoluto, al punto che un lieve ritardo rischia di avere conseguenze fatali per la sopravvivenza stessa del contratto.⁶⁹

La nomina tempestiva e la comunicazione al venditore dell'arrivo della nave al porto di imbarco si configurano infatti, in una vendita FOB, quali "*conditions*", ossia pattuizioni essenziali il cui mancato rispetto legittima la risoluzione del contratto.⁷⁰

Designazione della nave e comunicazione del relativo *expected time of arrival* (ETA) vanno poi eseguiti in tempo utile per consentire al venditore di completare la caricazione entro il termine contrattualmente stabilito. Qualora la nave giunga al porto di imbarco successivamente alla data prevista il venditore (anche qualora abbia accettato la nomina) sarà di regola tenuto ad eseguire la caricazione solo fino alla scadenza del termine previsto, anche qualora il tempo residuo disponibile non consenta di ultimare le operazioni.

Eventuali tolleranze ai ritardi da parte del venditore inoltre non sono suscettibili di per sé sole di determinare deroghe e consentire estensioni: il compratore deve pertanto provvedere alla designazione della nave e rendere la stessa disponibile con congruo anticipo rispetto al termine ultimo previsto per il completamento della caricazione in modo da consentire al venditore di porre a bordo l'intero quantitativo previsto.⁷¹

⁶⁹ *Bunge Corporation v. Tradax Export S.A. (1981)*

⁷⁰ *Bunge Corporation v. Tradax Export S.A. (1979)*; *Tradax Export S.A. v. Italgrani di Francesco Ambrosio (1985)*

⁷¹ *Bremer Handelsgesellschaft m.b.H. v. J.H. Rayner & Co. Ltd. (1978)*

Alcuni problemi di interpretazione sono sorti di recente in relazione alla prassi contrattuale di adottare nel contratto di vendita, per evidenziare che il termine è previsto per la presentazione della nave, e non per il completamento dell'imbarco, il termine *laycan* o *laydays*, con terminologia propria dei *charter-parties* (simili clausole hanno ad esempio il seguente tenore “*delivery within period ... buyer will narrow such period to a two day laycan latest by ...*”⁷² o ancora “*laycan: 17-19 febbraio 2008*”, o ancora “*the buyer shall insure that by no later than 24 on the last day of the lay days the vessel has arrived and tendered NOR*”.

Simili clausole hanno determinato qualche incertezza di applicazione con riguardo in particolare al termine entro il quale va ultimata la caricazione da parte del venditore.

Nei primi due casi sopra richiamati il termine *laycan* era stato impiegato per indicare il periodo previsto per l'arrivo della nave e la trasmissione dell'avviso di prontezza; entrambe le volte il venditore è stato nell'impossibilità di caricare immediatamente, e parte acquirente ha dichiarato la risoluzione del contratto.

I due giudizi sorti a seguito della contestazione del venditore si sono conclusi sfavorevolmente per parte acquirente, e le Corti adite hanno ritenuto che non sussistesse il diritto a dichiarare la risoluzione; i giudici hanno evidenziato che la previsione di un *laycan* in un contratto FOB al posto di un classico “*delivery period*” dà al venditore la possibilità di dichiarare la risoluzione del contratto qualora la nave non si presenti entro il termine finale previsto, mentre in caso di ritardo da parte del venditore nell'eseguire la caricazione l'unico rimedio offerto al compratore è la richiesta di pagamento delle controstallie.

Si tratta di uno scostamento piuttosto significativo rispetto alla posizione classica dei contratti FOB, nei quali come detto viene concordato un *delivery period* entro il quale il compratore deve presentare la nave e il venditore eseguire la consegna; le decisioni illustrano i rischi e gli inconvenienti che nascono dalla combinazione di terminologie ed espressioni tipiche della prassi contrattuale dei *charter-parties* con quelle dei contratti di vendita, poiché i giudici hanno chiarito che termini quali *laycan* or *laydays* non possono essere ritenuti sinonimi di *shipment period* o *delivery period*, e che

⁷² *Erg Raffinerie Mediterranee Spa v. Chevron USA Inc. (The Luxmar) (2007)*

l'uso di tali pattuizioni rende il contratto un “*non traditional FOB contract*”.

c) sostituzione della nave

I formulari disciplinano in modo espresso la possibilità per una delle parti di sostituire la nave scelta per il trasporto. Si veda ad esempio quanto recita la clausola 6 del contratto GAFTA 64, dove si prevede che “*buyers have the right to substitute the nominated vessel but in any event the original delivery period and any extension shall not be affected thereby*”; analoga (e maggiormente dettagliata) è la previsione contenuta nei formulari FOSFA.

Si prevede dunque in modo espresso la possibilità per il compratore FOB di sostituire la nave già nominata, e si disciplinano sia le modalità con cui realizzare la sostituzione, sia le conseguenze nascenti dall'esercizio di tale facoltà. L' impostazione riflette l'orientamento ormai consolidato di dottrina e giurisprudenza d'oltremarica riguardo alla possibilità, per la parte tenuta a stipulare il contratto di trasporto, di sostituire la nave già nominata laddove tale sostituzione sia resa necessaria da circostanze sopravvenute (ad esempio dall'indisponibilità della nave per una avaria non prevista), o da ritardi che non consentano di rispettare il termine previsto per la presentazione al porto di caricazione.

La possibilità di sostituire la nave già nominata è stata peraltro inserita solo in tempi relativamente recenti nei contratti: si tratta di decisione saggia, in quanto volta a prevenire sul nascere contenziosi testimoniati dalla casistica esistente, che attesta come in mancanza di una previsione espressa che ammetta la sostituzione tale facoltà non può affatto darsi per scontata.

Talora le parti del contratto di vendita escludono in via preventiva che la sostituzione possa aver luogo, prevedendo che la nomina sia irrevocabile utilizzando espressioni del tipo “*nomination once given shall not be withdrawn*” oppure “*nomination of vessel is irrevocable unless the seller agrees to substitution*”. L'interpretazione di una simile pattuizione è stata punto centrale in uno dei *leading cases*⁷³ disponibili, nel quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità per il compratore FOB di sostituire due navi nominate e successivamente risultate non idonee (a causa di un errore commesso

⁷³ *Bremer v. Rayner (1978)*

dai *brokers* consistente nell'inversione, nell'avviso inviato ai venditori, dei rispettivi porti di imbarco) ed ha affermato che anche qualora sia stata prevista la irrevocabilità della *nomination* è tuttavia ammissibile una nuova nomina laddove la prima si riveli per qualche motivo invalida, poiché la irrevocabilità inerisce solo ad una nomina che sia perfettamente valida ed efficace.

Non sempre tuttavia la giurisprudenza ha manifestato posizioni ispirate a simile flessibilità e tolleranza, e soprattutto in casi in cui il contratto sia privo di una disciplina *ad hoc* sulla possibilità di sostituire la nave designata la giurisprudenza inglese ha raggiunto posizioni contrastanti.

In un caso più risalente⁷⁴ per esempio si è ammessa la possibilità di una sostituzione laddove essa sia volta a consentire la presentazione della nave entro il termine previsto per la caricazione, ma a conclusioni di segno opposto si è giunti invece in un contenzioso più recente⁷⁵ relativo ad un contratto di vendita FOB nel quale era stato previsto l'obbligo dei compratori di comunicare ai venditori, 8 giorni prima dell'arrivo della nave nel porto di imbarco, una "*provisional notice*" contenente il nome della nave designata e la rotta prevista. I compratori inviarono la "*provisional notice*" con la nomina della nave *Cobetas*, ma resisi conto successivamente che la nave non sarebbe stata in grado di giungere al porto di caricazione entro il termine previsto, nominarono una seconda nave, la *Finnbeaver*, in sostituzione della precedente.

Tale designazione venne però rigettata da parte venditrice, che ritenne il contratto risolto. Accogliendo la tesi dei venditori il Giudice Evans in primo grado (la sentenza è stata poi confermata dalla Court of Appeal) ⁷⁶ ha così motivato la propria decisione: "*there is no general rule of law, in my judgment, which entitles the buyers to substitute another vessel in place of one that has been duly nominated, and no such right is reserved by the terms of this contract.*" La decisione, come si vede, evidenzia il peso che può avere l'inserimento in contratto di una clausola con la quale le parti prevedano in modo espresso la possibilità di sostituire la nave

⁷⁴ *Agricultores Federados Argentinos Sociedad Cooperativa Limitada v. Ampro S.A. Commerciale, Industrielle et Financière* (1965)

⁷⁵ *Cargill UK Ltd. v. Continental UK Ltd.* (1988)

⁷⁶ *Cargill UK Ltd. v. Continental UK Ltd.* (1989)

nominata, e l'opportunità delle clausole contenute in molti dei formulari del settore.

Il recente caso *Ramburs Agrifert*⁷⁷ ha avuto ad oggetto le modalità di nomina e sostituzione della nave nell'ambito di una vendita FOB, la decisione ha portato ad una revisione dei modelli di contratto GAFTA FOB, in particolare della *nomination clause*.

Il contenzioso era sorto in relazione ad un contratto di vendita di 25.000 tonnellate di mais FOB porto ucraino.

Il contratto richiedeva tra l'altro che i venditori notificassero il nome della nave con un preavviso di 10 giorni, e conteneva inoltre un richiamo alle condizioni Gafta 49, e la conseguente disciplina prevista alla clausola 6 in materia di nomina e sostituzione della nave.

Il 20 marzo 2013 i compratori nominavano la nave *Puffin* con ETA al porto di Nikolayev 26/27 marzo. Il 26 marzo i compratori tuttavia si avvalevano del diritto di sostituire la nave e nominavano la *Sea Way* con ETA 28 marzo.

I venditori contestavano entrambe le nomine, sostenendo che fossero fittizie (definendole "*Mickey Mouse nomination*") ed effettuate dai compratori nella speranza di trovare una nave sostitutiva che potesse rispettare il termine previsto per lo *shipment*. Di conseguenza dichiaravano i compratori in *repudiatory breach*.

I compratori confermavano invece la nomina della nave, procedevano all'acquisto in danno, reclamando in seguito circa \$ 800.000 di differenza prezzo.

La tesi dei venditori è stata accolta nel primo grado dell'arbitrato, ma riformata in appello.

Nel giudizio innanzi alla High Court che è seguito alla impugnazione del lodo si è discusso della modalità con cui procedere alla sostituzione di una nave precedentemente nominata, con ampi richiami al caso *Cargill c. Continental*, dove la sostituzione era stata ritenuta nulla a causa del mancato rispetto del preavviso ad opera dei compratori.

⁷⁷ *Ramburs Inc. v. Agrifert SA (2015)*

Nella sentenza il giudice Smith ha affermato il principio secondo cui la disciplina prevista alla clausola 6 del Gafta 49 in materia di nomina di nave, si riferisce in modo specifico alla nave destinata ad eseguire il trasporto.

Il Board of Appeal aveva fondato la propria decisione con cui aveva ritenuto inefficace la nomina fatta dai venditori, rilevando che sarebbe singolare ammettere che il diritto di sostituzione della nave sia soggetto allo stesso termine di 10 giorni previsto per la prima nomina, ma la Corte non ha condiviso la decisione del Board, ritenendo che la stessa flessibilità vi fosse anche per la sostituzione.

La decisione ha indotto il Gafta Contract Committee a rivedere la disciplina in materia di nomination, ribadendo che il termine previsto per il preavviso nella nomina di una nave non si applica alla sua sostituzione.

La nomination clause nella sua nuova versione contenuta nel contratto Gafta 49 recita ora: *“nomination of vessel: buyers shall serve not less than ...consecutive days’ notice of the name and probable readiness date of the vessel and the estimated tonnage required. (The sellers shall have the goods ready to be delivered to the buyers at any time within the contract period of delivery.) The buyer has the right to substitute any nominated vessel. Buyer's obligations regarding pre-advise shall only apply to the original vessel nominated. No new pre-advise is required to be given in respect of any substitute vessel, provided that the substitute vessel arrives no earlier than the estimated time of arrival of the original vessel nominated and always within the delivery period. Provided the vessel is presented at the loading port in readiness to load within the delivery period, sellers shall if necessary complete loading after the delivery period and carrying charges shall not apply. Notice of substitution to be given as soon as possible but in any event no later than one business day before the estimated time of arrival of the original vessel. In case of re-sales a provisional notice shall be passed on without delay, where possible, by telephone and confirmed on the same day in accordance with the notices clause. In any month containing an odd number of days the middle day shall be accepted as being in both halves of the month, except for pricing purposes the middle day shall be considered to be in the first half of the month”*.

5. Presentazione della nave, *extension of delivery* ed *extension of shipment*; le *carrying charges*

Si è detto che la puntuale presentazione della nave e l'ultimazione delle operazioni al porto di caricazione sono *conditions* che le parti devono rispettare con puntualità. Qualora la nave designata non sia in grado di presentarsi tempestivamente, in quanto non vi è un lasso di tempo sufficiente per completare la caricazione, il venditore FOB di regola può rifiutare la nomina in quanto tardiva, o può optare per eseguire la caricazione ma solo fino al termine stabilito, senza incorrere in alcuna responsabilità qualora il quantitativo caricato sia solo parziale. Analogamente, qualora il venditore CIF non riesca a reperire per tempo la nave destinata ad eseguire il trasporto, e non sia dunque in grado di ultimare la consegna nel termine previsto, il compratore ha la facoltà di dichiarare il contratto risolto.

Le conseguenze di eventuali ritardi sono dunque gravi e potenzialmente irreparabili. Per far fronte in via preventiva a tale eventualità molti formulari contengono in primo luogo (come visto poco sopra) una previsione con la quale si ammette la possibilità di sostituire la nave nominata qualora ci si avveda che quella originariamente scelta non sia in grado di presentarsi puntualmente al porto di caricazione.

Un ulteriore elemento è la possibilità offerta alle parti di chiedere un'estensione del termine previsto per il completamento delle operazioni di caricazione. Le pattuizioni presenti nei vari formulari presentano alcune differenze sotto il profilo formale e terminologico, ma rispondono ad un obiettivo comune, ed analoghi sono i meccanismi previsti per garantire che la parte cui viene richiesta l'estensione del termine non sia esposta a danni o maggiorazioni di costo.

Nei contratti GAFTA la clausola prende il nome di *extension of delivery* nei contratti con resa FOB, e di *extension of shipment* in quelli con resa CIF.

Il principio seguito è che qualora l'estensione venga richiesta dal compratore nei contratti con resa FOB (e più in generale nei contratti che presuppongono che la consegna avvenga grazie ad una specifica attività di parte acquirente, cui fa carico l'organizzazione del trasporto) al venditore viene garantito che la proroga sia limitata nel

tempo, e soprattutto esso viene tenuto indenne da qualunque costo o maggiorazione di spesa connessa alla sosta della merce al porto di caricazione attraverso il meccanismo delle cd. *carrying charges*; laddove l'estensione venga invece richiesta dal venditore CIF, viene accordata al compratore una riduzione del prezzo di vendita.

Le “*carrying charges*” hanno come detto lo scopo di tenere parte venditrice indenne dai costi cui è esposta per il protrarsi dello stoccaggio e della custodia della merce fino al momento in cui la consegna potrà essere eseguita.⁷⁸ Si tratta di costi che possono essere significativi, in considerazione del fatto che molto spesso le aree portuali hanno una capienza limitata, e che depositi e terminals applicano maggiorazioni di costo e penali qualora lo stoccaggio si protragga oltre un determinato lasso di tempo. Le *carrying charges* sono contemplate anche nel contratto NAEGA n. 2 (in particolare alle clausole 18, “*failure to take delivery*”, e 19, dedicata più specificamente alla disciplina delle “*carrying charges*”); una previsione analoga all'*extension* prevista nei contratti GAFTA e FOSFA è contemplata nei contratti INCOGRAIN n. 13 per le vendite FOB.

La disciplina contenuta nelle previsioni sopra richiamate è stata oggetto di alcuni contenziosi, e nel corso degli ultimi decenni arbitri e giudici inglesi sono stati chiamati a risolvere alcuni problemi di interpretazione in relazione ai seguenti profili:

- a) quale sia la natura delle *carrying charges*, se esse cioè siano configurabili come penale, o costituiscono invece una forma di liquidazione anticipata dei costi connessi al ritardo nella consegna;
- b) se la responsabilità del compratore per il pagamento delle *carrying charges* sia legata ad un'espressa richiesta di *extension*, e quali sono gli effetti del mancato esercizio di tale opzione;
- c) quale sia il rapporto che esiste tra l'esercizio del diritto di estensione (con conseguente versamento delle *carrying charges*) ed il maturare di eventuali controspese al porto di caricazione.

Con riguardo al primo quesito, ormai da tempo si ritiene che le *carrying charges* costituiscono il corrispettivo per l'esercizio di

⁷⁸ *Panchaud Frères S.A. v. R. Pagnan & Fratelli (1974)*

un'opzione offerta al compratore, che decide dunque liberamente se avvalersi della possibilità di estendere il termine per la consegna a fronte di un determinato importo da versare al venditore.⁷⁹ Esse dunque non hanno carattere di penale, bensì di determinazione anticipata dei costi nascenti dal differimento della caricazione.

Quanto al secondo profilo, la posizione in *common law* sembra ormai essere nel senso che l'obbligo di corrispondere le *carrying charges* sorge solo se ed in quanto il compratore abbia esercitato l'opzione cui ha diritto, e chieda dunque in modo espreso l'applicazione del corrispettivo per la *extension*.⁸⁰ L'estensione in effetti costituisce un diritto per la parte che la richiede, che non è soggetto ad un'adesione discrezionale da parte del venditore, ma è subordinato tuttavia al rispetto di precise formalità, e soprattutto al rispetto dei termini perentori entro i quali esercitare l'opzione.

Piuttosto complesse sono infine le questioni che possono porsi nella pratica per effetto della sovrapposizione della disciplina che le parti hanno previsto per l'eventualità di ritardi nella caricazione e la consegna della merce e la disciplina contenuta nel contratto di trasporto con riguardo alle controstallie dovute al vettore. Si è ritenuto⁸¹ che l'obbligo del compratore di corrispondere le “*carrying charges*” e l'obbligo del venditore di tenere indenne il compratore FOB in relazione alle controstallie eventualmente maturate alla caricazione vanno tenuti distinti, in modo da evitare interferenze e sovrapposizioni tra i due diversi contratti.

Il caso *PEC v Thai Maparn*⁸² ha analizzato le modalità con cui va richiesta l'estensione del *delivery period* in un contratto con resa FOB, ed è esemplare riguardo alla necessità che le parti si muovano con la massima precisione e sollecitudine.

PEC Ltd aveva acquistato 22.000 tonnellate di riso di origine thailandese, il contratto richiamava le condizioni del contratto GAFTA FOB 120, che alla clausola 7 consente al compratore di

⁷⁹ *Fratelli Moretti S.p.A. v. Nidera Handelscompagnie B.V.* (1980)

⁸⁰ *Kurt A Becher G.m.b.H. & Co. v. Voest Alpine Intertrading G.m.b.H.* (*The “Rio Apa”*) (1992)

⁸¹ *Richco International Ltd. v. Alfred C. Toepfer International G.m.b.H.* (*The “Bonde”*) (1991)

⁸² *PEC Ltd v Thai Maparn Trading Co Ltd* (2011).

richiedere un'estensione di 21 giorni, a condizione di darne comunicazione al venditore non oltre il *business day* successivo all'ultimo giorno del *delivery period*.

I compratori ritenevano che parte venditrice non avesse intenzione di consegnare, e non avevano pertanto presentato la nave entro il termine, che scadeva il 7 maggio. Il giorno successivo avevano trasmesso ai venditori la seguente comunicazione “*As a gesture of goodwill, without prejudice to our rights, we are ready to extend the delivery period by 21 days... The last date of shipment was 7 May 2008 and if we do not receive any reply regarding the cargo readiness for loading from your side within 2 days, we put you in default of the contract.*”

Aveva fatto seguito un ulteriore messaggio trasmesso questa volta dai legali della PEC, nella quale veniva ribadito che i venditori erano inadempienti, e tuttavia si richiedeva un'estensione richiamando la disciplina della clausola 7 del contratto Gafta 119, subordinando tale richiesta al completamento della caricazione di una partita relativa ad un contratto precedente.⁸³

Il contenzioso tra le parti ha avuto ad oggetto la validità della richiesta di estensione del *delivery period*; i venditori hanno sostenuto in particolare che nessuno dei due messaggi trasmessi dagli acquirenti potesse integrare una valida *extension*.

⁸³ *La comunicazione recitava in particolare: “You have contracted to ship April - 07 May 2008 22000 m.t. of rice... to our clients the Buyers... Despite your clear indication that you are not going to perform your obligation under the Contract and therefore you are in breach of the Contract, our client hereby gives you Notice under Clause 7 of GAFTA Form No 119 that they require the delivery period to be extended by an additional period of 30 days. In view of the fact that you have not yet completed full shipment of rice under our client's earlier purchase contract No TMT SGT 070108 dated 7 January 2008, we are writing this letter to invite you to confirm to us within 7 days that you do intend to perform the aforesaid contract. We must give you further notice that if you fail to respond to this letter within 7 days our client will take it that it is not your intention to ship the contracted rice cargo under the aforesaid contract. In that event we will hold you in breach and claim the loss suffered by us to your non performance as damages... We await to hear from you within 7 days.”*

La tesi è stata accolta dal Board of Appeal della GAFTA, che ha ritenuto che entrambe le richieste trasmesse l'8 maggio fossero inefficaci, poiché soggette a condizione (ossia l'esecuzione di un contratto precedente) ed era inoltre estremamente dubbio che una *extension* fatta richiamando la disciplina del contratto Gafta 119 potesse ritenersi efficace per il diverso contratto Gafta 120.

Il lodo è stato appellato innanzi alla High Court, che ha confermato le conclusioni raggiunte dagli arbitri, ed ha rilevato che le richieste di *extension* erano state formulate in termini non sufficientemente perentori ed accompagnate da espressioni come «*gesture of goodwill*» e «*without prejudice*», e che inoltre l'errore fatto nel riferimento al formulario Gafta 119 in luogo del Form 120 era stato fatale (anche in considerazione della diversa entità della *extension*, ossia 30 giorni nel primo caso, 21 nel secondo).

La disciplina contenuta nei contratti Gafta FOB per l'*extension* del termine per il ritiro da parte del compratore è stata nuovamente analizzata dai giudici inglesi in una recente sentenza⁸⁴.

Il caso è relativo ad un contratto di vendita di orzo francese che richiamava il contratto Gafta 64 FOB, ed in particolare alla clausola 8. *EXTENSION OF DELIVERY* che recita

« *The contract period of delivery shall be extended by an additional period of not more than 21 consecutive days, provided that buyers serve notice claiming extension not later than the next business day following the last day of the delivery period ... 19. NOTICES ... any notice received after 16h00 on a business day shall be deemed to have been received on the business day following. A notice to the brokers or agent shall be deemed a notice under this contract* ».

Il *delivery period* era “10 november/10 december 2010 at buyer's option”. Dal momento che il 10 dicembre cadeva di venerdì il “*next business day following the last day of the delivery period*” entro il quale parte acquirente avrebbe dovuto trasmettere la *notice* con la richiesta di estensione in base all'articolo 8 cadeva il successivo lunedì 13 dicembre.

⁸⁴ *Soufflet Negoce SA c. Fedcominvest Europe SARL (2014)*

La nave scelta aveva subito ritardi ed i compratori dunque avevano trasmesso la *notice* richiedendo l'*extension* alle ore 17.09 del 13 dicembre.

La venditrice aveva sostenuto che la *notice* (in quanto trasmessa dopo le 16.00) in base alla clausola 19 del Gafta 64 doveva ritenersi ricevuta il giorno successivo, e dunque era tardiva.

Il Board of Appeal della Gafta (e - a seguito dell'appello proposto avverso il lodo - la High Court) ha ritenuto che la tesi fosse infondata, sulla base del fatto che trovava applicazione la previsione contenuta nei contratti Gafta FOB nel testo successivo alla revisione del 2003, e che il testo precedente (del 2000) avrebbe invece confortato la posizione di parte venditrice.

La decisione conferma il principio tradizionalmente racchiuso nella formula "*time is of the essence*": pattuizioni che contemplano scadenze o termini sono di regola *conditions*, il cui mancato rispetto dà diritto alla parte adempiente di dichiarare il contratto risolto; è imperativo dunque che l'*extension* venga richiesta con la massima tempestività.

Allo stesso tempo, è indispensabile valutare con grande attenzione (e cautela) le conseguenze di eventuali ritardi, e dichiarare la controparte in *default* solo dopo aver accertato al di là di ogni dubbio che il termine è decorso.

Infine, è essenziale accertare cosa prevede l'edizione del contratto GAFTA richiamata in contratto, perché per effetto delle revisioni periodiche dei contratti-tipo possono esservi differenze sostanziali tra una edizione e quella successiva.

Un ulteriore caso recente⁸⁵, che ha rapidamente ricevuto numerosi commenti, ha avuto ad oggetto la *extension clause* dei contratti Gafta FOB, con profili particolari in considerazione del fatto che la *extension clause* era stata impiegata da parte acquirente in modo del tutto inusuale.

⁸⁵ *Nidera BV v. Venus International Free Zone for Trading and Marine Services SAE (Pioneer Wave) (2014)*

Venus aveva acquistato 30.000 mt di granoturco ucraino da Nidera a condizioni FOB, con consegna prevista nel periodo 16-31 ottobre 2010.

I compratori avevano nominato la nave che aveva presentato la NOR al porto di caricazione di Yuzhny il 15 ottobre, ma in assenza di banchine libere la nave era rimasta in rada. Proprio in quei giorni il governo ucraino aveva adottato restrizioni all'export, con un provvedimento precedente all'inoltro dell'avviso di prontezza del 15 ottobre, ma pubblicato successivamente.

Tale provvedimento aveva fortemente ritardato l'esecuzione del contratto ed aveva costretto i compratori ad esercitare la *extension*. Il 29 ottobre veniva comunicato ai venditori "*we request an extension of the shipment period to 21 November in accordance with Clause 8 of GAFTA 49*".⁸⁶

Nidera aveva sostenuto che la *extension* fosse nulla/inefficace perché la GAFTA Clause 8 non è concepita per casi in cui la nave è già arrivata e si è presentata entro il *delivery period*, e che, di conseguenza, il contratto era da ritenersi risolto sulla base della *prohibition clause*.

La tesi è stata tuttavia respinta in primo e secondo grado negli arbitrati Gafta ed in seguito dalla Commercial Court, che ha ribadito come la *extension* fosse pienamente valida, e la dichiarazione di risoluzione fatta da parte venditrice avesse determinato una *repudiatory breach*.

La Corte in particolare ha respinto la tesi della venditrice rilevando che la formulazione della clausola 8 del contratto GAFTA 49 è "*clear and unqualified*", ed in particolare implica che il compratore abbia un "*absolute right to extend the shipment period*", anche qualora la nave sia già stata nominata e sia giunta al porto di caricazione.

⁸⁶ "8. EXTENSION OF DELIVERY [8.1] The contract period of delivery shall be extended by an additional period of not more than 21 consecutive days, provided that Buyers serve notice claiming extension not later than the next business day following the last day of the delivery period. ... Should Buyers fail to present a vessel in readiness to load under the extension period, Sellers shall have the option of declaring Buyers to be in default ..."

La decisione è destinata ad essere un precedente di peso in fattispecie analoghe, ponendo a carico del venditore una particolare cautela nel valutare le conseguenze di eventuali ritardi, in particolare accertando se parte acquirente possa avvalersi del diritto di richiedere l'*extension*.

6. Caricazione ed emissione degli *shipping documents*

Giunta la nave al porto di caricazione la fase seguente (anch'essa sovente foriera di contenziosi) è naturalmente costituita dalla caricazione della merce.

Si esamineranno in seguito gli effetti di eventuali ritardi nello svolgimento delle operazioni di caricazione ed i riflessi che questi possono avere sul charter party (con riguardo in particolare alle controstallie), mentre porremo ora l'attenzione sulla fase del rilascio dei documenti di trasporto e dei documenti rappresentativi della merce.

E' una fase che assume peso cruciale, posto che gli *shipping documents* consentono al compratore (ciò evidentemente rileva in particolare con riguardo ai contratti CIF) di sincerarsi che la merce sia stata regolarmente caricata, che essa sia in (apparenti) buone condizioni, e che le condizioni di trasporto pattuite con il vettore sono conformi al contratto di vendita (e consentono in particolare al compratore di ricevere la merce al porto di sbarco previsto senza ritardi e senza spese non preventivate).

L'emissione degli *shipping documents* assume poi un peso ancor più rilevante qualora alla presentazione dei documenti sia collegato anche il trasferimento della proprietà della merce.

Gli *shipping documents* assolvono dunque a funzioni di assoluto rilievo, e devono essere pienamente idonei allo scopo previsto: naturale corollario di tale premessa è che qualunque discrepanza tra le pattuizioni esistenti e gli *shipping documents* emessi determina la violazione di una *condition*, e legittima di regola la parte adempiente a rifiutare i documenti presentati e chiedere la risoluzione del contratto.⁸⁷

⁸⁷ S.I.A.T. di Dal Ferro v. Tradax Overseas S.A. (1979)

Tale severità viene tradizionalmente spiegata alla luce del rilievo che il compratore CIF non può essere obbligato a soppesare e valutare i rischi connessi all'accettazione di documenti che siano *defective*, anche tenuto conto del fatto che spesso tale scelta va adottata rapidamente, sulla base di informazioni non complete, e che una decisione errata espone parte acquirente (soprattutto nel caso di vendite in filiera) al rischio di essere a sua volta ritenuta inadempiente dalla propria controparte.

I precedenti disponibili in relazione ai profili in esame sono numerosi.

In un contenzioso⁸⁸ piuttosto recente il dissidio insorto tra le parti ha avuto ad oggetto l'idoneità delle polizze di carico consegnate dalla venditrice e la loro rispondenza alle pattuizioni del contratto di vendita, che aveva ad oggetto una partita riso di origine thailandese con resa *C&F Liner Terms Rotterdam*. Al termine della caricazione venne infatti emesso un set di polizze di carico che richiamava il *charterparty* e la clausola FIOT (*free in/out and trimmed*), con la conseguenza di porre il costo delle operazioni di sbarco a carico di parte acquirente. Quest'ultima rifiutò le polizze ritenendo che gli *shipping documents* ricevuti non fossero conformi alle pattuizioni e che fosse stata violata una *condition*.

Nel contenzioso sorto tra le parti il Giudice Mance (confermando sul punto la decisione resa dal Board of Appeal della London Rice Brokers Association) ha evidenziato che gli *shipping documents* devono rispecchiare in modo rigoroso condizioni di vendita e termini di resa, e devono in particolare conferire al compratore il diritto di esigere dal vettore la consegna della merce al luogo di sbarco previsto a fronte del pagamento del nolo. La Corte ha dunque ritenuto che le polizze di carico, non contenendo alcun riferimento ai *liner terms*, non fossero in linea con le intese contrattuali e non consentissero in particolare al compratore di esigere la consegna della merce senza incorrere in spese di sbarco. La polizza non poteva dunque ritenersi una "*proper bill of lading*".

⁸⁸ *Soon Hua Seng Co. Ltd. v. Glencore Grain Ltd. (1996)*

Profili simili si sono riproposti in un altro caso (pressoché contemporaneo)⁸⁹ relativo al contenzioso sorto in un contratto di vendita FOB nel quale l'acquirente aveva preteso l'emissione di una polizza di carico recante la dicitura "*freight prepaid*" (che come noto attesta l'intervenuto pagamento anticipato del nolo in favore del vettore). I giudici di primo grado hanno evidenziato come l'apposizione di una simile clausola sulla polizza si discostasse dallo schema classico della vendita FOB, e non fosse pertanto consentito al compratore rifiutare le polizze presentate. Ad avviso della Corte infatti: "*...under an f.o.b. contract the bill of lading will not usually be a freight pre-paid bill of lading, for the simple reason that as between seller and buyer the seller has not agreed to pay the costs of carriage. It is for the buyer to make and pay for such carriage arrangements as are made*".

Si è visto poco sopra che la polizza di carico dev'essere "*proper*", ossia idonea: in mancanza di previsioni specifiche nel contratto di vendita la polizza dovrà dunque essere conforme agli usi del settore (*in terms usual in the trade*)⁹⁰, dovrà di regola essere trasferibile (sul punto i contratti sono espliciti, prevedendo che la polizza vada emessa "*in negotiable and transferable form*"), recare l'annotazione "*shipped*" (e dunque attestare l'intervenuta caricazione della merce a bordo, per cui sarà ad esempio inidonea una polizza recante l'annotazione "*received for shipment*") essere "*clean*", ossia priva di annotazioni relative allo stato e le condizioni apparenti della merce. La polizza dev'essere infine "*genuine*", ossia riportare fedelmente la data di caricazione ed il quantitativo di merce posta a bordo.

Resta da evidenziare che il rigore con cui vengono tradizionalmente valutate eventuali discrepanze viene in qualche misura temperato dalla possibilità, riconosciuta talora al venditore, di rimediare con l'emissione di un nuovo set di polizze. Si parla al riguardo di "*right to cure*", che è stato riconosciuto (ma solo a determinate e precise condizioni) in alcuni precedenti, che hanno ammesso la possibilità per il venditore di procedere all'emissione di una nuova polizza di

⁸⁹ *Glencore Grain Rotterdam B.V. v. Lebanese Organization for International Commerce (Lorico) (1996)*

⁹⁰ *Pyrene Company, Ltd. v. Scindia Steam Navigation Company, Ltd. (1954)*: nelle parole del Giudice Devlin "*to put the goods on board for account of the buyer and procure a bill of lading in terms usual in the trade*".

carico conforme purché non sia già decorso il termine ultimo previsto in contratto.⁹¹

Va rilevato che molto spesso gli *shipping documents* previsti nei formulari non si limitano alla polizza di carico, ma includono i cd. *delivery orders*, con previsioni piuttosto analitiche in relazione alla tipologia di *delivery orders* da consegnarsi al compratore; si prevede ad esempio che essi siano “*ship’s delivery order(s) and/or other delivery order(s) in negotiable and transferable form. Such other delivery order(s) if required by buyers to be certified by the shipowners their agents or a recognised bank.*” La tipologia dei *delivery orders* contemplata nei contratti GAFTA è stata analizzata in modo piuttosto dettagliato in alcuni precedenti, che attestano come l’approccio tenuto da arbitri e giudici inglesi sia tradizionalmente nel senso di porre a carico del venditore l’obbligo di presentare *ship’s delivery orders* (ossia ordini di consegna “propri”), che attribuiscono al compratore diritti del tutto analoghi a quelli nascenti dal possesso di una polizza di carico.⁹²

7. I *charter parties*; il ritardo nelle operazioni di imbarco e sbarco e la disciplina delle controstallie

Si è visto al paragrafo 1 che il trasporto della merce su nave viene realizzato attraverso la stipulazione di contratti tradizionalmente definiti “*charter parties*”, distinti tra contratti di noleggio a viaggio (*voyage charter party*) e contratti di noleggio a tempo (*time charter party*).

La combinazione ed il raffronto tra le discipline contenute nei *charter parties* e nei contratti di vendita con riguardo ad eventuali ritardi nelle operazioni di imbarco e sbarco dà origine a problematiche piuttosto complesse.

Nei contratti di noleggio a viaggio il nolo remunera l’esecuzione, da parte dell’armatore-vettore, del singolo viaggio, ed è comprensivo anche di un lasso di tempo predeterminato, definito “*stallia*” (*laytime*) lasciato a disposizione del *charterer* per le operazioni di imbarco e sbarco del carico. Decorso tale termine, l’eventuale

⁹¹ *S.I.A.T. v. Tradax (1980)*; *Seng v. Glencore (1996)*; *Soules CAF v. PT Transap of Indonesia (1998)*

⁹² *Cremer and others v. General Carriers S.A. (1973)*; *Krohn & Co. v. Thegra N.V. (1975)*

protrarsi delle operazioni fa sorgere in capo all'armatore-vettore il diritto ad un compenso di "controstallia" (*demurrage*). Tale meccanismo trova la propria ragion d'essere nel fatto che nel *voyage-charter* il rischio che il viaggio abbia una durata superiore rispetto a quella preventivata è posto a carico dell'armatore-vettore: attraverso la previsione delle controstallie tale rischio viene attenuato, trasferendo (in parte) sul *charterer* le conseguenze dell'eventuale maggiore durata delle operazioni.

Il presupposto affinché il *laytime* cominci a decorrere è costituito dalla "prontezza" (*readiness*) della nave a ricevere o consegnare il carico: tale prontezza va valutata sia sotto il profilo materiale ("*physical readiness*"), ossia la effettiva disponibilità ed idoneità delle stive (sotto il profilo soprattutto della pulizia, che le renda idonee a ricevere la merce) e delle attrezzature della nave, sia sotto il profilo giuridico ("*legal readiness*") quali ad esempio l'avvenuto ottenimento della libera pratica doganale e sanitaria.

La prontezza della nave viene segnalata con la cd. "*notice of readiness*" ("avviso di prontezza"), la cui trasmissione ed inoltro vengono di regola disciplinati in modo analitico nei vari formulari di *charter party*. Spesso nei contratti è previsto che l'avviso di prontezza possa considerarsi valido solo qualora trasmesso in determinati giorni ed entro determinati orari, ed in particolare entro il normale orario di ufficio del caricatore o del ricevitore (*office working hours* o *ordinary working hours*).

La fase dell'inoltro dell'avviso di prontezza è in effetti spesso sottovalutata, ed è di rilievo invece significativo, poiché la stallia inizia a decorrere solo a condizione che la NOR sia stata inoltrata nel pieno rispetto delle pattuizioni esistenti, ed eventuali irregolarità o omissioni possono far sì che la stallia non abbia inizio.

Un caso molto noto⁹³ ha illustrato in modo efficace le conseguenze che possono sorgere dal mancato rispetto delle prescrizioni per l'inoltro ed il ricevimento dell'avviso di prontezza, dal momento che le conclusioni cui è pervenuta la Corte sono state piuttosto sorprendenti, in quanto (portando alle estreme conseguenze un principio già precedentemente affermato in un altro noto caso,⁹⁴ nel quale le parti avevano entrambe concordato che in assenza di un

⁹³ "*The Happy Day*" (2001)

⁹⁴ "*The Mexico 1*" (1990)

valido avviso di prontezza il termine di stalla potesse decorrere solo dal momento in cui avevano effettivamente avuto inizio le operazioni) la sentenza ha ritenuto che qualora sia richiesto l'avviso di prontezza per dare inizio al termine di stalla e la *notice of readiness* sia nulla o inefficace, il *laytime* non ha inizio neppure a seguito dell'avvio delle operazioni (con il risultato che il noleggiatore può addirittura reclamare un *despatch* anche qualora vi siano stati sensibili ritardi e gli armatori reclamino le controstallie maturate).

Quanto al raggiungimento del luogo indicato nel contratto, si distingue tradizionalmente tra *port charters* e *dock charters* (ossia contratti che indicano il porto o l'aerea designata per le operazioni di caricazione e scaricazione, e che non prevedono espressamente il diritto del *charterer* di indicare una determinata banchina o altro luogo di approdo) ed i *berth o wharf charters* (che individuano una determinata area del porto, o comunque la facoltà di effettuare una successiva designazione). E' importante accertare se il contratto sia un *port* o un *berth charter*: nel primo caso infatti è sufficiente che la nave entri in porto perché possa considerarsi una *arrived ship*, nel secondo occorre invece che la nave abbia raggiunto la banchina indicata. Tuttavia, è frequente la pattuizione di clausole ormai comunemente impiegate con l'acronimo WIBON (*whether in berth or not*) e WIPON (*whether in port or not*), che consentono di presentare l'avviso di prontezza anche prima del raggiungimento dell'approdo indicato in contratto (nel primo caso), oppure della zona commerciale del porto (nel secondo). Parimenti molto frequente è la clausola "*time lost in waiting for berth to count as laytime*", in base alla quale il tempo perduto in attesa dell'accosto viene comunque conteggiato come periodo di stalla.

La durata della stalla può essere calcolata secondo diversi criteri e parametri: sulla base di giorni lavorativi (*working days*), escludendo dal conteggio i giorni festivi (previsti per legge o per le consuetudini locali), o sulla base di giorni correnti. Spesso tale esclusione viene pattuita con clausole del tipo "*sundays and holidays excluded/included*" o con formule abbreviate del tipo "*shex/shinc*".

Il *laytime* può inoltre essere determinato indirettamente, con riferimento ad una determinata rata di caricazione/scaricazione (stabilendo cioè che il carico debba essere imbarcato/sbarcato in un lasso di tempo calcolato dividendo l'intero quantitativo di merce per la resa giornaliera prevista).

La durata delle stallie è normalmente stabilita in periodi distinti, ossia uno per la caricazione e l'altro per lo sbarco, ma è possibile pattuire invece un termine unitario e complessivo per entrambe le operazioni (c.d. stallie "reversibili" o "cumulative").

L'esclusione dal computo delle condizioni meteorologiche avverse è di regola contemplata con due diverse pattuizioni: "*weather working days*" e "*weather permitting*". Con la prima si conteggiano solo i giorni lavorativi in cui le condizioni meteorologiche consentono le operazioni; il cattivo tempo deve tuttavia verificarsi durante le ore lavorative affinché si verifichi una sospensione della stallia, per cui eventuali condizioni meteo avverse che ricorrano durante le ore non lavorative non hanno alcun effetto sospensivo. Con la clausola "*weather permitting*", invece, si prevede che il decorso del termine è sospeso solo nell'ipotesi in cui le operazioni siano effettivamente impedito dal cattivo tempo. Con la clausola "*weather working days*" in sostanza non assume rilievo la circostanza che durante il periodo di maltempo non si sarebbe comunque lavorato (ad esempio perché il carico non era disponibile), purché il cattivo tempo si verifichi durante le ore lavorative.

Anche l'impedimento delle operazioni a causa di scioperi può essere regolato da una apposita clausola: la prassi dei *charter parties* conosce fondamentalmente due tipi di pattuizioni, e cioè quelle che si limitano a disciplinare gli effetti degli scioperi sulle operazioni di imbarco o sbarco, e quelle che prevedono gli obblighi delle parti nel caso in cui venga dichiarato uno sciopero prima dell'arrivo della nave.

I termini sono inoltre sospesi qualora le operazioni siano impedito per cause non imputabili al caricatore o al ricevitore.

I conteggi relativi all'eventuale compenso di controstallia (o, nel caso di anticipata conclusione delle operazioni, di *despatch money*) vengono effettuati sulla base di un documento denominato "*Statement of Facts*" contenente la cronistoria delle operazioni dall'arrivo della nave fino alla partenza, con specifica indicazione dell'invio della *notice of readiness*, dell'ormeggio, delle eventuali interruzioni delle operazioni e di tutti gli altri elementi rilevanti, ed i contratti contengono frequentemente pattuizioni in virtù delle quali le controstallie vengono "*calculated on the basis of the Statement of Facts made by agents at loading and discharging ports and mutually confirmed by Master and Port Authorities*".

Il rilievo sul piano probatorio dello Stato dei Fatti in presenza di simili pattuzioni è stato analizzato in un recente caso⁹⁵ nel quale la Corte ha ritenuto che le risultanze del SOF non fossero vincolanti, perché l'espressione "*on the basis of*" non è sufficientemente esplicita per far sì che le annotazioni contenute nello stato dei fatti non siano contestabili o suscettibili di prova contraria. La giurisprudenza tuttavia attribuisce sempre un rilievo probatorio significativo agli Stati dei Fatti, che vengono ritenuti "*good prima facie evidence*",⁹⁶ con la conseguenza che qualora una delle parti contesti l'esattezza o la veridicità dello Statement of Facts è tenuta a fornire elementi precisi e convincenti a sostegno delle proprie obiezioni.

Si è visto sopra che i *charter parties* prevedono di regola una serie di cause di sospensione del *laytime*. Diversamente accade per le controstallie, poiché una volta spirato il termine di stalla esse decorrono in modo continuativo, secondo la tradizionale regola "*once on demurrage, always on demurrage*". Tale principio, comunemente ritenuto di applicazione pressoché ineluttabile, è peraltro soggetto a deroghe nei casi in cui l'operatività della nave venga impedita o ritardata a causa di eventi imputabili agli armatori. Il punto è stato analizzato in un numero non trascurabile di casi, e l'orientamento della giurisprudenza inglese è ormai nettamente nel senso che in tali casi il decorso delle controstallie deve ritenersi sospeso.⁹⁷

Le controstallie vengono tradizionalmente configurate come "*liquidated damages*", ossia una liquidazione predeterminata e forfetaria del danno che il noleggiante subisce per effetto del protrarsi delle operazioni ai porti di caricazione o sbarco. Nella pratica dei formulari una volta decorso il termine di controstallia la nave entra nella c.d. *detention*, ed anziché il compenso di controstallia è dovuto il pagamento dei danni effettivamente subiti, oppure continua ad essere dovuto il medesimo compenso previsto a titolo di *demurrage*.

In effetti, qualora una nave sia bloccata per un lasso di tempo esteso al porto di caricazione o di sbarco, al danno consistente nella perdita

⁹⁵ *High Seas Venture Ltd Partnership v. Sinom Hong Kong Ltd (The New Forest)* (2007)

⁹⁶ *Freedom Maritime Corporation v. International Bull Carriers SA (The Khian Captain)* (1985)

⁹⁷ *Alphapoint Shipping Ltd v Rotem Amfert Negev Ltd Dead Sea Works Ltd "The Agios Dimitrios"* (2003); *Sofial S.A. v Ove Skou Rederi* (1976); *Stolt Tankers Inc v Landmart Chemicals SA (the "Stolt Spur")* (2002)

di impiego della nave possono aggiungersi spese (diritti di banchina o di ancoraggio, consumi), danneggiamenti alla nave per il protrarsi della presenza della merce in stiva: in questi casi è evidente che il danno che per l'armatore deriva dalla sosta forzata non coincide nella sola perdita di utili.

I *liquidated damages* rappresentati dalle controstallie possono dunque rivelarsi inadeguati a garantire il risarcimento integrale dei danni subiti dall'armatore. Tuttavia, perché l'armatore possa chiedere a titolo di *detention* un risarcimento di danni in aggiunta alle controstallie è tenuto a dimostrare che essi derivano dalla violazione di un obbligo ulteriore ed indipendente rispetto all'impegno contrattuale assunto dai noleggiatori di completare le operazioni di imbarco o sbarco entro il termine previsto.

Resta da rilevare che le previsioni del *charter-party* che indicano modalità e termini per conseguire il pagamento delle controstallie vengono tradizionalmente interpretate con rigore, in particolare le clausole che prevedono termini di decadenza "*have to be complied with carefully and strictly*", poiché rispondono ad esigenze di certezza nel rapporto tra le parti.⁹⁸ Eventuali ritardi nella presentazione della richiesta di pagamento delle controstallie, o nella trasmissione della documentazione che prova il credito, possono dunque determinare la perdita del diritto a ricevere gli importi dovuti.

8. Le *laytime* e *demurrage clauses* contenute nei contratti di vendita ed il coordinamento con la disciplina contenuta nei *charter parties*

Si sono analizzate al paragrafo precedente le obbligazioni e le conseguenze che derivano per il *charterer* dalla "*laytime and demurrage clause*" contenuta nel *charter party*.

Tale stato di cose determina la necessità, per la parte che stipula il contratto di trasporto (e dunque il venditore CIF o il compratore FOB), di prevedere nel contratto di vendita una disciplina che consenta di recuperare le somme eventualmente dovute all'armatore/noleggiante a titolo di controstallie.

⁹⁸ *Front Shipping Company Ltd v. Trafigura AG (The "Sabrewing")* (2007)

Nell'ambito di un contratto FOB l'obbligo di consegna posto a carico del venditore è evidentemente posto in stretta relazione con l'obbligazione del compratore di designare tempestivamente la nave, stipulare il contratto di trasporto e comunicare al venditore le *shipping instructions* entro il termine pattuito in contratto. L'eventuale ritardo del venditore nella caricazione della merce pertanto, oltre a costituire un inadempimento dell'obbligo di consegna, è fonte di responsabilità per le controspallie che il compratore deve versare in forza del contratto di trasporto/noleggio.

Per converso, il venditore CIF, stipulando il contratto per il trasporto della merce, è esposto al rischio di dover corrispondere le controspallie maturate al porto di sbarco qualora le operazioni siano ivi rallentate.

Accade pertanto di regola che il contratto di vendita contenga pattuizioni che hanno ad oggetto gli obblighi delle parti relativi all'esecuzione delle operazioni di imbarco e sbarco della merce. Può darsi che il contratto di vendita non contenga alcuna previsione al riguardo (in un precedente ormai lontano la giurisprudenza italiana ha ritenuto che in tal caso, non essendo espressamente quantificato il risarcimento del danno dovuto al compratore, questo va fatto necessariamente coincidere con le somme versate al vettore a titolo di controspallie)⁹⁹ ma si tratta di ipotesi ormai residuale, dal momento che di regola il contratto di vendita contiene una disciplina specifica in materia di controspallie, con formulazioni che possono variare in modo abbastanza significativo e con richiami più o meno particolareggiati alla disciplina del *charter party*.

Sebbene i precedenti relativi all'analisi, all'interpretazione e all'applicazione delle pattuizioni relative alle previsioni contenute nei *charter-parties* siano largamente prevalenti, vi è un discreto numero di decisioni (soprattutto della giurisprudenza inglese) che hanno analizzato la portata e gli effetti delle *laytime* e *demurrage clauses* contenute nei contratti di vendita, e che permettono di delineare alcuni principi di carattere generale.

⁹⁹ Tribunale di Genova del 16 marzo 1988 *Elbana di Navigazione s.p.a. c. Exxes s.p.a.*

La giurisprudenza inglese ha in primo luogo affermato da tempo¹⁰⁰ che nulla impedisce al venditore o al compratore (rispettivamente CIF o FOB) di prevedere nel contratto di vendita una rata di controstallia diversa (e più elevata) di quella contenuta nel contratto di trasporto, in modo da ricavare un utile dalla eventualità che maturino controstallie. Viene dunque riconosciuta alle parti del contratto di vendita la possibilità di discostarsi (in modo anche significativo) dalla corrispondente disciplina del contratto di trasporto.

Quanto al rapporto che intercorre tra *charter-party* e contratto di vendita, sono individuabili due questioni fondamentali.

In primo luogo, è controverso se le *laytime and demurrage clauses* del contratto di vendita debbano essere interpretate come *indemnity clauses*, e siano cioè finalizzate semplicemente a tenere indenne (ossia rimborsare) la parte del contratto di vendita esposta al pagamento delle controstallie, oppure operino in modo totalmente distinto ed autonomo, restando dunque svincolate dal contratto di trasporto, con la conseguenza che le controstallie sono dovute dal venditore FOB o dal compratore CIF in caso di ritardi senza che (rispettivamente) compratore FOB o venditore CIF siano tenuti a dimostrare di averle effettivamente versate agli armatori.

In secondo luogo, sorgono sovente problemi piuttosto complessi nella interpretazione delle *laytime and demurrage clauses* nei contratti di vendita, in quanto è controverso che possano trovare applicazione i principi elaborati per l'interpretazione delle clausole omologhe contenute nei *charter-parties* (e spesso anzi il ricorso a tali principi si rivela insoddisfacente e fonte di incertezze).

La necessità di discipline specifiche nel contratto di vendita risulta peraltro particolarmente avvertita alla luce del fatto che numerosi formulari (tra cui alcuni dei *forms* maggiormente impiegati) contengono una disciplina estremamente stringata. Il contratto GAFTA CIF 100 (uno dei formulari in assoluto più diffusi ed impiegati) per esempio alla clausola 13 si limita a prevedere che la scaricazione sarà “*as fast as the vessel can deliver in accordance with the custom of the port*”, senza fare nessun riferimento a *laytime* e

¹⁰⁰ R. Pagnan & Fratelli v. Finagrain Compagnie Commerciale Agricole et Financiere S.A. (The “Adolf Leonhardt”) (1986)

demurrage. Non solo, ma nell'ambito degli stessi formulari GAFTA si registrano differenze notevoli con clausole che variano per formulazione ed estensione, ed anche formulari maggiormente dettagliati (come ad esempio il contratto FOSFA 80 per la vendita di olio di palma alla rinfusa *CIF delivered weights*) si limitano a stabilire che il compratore è obbligato a ricevere la merce "*with customary quick despatch*" dopo il ricevimento dell'avviso di prontezza da parte dell'armatore, e che è tenuto al pagamento delle controspese alla rata stipulata nel *charter-party* o nel contratto di noleggio (limitandosi dunque ad un richiamo tanto generico quanto indeterminato alla disciplina prevista per il trasporto).

La posizione gradualmente emersa ed affermata nella giurisprudenza inglese è che *laytime* e *demurrage clauses* contenute nei contratti di vendita individuano i danni dovuti e risarcibili in favore di una parte nascenti dall'eventuale ritardo, ma non hanno la funzione di tenere indenne in relazione alle responsabilità e le obbligazioni nascenti dal contratto di trasporto.¹⁰¹

La natura totalmente indipendente della disciplina contenuta nel contratto di vendita rispetto a quella presente nel contratto di trasporto implica evidentemente una serie di conseguenze significative, ed in particolare il fatto che le somme eventualmente dovute per effetto del contratto di vendita prescindono completamente dall'accertamento se nell'ambito del *charter-party* sia effettivamente sorto un obbligo di pagamento delle controspese, e se queste siano state effettivamente versate.

Pertanto, è possibile che l'armatore non abbia diritto alle controspese, ad esempio per una irregolarità della Notice of Readiness, oppure lasci decorrere il termine previsto per la richiesta di pagamento, e tuttavia venditore FOB o compratore CIF abbiano pieno diritto di chiedere ed ottenere il pagamento integrale delle controspese maturate in base al contratto di vendita.

Non solo, ma l'autonomia dei contratti di vendita e trasporto permette e giustifica una disciplina totalmente distinta, con la conseguenza che il contratto di vendita potrà avere previsioni diverse non solo con riguardo alla somma eventualmente dovuta per ogni

¹⁰¹ *OK Petroleum v Vitol Energy (1995)*

giorno di controstallia, ma anche con riguardo alle modalità di calcolo, le cause di interruzione e sospensione, il decorso del termine.

Il punto è stato analizzato in modo estremamente dettagliato in un recente caso¹⁰² che per chiarezza, dettaglio di motivazioni ed analisi specificamente dedicata al punto sembra senz'altro destinato a divenire un *leading case*.

La *demurrage clause* del contratto di vendita recitava '*demurrage as per charter-party per day pro rata*'; al momento della stipulazione del contratto di vendita non era stato ancora stipulato alcun *charter-party*, e dunque nessuna delle parti poteva pertanto conoscere cosa stabilisse il contratto di trasporto. Circa due mesi dopo la conclusione del contratto la venditrice noleggiò la nave da altra società del gruppo, ed il contratto conteneva una clausola del seguente tenore: *total laytime in running hours 72 hours ... demurrage per day usd 18.000 per day pro rata*.

Nel contenzioso sorto tra le parti si è discusso in modo estremamente approfondito se la pattuizione contenuta nel contratto di vendita andasse interpretata come *indemnity clause* (determinando dunque il diritto di parte venditrice a ricevere il rimborso delle controstallie solo a condizione di aver effettivamente corrisposto le stesse agli armatori) oppure se la pattuizione andasse interpretata in modo totalmente autonomo.

In primo grado è stata ritenuta la natura di *indemnity clause*, ma la decisione è stata sovvertita in appello, dove la Corte ha posto l'accento sull'assenza di una effettiva *cross reference* (ossia di un concreto collegamento) tra il contratto di vendita e quello di trasporto, trovando ulteriore conforto alla tesi dell'autonomia nella circostanza che il contratto di vendita era stato stipulato indipendentemente e senza alcuna consapevolezza della disciplina del *charter-party*, e che dal momento che il contratto copriva 4 diverse consegne, avrebbero potuto esservi in effetti quattro distinti *charter-parties*. Infine, la Corte ha sottolineato l'esistenza di alcuni elementi discordanti tra la disciplina contenuta nel contratto di vendita e quella contenuta nel *charter-party*, ed ha concluso la propria analisi nel senso che la clausola *demurrage as per charter-party per day pro rata* (pattuizione questa di grande impiego nella prassi) richiama

¹⁰² *Fal Oil Co. Ltd. v. Petronas Trading Corporation (2004)*

semplicemente la rata di controstallia prevista nel charter-party, senza dare vita però ad una *indemnity clause*.

Alla luce della decisione risulta evidente che nella predisposizione della disciplina del contratto di vendita relativa all'eventualità che sorgano controstallie per ritardi nel corso delle operazioni di caricazione o di sbarco occorre avere particolare attenzione - ed impiegare una terminologia inequivocabile - qualora si intenda stabilire che le controstallie sono dovute alla controparte solo se e nella misura in cui quest'ultima le abbia effettivamente versate agli armatori.

Una recente pronuncia della Commercial Court¹⁰³ è intervenuta nuovamente sul punto; in particolare, la Corte ha affrontato il problema dell'individuazione del momento in cui matura l'obbligo del pagamento delle somme dovute a titolo di *demurrage*.

Nell'ambito di una vendita a condizioni DDU le parti avevano pattuito nel contratto di vendita una clausola che fissava un *laytime* per la consegna delle merci, prevedendo invece che il calcolo delle controstallie avvenisse «*as per charter-party rate, terms and conditions*». Al porto di sbarco la banchina era occupata, e ciò aveva determinato notevoli ritardi nell'inizio delle operazioni di scarico.

Trascorsi alcuni mesi i venditori (Glencore) avevano trasmesso una fattura per le controstallie; non avendo ricevuto il saldo avevano promosso un giudizio solo 6 anni dopo.

I compratori hanno eccepito la tardività dell'azione per il decorso del termine previsto nel *Limitation Act* inglese, deducendo che i venditori avrebbero dovuto agire entro 6 anni dal momento in cui era maturato il diritto, vale a dire dal completamento delle operazioni di sbarco. L'eccezione faceva leva sulla natura indipendente dell'obbligo di versare le controstallie nascenti dal contratto di vendita, che ad avviso di parte acquirente era completamente svincolato dal *charter-party*.

I venditori replicavano che la *laytime and demurrage clause* del contratto di vendita serviva a permettere il rimborso di quanto già versato agli armatori a titolo di controstallie, e che dunque il termine

¹⁰³ *Glencore Energy (UK) Ltd v. Sonol Israel Ltd (Team Anmaj) (2011)*

per chiedere il rimborso a Glencore scattava solo dal momento in cui Sonol aveva effettivamente versato le somme dovute in base al *charter party*. La Corte, a conferma dell'orientamento sopra esaminato,¹⁰⁴, si è pronunciata a favore dei compratori, ribadendo che la *laytime and demurrage clause* inserita in un contratto di vendita crea un'obbligazione di pagamento autonoma rispetto a quella esistente in base al *charter party*, ed ha dichiarato la tardività della richiesta di parte attrice.

Possono poi esservi alcuni correttivi per mitigare il rischio che nell'esecuzione del contratto di vendita maturino reclami per controstallie per importi non previsti, per esempio prevedendo un importo massimo, con formulazioni del tipo “*demurrage/despatch as per charter-party, max USD ...*”. Altre volte il collegamento con gli importi fissati nel *charter-party* viene realizzato con formule del tipo “*demurrage / despatch as per charter-party to be advised upon nomination of the vessel*”.

La combinazione di *laytime e demurrage clauses* contenute nel contratto di trasporto e la omologa disciplina nel contratto di vendita può poi rilevarsi particolarmente complessa e problematica nell'eventualità in cui la vendita sia per un *part cargo*, e dunque la nave trasporti più partite di merce destinate a diversi soggetti.

Il principio di regola seguito dalla giurisprudenza inglese è che qualora esistano due o più contratti di vendita (o due o più *charter parties* relativi alla stessa nave) è necessario che vi sia un collegamento stretto ed espresso tra i contratti affinché essi possano essere interpretati in collegamento tra loro, ed in mancanza di una simile *cross reference* i contratti vanno interpretati in modo del tutto autonomo ed indipendente tra loro. La conseguenza è che, per esempio, in una vendita FOB, nella quale è il venditore che sopporta rischi e costi di quanto accade al porto di imbarco prima della caricazione della merce, il termine di stallia comincia a decorrere contestualmente per entrambi i caricatori, senza che l'uno possa invocare, quale causa di sospensione, la contemporanea esecuzione delle operazioni di caricazione a cura dell'altro.

¹⁰⁴ Tra le altre *Gill and Duffus SA v. Rionda Futures (1994) 2*; *OK Petroleum AB v. Vitol Energy SA (1995)*; *Fal Oil Co. Ltd v. Petronas Trading Corporation «The Devon» (2004)*;

L'indipendenza dei contratti inoltre fa sì che il decorso del termine di stallia nel contratto di vendita possa differire in modo significativo da quello del *charter-party*, soprattutto in relazione al non puntuale o corretto adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di vendita. Significativa al riguardo è la decisione resa in un caso¹⁰⁵ nel quale la High Court è stata chiamata a decidere se in un contratto di vendita il *laytime* avesse cominciato a decorrere nei confronti del venditore FOB solo successivamente all'apertura della lettera di credito da parte del compratore. La Corte ha evidenziato che i termini previsti nel contratto di vendita e nel *charter-party* potevano effettivamente avere inizio in due momenti diversi, ed il fatto che l'inizio della stallia nell'ambito del contratto di vendita era collegato al momento di emissione della lettera di credito si spiegava alla luce della differenza esistente tra le due discipline e la natura autonoma delle stesse.

E' possibile peraltro che il compratore CIF si sottragga all'obbligo del pagamento delle controstallie allorquando sia il venditore ad essersi reso inadempiente, ed abbia con la propria condotta impedito o ritardato l'inizio delle operazioni di sbarco.

Il punto è stato analizzato con accuratezza in un lodo¹⁰⁶ nel quale gli arbitri GAFTA hanno rigettato il reclamo presentato nei confronti di un acquirente greco dal venditore olandese di una partita di 3.000 tonnellate di mais di produzione ungherese alle condizioni *CIF free out Corinto*.

Il contenzioso tra le parti ha avuto ad oggetto il rispetto di una *special condition* contenuta nel contratto di vendita che recitava "*Sellers will issue shipping documents as per usual intra – EEC country trade*".

Nel corso del procedimento gli arbitri hanno accertato che la documentazione presentata era deficitaria, e che la posizione assunta dalle autorità doganali greche (che avevano per lungo tempo vietato lo sbarco) era stata ragionevole, e dal momento che faceva carico ai venditori la consegna di documentazione idonea a permettere l'immediato sdoganamento della merce hanno rigettato il reclamo dei venditori volto al recupero delle controstallie versate agli armatori per la sosta maturata in Grecia. Gli arbitri hanno peraltro analizzato

¹⁰⁵ *Kronos Worldwide Ltd. v. Sempra Oil Trading S.A.R.L. (2004)*

¹⁰⁶ *Lodo 31 luglio 2007 Arbitrato n. 13-596*

l'esistenza di un eventuale obbligo (o onere) dei compratori di rilasciare la garanzia richiesta dalle autorità greche per permettere la ripresa dello sbarco e lo hanno escluso, evidenziando che dal momento che i venditori erano tenuti alla consegna della documentazione relativa all'origine della merce, erano in contatto con le autorità ungheresi, e che parte acquirente aveva integralmente versato il prezzo d'acquisto, sarebbe stato irragionevole pretendere il rilascio di una garanzia da parte dei compratori, ed una simile iniziativa avrebbe dovuto essere invece adottata da parte venditrice.

Un recente caso¹⁰⁷ ha evidenziato invece la complessità delle questioni che possono sorgere nel combinare le previsioni in materia di controstallie contenute nel contratto di vendita con la *demurrage clause* del *charter party*.

La fattispecie ha alcuni elementi senza dubbio peculiari, ma offre spunti di riflessione in relazione ad aspetti che ricorrono con frequenza nel *commodity trade*.

Il giudizio ha avuto ad oggetto il reclamo presentato dagli armatori della nave *Crudesky* nei confronti dei *charterers* (Trafigura) per un credito per controstallie maturate durante la sosta subita dalla nave per ordine delle autorità nel porto nigeriano di Port Harcourt.

Trafigura aveva acquistato il carico da Vitol con termini di resa FOB, ed aveva noleggiato la nave *Crudesky* per l'esecuzione del viaggio. Vitol aveva acquistato il carico dalla China Offshore Oil Singapore Int. Ltd., che a sua volta aveva stipulato il contratto di vendita con Total. Quando la nave era giunta al Terminal AKPO FPSO, gestito da Total Upstream Nigeria Limited, il funzionario del Department of Petroleum Resources era assente, e Total aveva chiesto telefonicamente l'autorizzazione ad iniziare le operazioni; questa era stata dapprima concessa verbalmente, ma era stata però poco dopo (lo stesso giorno) revocata, sul presupposto che il soggetto che l'aveva concessa era privo dei necessari poteri.

La revoca della *clearance* aveva impedito il completamento delle operazioni, e le autorità nigeriane avevano comminato a Total una sanzione record di 12 milioni di dollari, chiedendone il pagamento

¹⁰⁷ *Great Elephant Corporation v. Trafigura Beheer Bv (2013); Vitol Sa, Vitol Asia Pte Ltd And China Offshore Oil (Singapore) International Pte Ltd (Third Parties) (The Crudesky) (2012)*

prima che la Crudesky fosse autorizzata ad attraccare nuovamente e le operazioni potessero essere completate. La nave era stata trattenuta per oltre un mese e mezzo, maturando un reclamo per controstallie molto elevato.

La Commercial Court ha accertato che i primi sette giorni di ritardo erano stati determinati dall'assenza della documentazione necessaria per dare avvio alle operazioni, e che pertanto gli armatori erano legittimati a chiedere l'intero corrispettivo dovuto a titolo di controstallia.

Con riguardo invece alle controstallie maturate successivamente, queste ad avviso della Corte erano state determinate da un abuso e/o un esercizio arbitrario di potere da parte delle autorità nigeriane, e tale fattispecie rientrava nella previsione della Clause 21 del *charter party* che recitava:

«any delay(s) arising from...restraint of princes...shall, provided...that the cause of the delay(s) was not within the reasonable control of charterers...count as one half laytime, or if the Vessel is on demurrage, at one half of the demurrage rate»

Trafigura è stata dunque condannata a corrispondere il 50% delle controstallie maturate in Nigeria, ed ha cercato di ribaltare il reclamo su Vitol, deducendo tra l'altro che il contratto di vendita conteneva una clausola in virtù della quale parte venditrice era tenuta a *«comply with all laws, rules, regulations... and by laws applicable and necessary for the performance ... of its obligations under the contract»*.

La Corte ha però ribadito il proprio convincimento secondo cui l'impossibilità di riprendere tempestivamente le operazioni al porto nigeriano era stata determinata dalla posizione tenuta dalle locali autorità, che queste avevano agito in modo del tutto irragionevole ed imprevedibile, e che ciò consentiva a parte venditrice un esonero di responsabilità, nonché il diritto di invocare la clausola di forza maggiore contenuta nel contratto di vendita, che - con formulazione piuttosto classica - escludeva la responsabilità dei venditori qualora si fossero verificati eventi *«unforeseeable...or...beyond the reasonable control of either party ...»*, ossia imprevisti o al di là del ragionevole controllo delle parti.

Il Tribunale ha inoltre rilevato che Vitol si era immediatamente avvalsa della clausola di forza maggiore, comunicando tempestivamente quanto accaduto alla propria controparte.

Il caso offre una efficace testimonianza della complessità delle questioni che possono sorgere nel combinare la disciplina in materia di controstallie contenuta nel contratto di vendita con quella presente nel *charter-party*, soprattutto qualora il compratore acquista FOB e noleggia la nave, restando esposto al rischio che maturino al porto di imbarco ritardi significativi, che può non essere semplice porre a carico di parte venditrice.

L'unico modo per garantire che le obbligazioni che nascono dal *charter party* per ritardi al porto di caricazione siano ribaltate sul venditore è evidentemente quello inserire nel contratto di vendita una *demurrage clause* che faccia sì che contratto di vendita e *charter party* siano pienamente *back to back*, e che stabilisca il venditore è tenuto a rimborsare a parte acquirente qualunque importo dovuto in base al *charter party* per controstallie al porto di caricazione, qualunque sia la causa dei ritardi.

La possibilità di far accettare una simile pattuizione a parte venditrice dipende ovviamente dai rapporti commerciali esistenti e dal potere contrattuale di parte acquirente.

La decisione attesta infine la rischiosità di operare in paesi nei quali il quadro normativo e regolamentare è precario, ed è difficile accertarsi della piena sussistenza di poteri in capo ai propri interlocutori ed alle autorità del luogo.

9. Il mancato o ritardato arrivo degli *shipping documents* al porto di sbarco. La *letter of indemnity*

Una disposizione piuttosto peculiare presente in molti dei contratti è la previsione (comune ad esempio ai contratti GAFTA e FOSFA) che disciplina l'eventualità che al porto di sbarco non siano disponibili gli *shipping documents*, ed il ricevitore non sia pertanto in grado di chiedere al vettore la consegna della merce.

Il diritto alla consegna da parte del ricevitore nell'ambito di un trasporto marittimo viene, come noto, di regola esercitato mediante girata apposta sull' originale della polizza di carico: in tal modo il

vettore è in grado di sincerarsi che il ricevitore presentatosi per la consegna è effettivamente l'unico soggetto legittimato a chiedere ed ottenere la riconsegna della merce. Tuttavia accade spesso che le merci giungano al porto di destino prima dei documenti rappresentativi, ed il carico venga nella pratica riconsegnato al destinatario dietro rilascio di una garanzia (cd. *letter of indemnity*) con la quale il ricevitore garantisce di essere l'unico effettivo titolare del diritto alla riconsegna in base alla polizza di carico, che verrà presentata non appena disponibile. In tal modo, dunque, il destinatario si obbliga a tenere indenne il vettore qualora quest'ultimo sia tenuto responsabile da un terzo che si affermi legittimato alla riconsegna delle merci e che sia in grado di esibire un originale della polizza di carico.

Va evidenziato che il vettore non è in alcun modo tenuto ad accettare tale garanzia, poiché esso è obbligato a riconsegnare il carico solo ed esclusivamente a chi esibisca il titolo di credito originale rappresentativo delle merci trasportate; allo stesso tempo, il vettore ha di regola la possibilità di far eseguire lo sbarco "d'ufficio", ossia affidando la merce ad un'impresa autorizzata qualora non vi sia alcun soggetto presentatosi tempestivamente per chiedere la consegna del carico.

Tuttavia, la consegna della merce dietro rilascio di una *letter of indemnity* è divenuta prassi diffusa e consolidata soprattutto in relazione ad alcune specifiche tipologie di trasporto, nelle quali molto spesso si verifica il caso dell'arrivo della nave al porto di destino prima delle polizze di carico.

Tale inconveniente è determinato dal fatto che la negoziazione delle polizze di carico nel circuito bancario si rivela talora lunga e farraginoso (soprattutto laddove il pagamento del prezzo venga eseguito con lettera di credito, e più banche siano coinvolte nell'esame e l'accettazione della documentazione e nel successivo pagamento della lettera di credito). Altre volte l'arrivo della nave al porto di sbarco prima della documentazione trova origine nel fatto che il trasporto è di breve durata, inferiore al lasso di tempo che fisiologicamente prende la raccolta e la trasmissione della documentazione emessa al porto di caricazione (*in primis* della polizza di carico).

Il rilascio di una *letter of indemnity* a fronte della riconsegna della merce senza la previa esibizione della polizza di carico costituisce

dunque come detto una prassi invalsa, testimoniata dal fatto che in numerosi contratti di vendita di *commodities* ed in numerosi *charter-parties* sono inserite pattuizioni che legittimano il destinatario della merce a ritirare la stessa anche in mancanza degli originali delle polizze contro presentazione di tale garanzia.

Le previsioni contenute al riguardo nei contratti GAFTA e FOSFA possono però ingenerare contenziosi, soprattutto per l'eventualità che vi siano ritardi addebitabili alla non tempestiva emissione della garanzia bancaria, o al rifiuto della stessa da parte del vettore (che, come evidenziato poco sopra, può legittimamente chiedere che si tratti di garanzia emessa da una determinata banca, ed in ogni caso non è tenuto ad accettare una simile garanzia).

In primo luogo, i ritardi e le incertezze che possono verificarsi nell'emissione della *letter of indemnity* rischiano di tradursi in una sosta forzata della nave al porto di sbarco, e dunque in controscallie delle quali può in ultima battuta rispondere parte acquirente.

Inoltre, evidentemente pericolosa è la previsione della responsabilità del venditore per l'ipotesi che la garanzia sia incassata dall'armatore, qualora quest'ultimo sia tenuto responsabile da un terzo che si dichiara legittimato a richiedere la merce. Va tenuto presente infatti che il testo standard della *letter of indemnity* usualmente impiegato stabilisce che la garanzia sia pagabile a prima richiesta, e questo fa sì che l'armatore possa chiederne l'escussione in qualunque momento, limitandosi a dimostrare di aver ricevuto una richiesta di risarcimento dal (presunto) avente diritto al carico.

Va aggiunto che i contratti presentano talora discordanze non sempre del tutto comprensibili (in alcuni formulari si prevede che la garanzia da rilasciarsi per conseguire la consegna del carico senza esibizione dei titoli rappresentativi debba essere controfirmata da una First Class Bank qualora richiesto dagli armatori, in altri si fa riferimento ad una sola garanzia personale, senza la necessità di una garanzia bancaria).

CAPITOLO 4

COMMODITY FINANCING, GARANZIE E PAGAMENTO DEL PREZZO

1. Il *commodity financing*

L'acquisto di materie prime richiede disponibilità finanziarie notevoli, e sempre più spesso gli operatori ricorrono al cd. *commodity financing*, attraverso strumenti piuttosto strutturati e sofisticati.

Un elemento centrale del *commodity financing* è costituito dalle garanzie che vanno offerte per attenuare il rischio che il rimborso del finanziamento dipenda in via esclusiva dal buon esito dell'operazione, rischio tanto più forte alla luce del fatto che le quotazioni di mercato delle *commodities* sono soggette a fluttuazioni sensibili, ed inoltre la merce può subire nel corso del trasporto danneggiamenti o andare interamente perduta. Tali garanzie assumono nella pratica forme diverse, ma possono in sintesi essere suddivise tra la costituzione di un pegno a favore del finanziatore o la previsione di pattauzioni che attribuiscono a quest'ultimo la proprietà della merce fino alla restituzione del finanziamento.

La seconda soluzione è in linea teorica più protettiva, ma gli istituti di credito preferiscono di regola che sia il beneficiario del finanziamento ad acquistare e mantenere la proprietà della merce, poiché gestione e controllo delle *commodities* sono complesse e costose, e l'acquisto della proprietà da parte del finanziatore espone inoltre ad un rischio non trascurabile, legato al fatto che l'accertamento dell'esistenza di un diritto di proprietà sulla merce viene di regola affidato, in caso di contenzioso, al giudice del luogo ove si trovano o sono destinati i beni, ed in alcuni ordinamenti tale prova può essere complessa. Non solo, ma la proprietà si rivela insoddisfacente, sotto il profilo delle garanzie, allorquando la merce subisca danneggiamenti, oppure venga frammischiata nel corso del trasporto o dello stoccaggio con partite destinate ad altri soggetti, o debba essere lavorata immediatamente (e prima della restituzione del credito).

Accade dunque spesso che si opti per un pegno sulla merce. Per il diritto inglese, che spesso disciplina i contratti di finanziamento, il pegno presuppone il trasferimento del possesso dei beni fino al pagamento; in realtà molto raramente il finanziatore entra

nell'effettivo possesso delle merci, acquistando invece un possesso mediato ed indiretto (si parla nel diritto inglese di *constructive possession*) attraverso un controllo sulle merci: ciò accade ad esempio attraverso la gestione del deposito o dell'area dove le merci sono stoccate, oppure ottenendo una ricevuta di deposito, o i titoli rappresentativi della merce (in particolare la polizza di carico). È pertanto essenziale accertare se la documentazione offerta in pegno sia idonea a tal fine: ad esempio i *warehouse receipts* in alcuni ordinamenti non sono ritenuti titoli rappresentativi della merce, e sono pertanto inidonei a fare oggetto di pegno.

2. Determinazione del prezzo

La determinazione del prezzo è di regola lasciata alla determinazione delle parti (casi di imposizione del prezzo per effetto di un abuso di posizione dominante o di pressioni di natura psicologica sono possibili,¹⁰⁸ ma rappresentano ipotesi rare) ed è uno degli elementi del contratto che maggiormente risente della componente speculativa del *commodity trade*.

Gli elementi che incidono sul prezzo sono molteplici, e vanno naturalmente dalla tipologia e dalla qualità della merce, dall'andamento dei noli marittimi, dai costi delle operazioni di imbarco e sbarco, da eventuali restrizioni di natura valutaria, anche se indubbiamente è l'andamento del mercato mondiale ad incidere in misura maggiore.

Accade spesso nella pratica (soprattutto nei contratti che implicano forniture continuate e protratte nel tempo) che la determinazione del prezzo avvenga ancorando lo stesso ad elementi variabili ed a quotazioni ufficiali di mercato, con il risultato che il contratto non contiene un'indicazione precisa del prezzo, bensì dei criteri da seguire per la sua determinazione. Un esempio classico di simili pattuizioni è rinvenibile in un caso¹⁰⁹ in cui il contratto conteneva una clausola del seguente tenore “*price US \$81 per st under CBOT December 1997, soya bean meal, net FOB spout trimmed Windsor*” (il parametro adottato dalle parti era dunque quello, classico, costituito dalla quotazione del Chicago Board of Trade).

¹⁰⁸ *In tempi recentissimi Kolmar Group AG v. Traxpo Enterprises Pvt Limited (2010)*

¹⁰⁹ *Soules Caf v. ADM Agri-Industries Ltd (2001)*

Spesso simili clausole sono accompagnate da pattuizioni con le quali le parti stabiliscono quando e come vada versato il prezzo in pendenza della sua determinazione finale (con previsioni che possono rivelarsi opportune, in quanto accade con una certa frequenza che tale fase sia controversa e dia origine a contestazioni).

Un recente caso illustra bene tali problematiche:¹¹⁰ si tratta di un contenzioso nascente da un contratto che conteneva la previsione che il prezzo sarebbe stato determinato “*by reference to published market prices at and around the date of shipment*” e che il pagamento sarebbe stato eseguito “*without reduction, offset or counter claim*” (con una previsione che viene tradizionalmente definita “*pay first, argue later*”). La merce è stata caricata dopo il termine previsto, e nel lasso di tempo intercorso tra il termine indicato in contratto e quello di compimento delle operazioni di imbarco le quotazioni di mercato sono aumentate in modo estremamente significativo. Parte acquirente ha ritenuto che occorresse fare riferimento alle quotazioni esistenti alla data di completamento dello *shipment*, mentre la venditrice ha sostenuto invece che andasse corrisposto il prezzo calcolato sulla base delle quotazioni alla data in cui la caricazione avrebbe dovuto essere completata, ritenendo che il ritardo fosse addebitabile all’acquirente.

La venditrice ha chiesto ed ottenuto un’ingiunzione di pagamento per il saldo reclamato, facendo leva sulla clausola che prevedeva l’obbligo di parte acquirente di pagare “*without reduction, offset or counterclaim*”, e la High Court ha condiviso tale posizione, sottolineando come *payment clauses* del tipo in esame obbligano l’acquirente a versare integralmente il prezzo nonostante l’esistenza di un fondato reclamo nei confronti del venditore, salvo naturalmente il diritto di agire per l’accertamento del proprio diritto e per la restituzione (in tutto o in parte) delle somme versate.

La volatilità dei mercati delle materie prime ha reso particolarmente diffusa l’adozione di clausole di *price adjustment*, che si presentano nella prassi con formulazioni molto variegata. Esse contengono di solito un meccanismo di revisione del prezzo, con l’individuazione delle condizioni che devono ricorrere perché possa chiedersi un *adjustment* (ancorando la variazione ad una percentuale del prezzo, oppure ad un indice di mercato).

¹¹⁰ *Petroplus Marketing AG v. Shell Trading International Ltd (2009)*

Tali clausole si rivelano particolarmente importanti alla luce del fatto che in mancanza di specifiche pattuizioni mutamenti del mercato non consentono di risolvere il contratto o chiedere di rinegoziare alcune delle sue clausole, anche qualora l'esecuzione sia divenuta molto più gravosa, a meno che non si tratti di mutamenti davvero imprevedibili e straordinari tali da modificare in modo drastico il contesto in cui le clausole sono state predisposte ed eccedere la normale alea contrattuale.¹¹¹

Una tipologia di clausole che negli ultimi tempi ha ripetutamente fatto oggetto di esame da parte della giurisprudenza è costituita dalle cosiddette *set-off clauses*, che consentono alle parti di operare compensazioni automatiche tra rapporti di dare ed avere (e che naturalmente possono essere adottate in rapporti contrattuali complessi, in cui vi siano prestazioni a carico di entrambe le parti).

Nei contratti di vendita o di fornitura il venditore può avere invece interesse a negoziare una clausola che escluda qualunque possibilità di *set-off* (con una previsione che viene tradizionalmente definita «*pay first, argue later*») evitando il rischio che il compratore possa trattenere in tutto o in parte il prezzo per effetto di (presunti o effettivi) crediti nascenti da pregressi rapporti contrattuali.

Tali clausole possono essere impiegate in combinazione con le *price adjustment clauses*. Alcune recenti sentenze si sono soffermate sul funzionamento di simili clausole, mettendo in luce come esse abbiano formulazioni piuttosto variegate.

In un caso¹¹² la clausola recitava «*Payment shall be made in full, without set-off, counterclaim, deduction and / or discount, free of bank charges...*», mentre in un contenzioso deciso in tempi più

¹¹¹ Previsioni destinate a entrare in gioco in contesti di forte volatilità sono anche le cd. *insolvency clauses*, che determinano la risoluzione automatica del contratto qualora una parte sia soggetta a fallimento o a procedure concorsuali; tali clausole offrono il beneficio per la parte in bonis di stabilire immediatamente l'ammontare dovuto a titolo di risarcimento (anche se il recupero in concreto dalla procedura fallimentare può rivelarsi molto complesso o impossibile) eliminando allo stesso tempo la situazione di grave incertezza che si verifica spesso quando occorre attendere le decisioni della curatela o del giudice fallimentare riguardo alla esecuzione del contratto.

¹¹² *CMA-CGM Marseille v Petro Broker International* (2011)

recenti¹¹³ la clausola aveva invece il seguente tenore «*PRICES AND PAYMENTS: ...Buyer shall not apply any set-off to the price of Seller's products without prior written agreement by the Seller...*».

La Commercial Court ha affermato senza esitazioni che la stessa obbligava parte acquirente a versare il prezzo nella sua interezza, sul presupposto che una clausola di “*no set-off*” non può considerarsi inusuale, che quella stipulata nel caso di specie «*was not particularly onerous*», che la posizione delle parti era equilibrata, avendo esse «*equal bargaining power*», ed avendo le una terminologia «*clear and unambiguous*» per escludere il diritto di operare compensazioni (in particolare con il riferimento ad «*any set off*») la clausola era perfettamente valida, ed escludeva ogni diritto di compensazione.

3. Pagamento *cash against documents* e con lettera di credito

Le parti di un contratto di vendita internazionale di *commodities* godono di regola di ampia autonomia nell'individuazione delle modalità con cui va saldato il prezzo e del momento in cui va eseguito il pagamento, e possono pertanto stabilire che esso avvenga prima ancora che abbia luogo la caricazione o al contrario (ed all'estremo opposto, sotto il profilo della protezione del venditore) al termine dello sbarco ed all'esito dell'esame della merce da parte del compratore.

La prassi invalsa è nel senso che il pagamento avvenga a fronte della consegna dei documenti rappresentativi della merce, e tale è tra l'altro l'impostazione adottata nel nostro ordinamento (all'art. 1528 cod. civ. si prevede infatti che “*salvo patto o usi contrari, il pagamento del prezzo e degli accessori deve eseguirsi nel momento e nel luogo in cui avviene la consegna dei documenti...*”) e dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili.¹¹⁴

¹¹³ *FG Wilson (Engineering) Limited v. John Holt & Company (Liverpool) Limited (2012)*

¹¹⁴ All'articolo 58, che recita “*if the contract involves carriage of the goods, the seller may dispatch the goods on terms whereby the goods, or documents controlling their disposition, will not be handed over to the buyer except against payment of the price*”.

Le *payment clauses* contenute in tutti i principali formulari e contratti-tipo riflettono tale sostanziale libertà di scelta, l'esistenza di modalità variegata (e più o meno protettive per il venditore) per il pagamento del prezzo, e la preferenza tradizionalmente accordata al pagamento contro documenti, al punto che le pattuizioni relative al pagamento sono di regola poste in stretto collegamento con la disciplina relativa agli *shipping documents*.¹¹⁵

Una pattuizione del tutto peculiare è contenuta nel contratto INCOGRAIN 12 CIF, che prevede alla sua clausola 8 che qualora le parti non abbiano originariamente previsto il pagamento del prezzo tramite lettera di credito il venditore può chiedere in qualunque momento l'apertura a spese del compratore di una lettera di credito irrevocabile e confermata dalla banca della venditrice indicata nella richiesta di apertura. La disposizione prosegue stabilendo che l'apertura del credito deve essere notificata alla banca del venditore entro 5 giorni lavorativi dalla richiesta, contemplando dunque termini estremamente brevi ed imponendo una notevole tempestività da parte del compratore per l'eventualità che gli venga richiesta l'emissione di una lettera di credito.

I formulari lasciano poi alla libera determinazione delle parti l'individuazione del termine entro il quale gli *shipping documents* vanno presentati al compratore, rinviando dunque sul punto ad una pattuizione specifica che integri il testo base dei contratti.

Il principio tradizionalmente seguito in *common law* per la vendita CIF è che il venditore è tenuto a consegnare i documenti - in mancanza di diverso accordo - tempestivamente e non appena la merce viene caricata a bordo, e parimenti tempestivo dev'essere il pagamento del prezzo da parte del compratore una volta che esso abbia ricevuto gli *shipping documents*. Quanto al luogo di pagamento, in mancanza di diversa pattuizione esso va di regola eseguito presso il domicilio del venditore. Nella vendita FOB in mancanza di diverso accordo l'obbligo di pagamento sorge nel momento in cui viene realizzata la consegna della merce, e dunque il rischio (nonché - di regola - la proprietà) viene trasferito al compratore.

¹¹⁵ Tale correlazione in taluni casi è particolarmente marcata, al punto che nei formulari FOSFA CIF la clausola relativa al pagamento del prezzo è denominata "Payment and shipping documents".

E' naturalmente possibile che le parti concordino che il pagamento sia eseguito solo una volta consegnata la merce ed ultimato l'esame della stessa da parte del compratore, ma si tratta di opzione più rara, in quanto senza dubbio meno protettiva per il venditore, che lascia in tal caso alla decisione del compratore il pagamento (che rischia di essere inevitabilmente messo a repentaglio qualora la merce venga perduta o danneggiata durante il trasporto, anche qualora questo sia avvenuto a rischio di parte acquirente).

La scelta delle parti di subordinare il pagamento del prezzo alla presentazione degli *shipping documents* viene realizzata di regola contemplando un pagamento *cash against documents* (spesso pattuito nella prassi con l'acronimo CAD), oppure prevedendo il pagamento a mezzo di credito documentario.

Con il pagamento *cash against documents* il venditore, eseguita la consegna merce, trasmette i documenti rappresentativi (e gli eventuali altri documenti previsti, che di regola includono quelli necessari all'importatore per sdoganare la merce) ad una banca di fiducia affinché questa (attraverso un corrispondente operante sulla piazza del compratore) possa presentarli per l'incasso. Le istruzioni del venditore includono inoltre di regola la procedura con cui la banca incaricata è tenuta a consegnare la documentazione.

Tale sistema di pagamento viene di regola adottato nell'ambito di rapporti contrattuali consolidati, nei quali il venditore può riporre affidamento sulla correttezza della propria controparte, in quanto esso offre una protezione piuttosto limitata sotto il profilo del regolare e puntuale pagamento del prezzo. In effetti, nell'incasso documentario le banche si limitano a gestire i documenti ed a rispettare le istruzioni ricevute, ma non entrano nel rapporto contrattuale esistente tra importatore ed esportatore e non assumono alcun obbligo di corrispondere il prezzo. Inoltre, se da un lato il venditore viene garantito dal fatto che la merce sarà (di regola, e salvo che il vettore la rilasci senza richiedere la previa presentazione dei documenti rappresentativi) consegnata solo dopo che il compratore avrà ritirato i documenti pagando quanto dovuto, esso corre il rischio che il compratore non ritiri i documenti (per esempio per sopravvenute difficoltà finanziarie), determinando in tal caso la necessità di trovare sulla piazza di destinazione del carico un diverso acquirente, e spesso l'insorgere di rilevanti spese di deposito e custodia, oltre a ritardi nello sbarco.

In considerazione della minor protezione che il pagamento CAD offre al venditore il sistema che trova tuttora maggiore diffusione è senza dubbio il pagamento a mezzo credito documentario. Analogamente a quanto accade per il pagamento *cash against documents* anche per il pagamento con lettera di credito una o più banche sono chiamate a ricevere la documentazione ed a corrispondere il prezzo di acquisto della merce, ma gli strumenti sono profondamente diversi tra loro.

Nel credito documentario parte venditrice può infatti confidare sul fatto che il prezzo verrà di regola corrisposto dalla banca qualora la documentazione presentata sia idonea e conforme sotto il profilo formale, indipendentemente dal fatto che l'acquirente abbia dato il proprio assenso (ed anzi anche in presenza di richieste in senso contrario da parte del compratore).

Lo schema tradizionalmente seguito per il credito documentario vede la presenza di una banca (emittente) che assume l'obbligazione nei confronti del proprio cliente (ordinante) di provvedere, direttamente o tramite una corrispondente, al pagamento in favore di un terzo (beneficiario).

Il pagamento viene correlato alla presentazione di determinati documenti: normalmente si tratta dei documenti rappresentativi della merce, ma nel *set* che il beneficiario deve presentare possono essere (e sono anzi di regola) inclusi documenti ulteriori, quali certificati di analisi, quantità e qualità, fatture di vendita, *packing lists*, i documenti relativi al regime doganale al quale è assoggettata la merce viaggiante.

Se la lettera di credito è irrevocabile, il beneficiario può contare sul fatto che le istruzioni impartite alla banca dell'ordinante sono definitive, e non possono essere modificate successivamente all'emissione della lettera di credito. Accade poi molto spesso che all'obbligo della banca emittente si aggiunga quello di una banca del paese del beneficiario: in tal caso il credito viene definito "confermato". Alla banca presente nel paese del beneficiario può invece essere attribuito un ruolo più sfumato, di semplice ricevimento ed esame della documentazione prevista per la negoziazione, ed in tal caso la banca corrispondente assume il ruolo di *advising bank*.

Va evidenziato peraltro che lo schema sopra brevemente delineato è quello corrispondente all'operazione nella sua tipologia più semplice

e lineare, in quanto la prassi conosce una notevole quantità di varianti.

La funzione della lettera di credito evidentemente è, in primo luogo, quella di pagamento del prezzo, garantendo entrambe le parti del contratto che questo venga corrisposto solo a determinate condizioni. Al venditore beneficiario, in particolare, viene garantito che a fronte della presentazione di documentazione formalmente ineccepibile esso riceverà il pagamento, e viene altresì garantito (poiché tra i documenti da presentare per l'incasso vengono di regola inclusi i titoli rappresentativi della merce) che qualora il prezzo non sia versato il compratore sarà impossibilitato a chiedere la consegna della merce al vettore.

All'acquirente viene invece garantito che il prezzo sarà versato solo a seguito dell'accertamento (ad opera della banca emittente o confermante) del corretto adempimento da parte del beneficiario. Si tratta di un accertamento che (come si vedrà tra breve) è fondato solo ed esclusivamente sull'esame del tenore formale della documentazione, e che tuttavia garantisce il compratore senz'altro più del pagamento anticipato del prezzo.

Infine, qualora la banca apra il credito e provveda al pagamento senza aver ancora ricevuto la provvista da parte dell'ordinante, l'operazione assume anche una funzione di finanziamento del compratore.

La prassi conosce poi come detto una notevole varietà di elaborazioni del credito documentario. Frequente è per esempio il ricorso al credito ad utilizzo differito, nel quale la banca non è obbligata a pagare il credito all'atto della presentazione dei documenti, ossia nel termine concesso per l'esame, bensì decorso un certo lasso di tempo. Il meccanismo spesso consente al compratore di conseguire la disponibilità della merce e verificarne la qualità e le condizioni prima che l'obbligazione della banca sia esigibile, al punto che qualche risalente decisione della giurisprudenza italiana ha ritenuto che la dilazione del pagamento sia finalizzata in effetti proprio al controllo della merce; in realtà la tesi è in contrasto con la natura del credito documentario, ed è stata contraddetta da alcune più recenti decisioni,¹¹⁶ che hanno confermato che autonomia ed astrattezza dell'obbligazione assunta dalla banca (su cui si tornerà tra breve) non

¹¹⁶ Appello Milano 31 Marzo 1981; Tribunale Bologna 15 maggio 1981.

vengono meno né sono in alcun modo derogate laddove il credito sia differito.

4. Strumenti a garanzia del pagamento

Molto spesso nel *commodity trade* alla disciplina contrattuale relativa al pagamento del prezzo si affiancano ulteriori pattuizioni aventi ad oggetto il rilascio di garanzie in favore di una o di entrambe le parti, attraverso strumenti che hanno assunto nella prassi operativa strutture talora molto articolate e complesse: senza alcuna pretesa di completezza, possono menzionarsi garanzie rilasciate sotto forma di *performance bonds*, di *demand guarantees* (ossia di garanzie a prima richiesta), di *stand-by letters of credit*.

Quest'ultimo strumento in particolare merita un breve cenno di approfondimento, poiché è una forma di garanzia di larga diffusione e dalle caratteristiche peculiari. Si tratta in sostanza di uno strumento intermedio tra la garanzia in senso stretto e la lettera di credito (e per tale ragione è contemplata e regolata dalle Norme ed Usi Uniformi relativi ai crediti documentari) con il quale, qualora allo scadere del termine concesso per effettuare il pagamento questo non venga eseguito, sorge il diritto del beneficiario della *stand-by letter of credit* di utilizzare la stessa presentando una dichiarazione alla banca emittente con la quale si segnala il mancato pagamento da parte del compratore (ordinante), talora accompagnata dalla presentazione di copia dei documenti attestanti la consegna della merce.

La fondamentale distinzione da farsi è tra garanzie pagabili “a prima richiesta”, ossia pagabili a fronte di semplice richiesta da parte del beneficiario, e garanzie sottoposte invece a condizioni, o che implicano che il pagamento sia subordinato al verificarsi di determinati eventi.

La distinzione è centrale, poiché la garanzia a prima richiesta non richiede che il beneficiario dia la prova del proprio diritto al pagamento o di aver effettivamente subito i danni coperti dalla garanzia, ed è di regola sufficiente (il punto dipende dalla formulazione e dal tenore della garanzia) una semplice richiesta di pagamento accompagnata dall'affermazione che la propria controparte si è resa inadempiente e che da tale condotta è derivato un danno.

La facilità con cui il beneficiario di una garanzia a prima richiesta può ottenere il pagamento è evidentemente uno dei punti più delicati, e per limitare il rischio di richieste di escussione in mala fede sono state elaborate dall'ICC le Uniform Rules for Demand Guarantees, che possono essere incorporate per effetto di espresso richiamo nel testo della garanzia: uno degli effetti nascenti da tale richiamo è che la richiesta di pagamento deve essere accompagnata da una dichiarazione scritta da parte del beneficiario che affermi che la controparte si è resa inadempiente ed indichi inoltre in cosa sia consistito tale inadempimento. Viene evidentemente offerta in tal modo una maggiore tutela per l'ordinante, in quanto si intende dissuadere il beneficiario dal presentare una dichiarazione falsa, e viene agevolata allo stesso tempo la cd. *fraud exception*, in base alla quale il garante può rifiutare il pagamento laddove sia a conoscenza del fatto che il beneficiario ha agito - o sta per agire - in modo fraudolento (ed in particolare ha rilasciato una dichiarazione non veritiera).

Laddove la garanzia emessa sia invece una *conditional guarantee* la responsabilità del garante è di natura secondaria rispetto a quella dell'obbligato principale, ed il beneficiario è tenuto a provare che si è effettivamente verificato un inadempimento nell'ambito del contratto principale.

Accade abbastanza spesso che si riveli meno semplice del previsto valutare che tipo di garanzia ricorre nel caso specifico, e se di regola l'uso di espressioni come *on demand*, oppure "*a prima richiesta*" è sufficiente per ritenere che si tratti effettivamente di una garanzia autonoma, possono darsi casi in cui il testo ed il tenore della garanzia lasciano spazio a qualche incertezza.

La giurisprudenza è di regola concorde nel sottolineare come non sia indispensabile che una garanzia venga definita in modo espresso "*a prima domanda*" per essere considerata effettivamente tale, e che può essere decisiva la circostanza che la garanzia si limiti a richiedere una semplice dichiarazione da parte del beneficiario o una forma di autocertificazione; allo stesso tempo, garanzie formalmente a prima richiesta possono invece rivelarsi prive di effettiva e totale autonomia.

Le decisioni rese sul punto nei vari ordinamenti lasciano trasparire l'estrema attenzione e rigore con cui viene esaminato il tenore formale delle garanzie al fine di valutarne la natura; un elemento di

peso per escludere la natura “autonoma” della garanzia può essere ad esempio la previsione che la banca garante debba sincerarsi del pieno e tempestivo adempimento da parte del garantito delle obbligazioni poste a suo carico.

Laddove venga escussa una garanzia a prima richiesta può darsi che le somme ricevute dal beneficiario non coincidano con il danno o la perdita subiti per effetto dell'inadempimento, poiché l'importo della garanzia può eccedere tali somme. Tuttavia, poiché la garanzia si estende all'intero ammontare garantito, il beneficiario può legittimamente chiedere il pagamento integrale anche qualora l'importo della garanzia ecceda grandemente i danni, fermo tuttavia l'obbligo (per evitare indebiti arricchimenti) di trattenere esclusivamente un importo pari al danno effettivamente sofferto.¹¹⁷

5. Le norme ed usi uniformi in materia di credito documentario: le UCP 600

Si è evidenziato poco sopra che nel sistema dei pagamenti internazionali connessi al *commodity trading* un ruolo centrale è assunto dalla lettera di credito. In tale contesto è di estrema importanza il ricorso delle parti alla disciplina racchiusa nelle Norme ed Usi Uniformi della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, ossia un complesso di regole ed usi che pur non avendo valore normativo (esse trovano cioè applicazione al rapporto di credito documentario solo per effetto di un richiamo espresso ad opera delle parti), ha assunto nella pratica un enorme rilievo, poiché è di regola richiamato nei contratti di apertura del credito e nelle lettere di credito, e costituisce dunque il quadro negoziale nel quale si colloca il rapporto di credito documentario, dettando le regole di condotta cui tutte le parti devono uniformarsi.

Tenuto conto della frequenza del richiamo alle NUU (di regola indicate con l'acronimo UCP, ossia *Uniform Customs and Practice*) in materia di credito documentario si ritiene anzi nei sistemi di *common law* che in assenza di espresso patto contrario vi è la presunzione che le parti di un rapporto di credito documentario abbiano inteso far riferimento alle UCP e che la lettera di credito sia da queste disciplinata. Meno flessibile è invece la posizione della

¹¹⁷ *Cargill International S.a. v. Bangladesh Sugar and Food Industries Corporation* (1998); *Tradigrain S.A v. State Trading Corporation of India* (2006); *Comdel Commodities v. Siporex Trade* (1989).

giurisprudenza italiana, che richiede invece di regola l'esistenza di un richiamo espresso.¹¹⁸

Un ulteriore elemento che contribuisce a rendere le UCP della CCI uno strumento essenziale per il commercio internazionale è il fatto che esse vengono periodicamente aggiornate con la consulenza ed il contributo dei massimi esperti del settore, al fine di rispecchiare l'evoluzione dei sistemi di pagamento internazionale e rispondere alle problematiche che emergono nella prassi. L'ultima revisione (la sesta da quando sono state adottate nel 1933, che ha concluso un lavoro di revisione durato 3 anni e mezzo con la formulazione di migliaia di proposte di variazione provenienti da circa 50 paesi) è recente, ed ha dato luogo alle UCP 600, operative ed efficaci dal 1 luglio 2007.

Tale revisione (che ha tra l'altro snellito in modo sensibile il testo, portando i 49 articoli delle UCP 500 ai soli 39 delle UCP 600) è stata motivata dalla necessità di garantire la regolarità e l'efficacia di funzionamento del credito documentario, poiché alla luce di numerose indagini ed analisi si è accertato che nel 70% dei casi vengono rilevati errori formali che pregiudicano l'operatività della lettera di credito, nonché dalla necessità di considerare le implicazioni nascenti dall'evoluzione del sistema dei trasporti internazionali.

Gli elementi salienti delle UCP 600 (e le novità rispetto alla precedente versione delle UCP 500) possono in estrema sintesi riassumersi come segue:

a) natura delle UCP

La natura esclusivamente pattizia e non normativa delle UCP è stata confermata e ribadita, e l'art. 1 delle UCP 600 chiarisce che esse "*will only apply when the text of credit expressly indicates that it is subject to these Rules*". Naturalmente, dal momento che le UCP 600 non hanno valore di legge esse possono applicarsi alla lettera di credito anche solo parzialmente, e le parti possono pertanto introdurre pattuizioni in deroga alla disciplina delineata nelle UCP.

b) scomparsa del credito revocabile

¹¹⁸ In tal senso Tribunale Firenze, 23 settembre 2005, *Picic Commercial Bank Ltd c. Banca Toscana*

In assenza di indicazione espressa la lettera di credito viene considerata irrevocabile, in quanto non vi è più alcuna previsione analoga all'art. 6 delle UCP 500, che offriva al compratore la possibilità di optare per un credito revocabile. L'art. 2 ora definisce infatti il credito come "*any arrangement, however named or described, that is irrevocable and whereby constitutes a definite undertaking of the issuing bank to honour a complying presentation*". Ulteriori previsioni relative alla irrevocabilità del credito sono rinvenibili nell'art. 3 e nell'art. 10 delle UCP.

Tale evoluzione è in effetti coerente con il *trend* esistente ormai da decenni nel senso del progressivo passaggio alla irrevocabilità come regola del credito documentario. Nelle versioni più risalenti delle UCP (es. la clausola 17 lettera c) della Publication 400) il credito doveva ritenersi irrevocabile solo in presenza di espressa dichiarazione in tal senso della banca emittente, ed in mancanza se ne presumeva la revocabilità, con la conseguenza che si riconosceva alla banca la possibilità di modificare o annullare l'impegno assunto, in qualunque momento e senza previo avviso al beneficiario, mentre nella versione degli UCP 500 si era prevista la regola della irrevocabilità (anche tenendo conto che nella prassi il credito revocabile aveva trovato limitata applicazione).

c) autonomia del credito documentario

E' stata ribadita ed enfatizzata l'autonomia della lettera di credito, chiarendo in particolare che l'impegno della banca emittente di pagare a fronte della presentazione di documentazione conforme va tenuto rigorosamente separato dall'obbligo di rimborsare la banca confermante/avvisante che anticipa le somme.

La previsione mira a far sì che qualora intervenga un ordine giudiziale che blocchi il rimborso la banca cui l'ordine è destinato possa con maggiore facilità eccepire che esso incide in realtà su un meccanismo di rimborso interno al sistema bancario, mentre il venditore ha già conseguito il prezzo, e che dunque non impedisce di fatto che il beneficiario riceva le somme.

d) esame dei documenti

Una serie piuttosto significativa di innovazioni riguarda le modalità con cui ha luogo l'esame dei documenti da parte della banca, ed i

criteri cui deve essere ispirata la valutazione di eventuali “*discrepancies*” e contrasti tra i documenti presentati dal beneficiario. Un’area spesso foriera di problemi pratici ed applicativi è quella dei “*non documentary requirements*”, che le UCP 600 hanno affrontato gli articoli 14 e 4b; accade infatti sovente che il compratore, nel conferire le istruzioni alla *issuing bank*, indichi dati ed elementi che non sono riscontrabili nella documentazione esibita dal beneficiario, come accade ad esempio allorquando la lettera di credito preveda la caricazione ed il trasporto su una nave con determinate caratteristiche, ma non sia prevista la presentazione alla banca di alcun certificato di classe o documentazione relativa alla nave. Tale stato di cose determina spesso il sorgere di incertezze, poiché ingenera il dubbio se la banca abbia l’obbligo (o la facoltà) di sincerarsi di circostanze che non emergono dalla documentazione.

Il punto è stato discusso con estremo approfondimento in sede di revisione delle UCP 600, e la stragrande maggioranza dei comitati nazionali della ICC ha optato per mantenere la precedente formulazione delle UCP 500, prevedendo cioè che tali eventuali richieste debbano essere completamente ignorate. La conseguenza è che qualora il compratore richieda in modo tassativo il rispetto di determinati requisiti e condizioni deve aver cura che nella documentazione da esibire alla banca per l’incasso del credito siano inclusi i documenti attestanti il rispetto di tali prescrizioni.

E’ stato inoltre ridotto il termine per l’esame dei documenti ad opera della banca cui questi vengono presentati, attraverso la modifica degli art. 14 b e 16 d. Le UCP 500 prevedevano che l’esame della documentazione da parte della banca avvenisse entro un lasso di tempo ragionevole, comunque non eccedente “*7 banking days*” successivi al ricevimento dei documenti. L’accettazione o il rifiuto dei documenti doveva dunque avvenire nel termine predetto. Tale disposizione si è rilevata foriera di incertezze e di contenziosi, e si è optato dunque per la previsione di un numero fisso di giorni (pari a 5) per l’esame della documentazione.

Un altro aspetto di particolare rilievo oggetto della revisione è quello relativo alla valutazione delle eventuali *discrepancies* esistenti tra i documenti esibiti, ed in particolare se tali difformità possano o debbano impedire il pagamento. L’esperienza ha in effetti dimostrato che un largo numero di rifiuti della documentazione è fondato su discrepanze tra i documenti, come nel caso per esempio di date

discordanti tra certificati di qualità o sanitari, o differenze tra il peso indicato sulla polizza di carico e quello riportato nel *weight certificate*.

Il punto è stato oggetto di attenzione particolare in sede di revisione delle UCP, poiché tali discrepanze di regola non hanno alcun rilievo concreto e non indicano un effettivo inadempimento da parte del venditore, ma portano tuttavia molto spesso al rifiuto della documentazione.

L'art. 13 (a) delle UCP 500 prevedeva che documenti che apparivano "*on their face to be inconsistent with one another*" dovevano essere considerati "discrepant"; la previsione è stata rimpiazzata da una nuova formulazione dell'art. 14 d, che ora prevede che i dati riportati in un documento, letti nel contesto del documento stesso, del credito e della prassi bancaria non devono essere necessariamente identici a quelli presenti nello stesso documento o in qualunque altro documento previsto nella lettera di credito, purchè non siano configgenti con i dati contenuti negli altri documenti e/o con quanto prescritto nel credito.

La nuova previsione ha una formulazione che rischia tuttavia di ingenerare nuove incertezze, poiché vi è chi ritiene che essa abbia semplicemente ribadito quanto affermato all'art. 13 delle UCP 500, e chi invece sostiene che essa abbia introdotto un criterio di analisi molto più rigoroso.

e) documenti di trasporto

La disciplina relativa ai documenti di trasporto è racchiusa negli articoli 19 - 27. L'articolo 19, che riporta l'elenco dei documenti di trasporto, pone ora in secondo piano la polizza di carico a favore del documento di trasporto che racchiude (almeno) due diverse modalità di trasporto (trasporto multimodale o combinato).

Viene ribadita l'inutilità di prevedere nel credito che le merci non siano trasbordate, quale presa d'atto del fatto che larga parte del trasporto mondiale di merci avviene ora in container e non può dunque più prescindere dal trasbordo in porti intermedi.

Il documento di trasporto può essere emesso da chiunque, a condizione che venga sottoscritto da un soggetto che si qualifica vettore, assumendo così gli obblighi e le responsabilità del trasporto.

Il termine “clean”, quasi sempre prescritto nel testo di un credito che richieda la presentazione di un documento di trasporto marittimo (con una frasi del tipo “*full set of clean on board bill of lading*”), ha generato in passato incertezze; le UCP 600 prevedono che il termine “clean” non deve necessariamente apparire sul documento di trasporto, anche qualora il credito richieda che il documento sia “clean on board”.

6. L'autonomia del credito documentario ed il principio della “*strict compliance*”

L'intero sistema del credito documentario poggia su due elementi fondamentali: il rigore con cui va valutata l'idoneità della documentazione presentata per l'incasso, e l'autonomia del credito documentario rispetto al contratto di vendita o fornitura.

Le UCP contengono, come sopra evidenziato, le linee guida ed i parametri ai quali deve ispirarsi l'esame dei documenti da parte del mondo bancario, al fine di conciliare le due (diverse ma entrambe essenziali) esigenze di funzionalità del sistema e di rigore di valutazione della rispondenza dei documenti alle indicazioni del credito.

Nei sistemi di *common law* (sebbene non manchino differenze di approccio) trova applicazione il principio della cd. “*strict compliance*”, in base al quale il controllo della documentazione ad opera della banca va svolto in base a criteri rigorosamente formalistici, prescindendosi da ogni valutazione relativa alla natura ed al peso di eventuali difformità presenti nei documenti: come efficacemente riassunto da una decisione ormai risalente “*there is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well*”.¹¹⁹

Tale principio trova sostanziale affermazione anche nella giurisprudenza italiana, che tuttavia registra talora significative aperture: alcune decisioni, in particolare, hanno posto l'accento sulla necessità che l'esame, pur nell'ambito di una valutazione rigorosa, sia fatto con ragionevolezza e secondo principi di buona fede.

¹¹⁹ *Equitable Trust Co v. Dawson (1926)*

E' evidente in ogni caso che la banca chiamata ad esaminare la documentazione è necessariamente molto riluttante ad assumere responsabilità ed accettare i documenti in presenza di discrepanze anche marginali e di natura formale, ed accade spesso che essa rifiuti la documentazione a fronte di difformità di modesto rilievo, che non lasciano in alcun modo trasparire vizi della merce o inadempimenti da parte del venditore; ciò accade poiché la banca è responsabile nei confronti del compratore emittente ogni volta che essa disponga erroneamente il pagamento a favore del beneficiario in presenza di documenti che non rispecchiano in modo puntuale le istruzioni di apertura e non abbiano il tenore e le indicazioni previste.

In tal caso infatti la banca si espone alla richiesta di risarcimento da parte dell'emittente del credito qualora alle discrepanze di natura formale corrispondano irregolarità di carattere più sostanziale, poiché il compratore può sostenere che la presenza di difformità nella documentazione ne avrebbe consentito il rifiuto, e che avrebbe avuto diritto di non corrispondere il prezzo o di differire il pagamento ad un momento successivo.

Il secondo pilastro su cui poggia il sistema del credito documentario è senza dubbio costituito dal principio dell'autonomia, intesa quale totale indipendenza dell'obbligo della banca rispetto ai rapporti contrattuali sottostanti.

Il contratto di credito documentario è infatti distinto ed autonomo rispetto al contratto di vendita, con la conseguenza che eventuali inadempimenti da parte del venditore (che non si riverberino sulla regolarità, sotto il profilo formale, della documentazione presentata per l'incasso) non possono in alcun modo pregiudicare il pagamento: qualora la documentazione presentata alla banca emittente o confermate sia formalmente inappuntabile sorge l'obbligo della banca di corrispondere il prezzo, e non è ammessa alcuna eccezione o contestazione relativa al contratto di vendita (quale la mancata o non corretta esecuzione del contratto e delle obbligazioni che da questo nascono).

E' evidente del resto che se le banche fossero tenute ad analizzare in concreto l'effettiva esecuzione del contratto e la veridicità delle circostanze di fatto riportate sui documenti presentati l'accertamento sarebbe estremamente laborioso ed esporrebbe il sistema bancario a forti rischi. Non solo, ma qualora l'esame fosse esteso a

documentazione ulteriore rispetto a quella prevista nella lettera di credito potrebbero emergere discrepanze che le parti hanno in realtà preventivato o accettato, e che tuttavia paralizzerebbero l'operato della banca.

Il principio dell'autonomia costituisce dunque un elemento fondamentale dell'intero sistema del credito documentario, ed è affermato nel nostro ordinamento dal secondo comma dell'art. 1530 del codice civile¹²⁰ che stabilisce che la banca che ha "confermato" il credito al venditore può opporre solo le eccezioni derivanti dall'incompletezza o irregolarità dei documenti, e quelle relative al rapporto di "conferma" del credito.

Entrambe le banche (emittente e confermante) sono dunque obbligate al pagamento del venditore dopo avere verificato solo due requisiti:

- a) la tempestività nella presentazione della documentazione da parte del beneficiario;
- b) l'apparente conformità (ossia la rispondenza sotto il profilo formale) dei documenti alle prescrizioni della lettera di credito.

La regola dell'autonomia del credito documentario trova ripetute e costanti affermazioni nella giurisprudenza inglese, da tempo compatta nel sottolineare l'importanza assoluta che il credito documentario mantenga la propria piena autonomia rispetto ai rapporti contrattuali sottostanti e la necessità che la banca onori il credito laddove le prescrizioni poste a carico del beneficiario siano state integralmente e puntualmente assolte. Come evidenziato in un *leading case* "it has long been settled that when a letter of credit is issued and confirmed by a bank, the bank must pay it if the documents are in order and terms of the credit are satisfied. Any dispute between buyer and seller must be settled between themselves. The bank must honour the credit".¹²¹

¹²⁰ L'art. 1530, comma 2, cod. civ. recita: ".. la banca che ha confermato il credito al venditore può opporgli solo le eccezioni derivanti dall'incompletezza o irregolarità dei documenti e quelle relative al rapporto di conferma del credito."

¹²¹ *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barkley's Bank International Ltd* (1978)

La necessità di garantire l'autonomia del credito documentario viene affermata al fine di preservare l'uso della lettera di credito "*as an instrument for the financing trade*"; la preoccupazione di non attentare al ruolo centrale che nel commercio internazionale ha assunto il credito documentario in effetti ispira da sempre la giurisprudenza anglosassone, che ha evidenziato con una certa enfasi che "*letters of credit are the lifeblood of international commerce*".¹²²

La natura assoluta ed imperativa dell'obbligo posto a carico della banca emittente o confermante trova probabilmente una delle sue affermazioni più perentorie nella decisione resa nel caso *Power Curber*¹²³ con la quale la Corte ha ordinato il pagamento alla banca emittente nonostante un'ingiunzione pervenuta da una corte kuwaitiana, sulla scorta del principio riassunto in modo perentorio da Lord Denning con le seguenti parole: "*it is part of the law of international trade that letters of credit should be honoured*".

La regola dunque è che la banca valuta solo ed esclusivamente i documenti presentati e deve astenersi dal prendere in considerazione eventuali controversie insorte tra venditore ed acquirente, ed in particolar modo le contestazioni sollevate da quest'ultimo, che possono in effetti essere particolarmente pressanti nell'eventualità in cui la merce venga perduta o danneggiata in corso di viaggio, o allorquando il compratore abbia avuto modo di sincerarsi delle condizioni e della qualità della merce consegnatagli (ciò può accadere - ed anzi spesso accade - in considerazione del fatto che il termine previsto per disporre il pagamento può essere piuttosto esteso, consentendo dunque l'arrivo della merce a destinazione ed il ricevimento della stessa da parte del compratore).

7. Le deroghe al principio dell'autonomia e gli strumenti per impedire il pagamento in caso di dolo del beneficiario

L'obbligo di pagamento a fronte dell'esibizione di documentazione formalmente ineccepibile conosce solo alcune limitate e tassative eccezioni; possono in effetti individuarsi tre deroghe al principio dell'autonomia:

¹²² *Harbottle v. National Westminster Bank (1978)*; *Intraco Ltd v Notis Shipping Corp "The Bhoja Trader" (1981)*

¹²³ *Power Curber International v. National Bank of Kuwait (1981)*

- a) la nullità o illegittimità del contratto nel cui contesto si colloca la lettera di credito,
- b) la frode del beneficiario,
- c) l'accordo tra le parti.

Tali eccezioni vengono tradizionalmente valutate dalla giurisprudenza con rigore, sebbene sia ravvisabile una certa divergenza di approccio tra la giurisprudenza dei paesi di *common law*, tradizionalmente molto restia a discostarsi dall'applicazione rigorosa del principio dell'autonomia assoluta del credito documentario, e la giurisprudenza italiana, che ha sovente manifestato una maggiore elasticità e flessibilità.

- a) nullità o illegittimità del contratto

Un primo caso nel quale può profilarsi una deroga al principio dell'autonomia è quello della nullità o illegittimità del contratto nel cui contesto si inserisce la lettera di credito.¹²⁴ In questi casi evidentemente la nullità del contratto non può che determinare automaticamente anche il venir meno dell'efficacia e della validità del rapporto di credito documentario.

- b) frode del beneficiario

Più significativa (come attestato dal numero senza dubbio maggiore di casi disponibili) è l'eccezione fondata sulla frode del beneficiario.

Si ritiene generalmente che laddove il beneficiario agisca in modo fraudolento ed intenda conseguire il pagamento del prezzo confidando sull'apparente regolarità formale dei documenti pur essendo consapevole dell'inesistenza del diritto a conseguire il pagamento del prezzo la banca possa astenersi dall'onorare il credito.

L'accoglimento della *fraud exception* si rivela tuttavia, in *common law*, tutt'altro che semplice.

In primo luogo, il compratore che intenda bloccare il pagamento del credito non può limitarsi a sostenere che il venditore ha adempiuto parzialmente (o non ha adempiuto affatto) alle proprie obbligazioni,

¹²⁴ *United City Merchants (Investments) v. Royal Bank of Canada (1982); Group Josi v. Walbrook (1996)*

ma deve addurre elementi che attestino in modo evidente l'esistenza di una frode. Un simile onere probatorio è di particolare complessità, poiché la giurisprudenza inglese ha evidenziato che un'ingiunzione che vieti alla banca di pagare deve ritenersi assolutamente eccezionale, e può ammettersi solo laddove venga fornita la prova che la richiesta di pagamento del beneficiario è chiaramente fraudolenta, ed i riscontri offerti sul punto siano chiari e di immediata evidenza.

La riluttanza dei giudici ad ordinare il blocco della lettera di credito viene di regola motivata in base al rilievo che simili decisioni si intromettono nell'ambito del rapporto di credito documentario in modo traumatico e rischiano di arrecare danni gravi all'intero sistema bancario.

Nel caso *United Trading Corporation v. Allied Arab Bank*¹²⁵ (relativo all'escussione di un *performance bond*), la posizione espressa dalla Court of Appeal inglese è stata apparentemente meno perentoria, avendo la sentenza sottolineato la necessità che la parte che invochi il proprio diritto a bloccare il pagamento produca una "*strong corroborative evidence*" che lasci realisticamente e plausibilmente intravedere una condotta fraudolenta da parte del beneficiario, evidenziando al contempo che l'importanza del credito documentario nel commercio internazionale non può essere enfatizzata al punto da trasformare la lettera di credito in uno strumento che favorisce la realizzazione di frodi. E' innegabile tuttavia che nei sistemi di *common law* la *fraud exception* viene molto raramente accolta, al punto che anche in casi in cui si è accertato che il beneficiario aveva consegnato all'acquirente merce completamente difforme rispetto a quanto pattuito (o addirittura contenitori riempiti con materiale di scarto o vuoti) le Corti hanno escluso la sussistenza di una prova piena ed incontestabile della condotta fraudolenta da parte del beneficiario tale da legittimare il ricorso alla inibitoria.

Il punto è stato confermato in tempi recenti nel caso *Uzinterimpex v. Standard*,¹²⁶ nel quale si è ribadito che una richiesta di escussione di lettera di credito può ritenersi fraudolenta solo qualora tutti gli elementi esistenti inducano a ritenere che la parte che chiede il pagamento non può realisticamente e genuinamente credere nella veridicità di quanto sostiene, e sia anzi consapevole della falsità delle proprie affermazioni.

¹²⁵ *United Trading Corporation S.A. v. Allied Arab Bank Ltd.* (1985)

¹²⁶ *Uzinterimpex JSC v. Standard Bank Plc* (2007)

Molto spesso i giudici operano un raffronto tra il danno che la reputazione commerciale di una banca soffre laddove sia sottoposta ad un'ingiunzione che si riveli successivamente (all'esito di un esame maggiormente approfondito) priva di fondamento, ed il danno cui è esposto il compratore qualora l'ingiunzione venga negata, e muovono dalla considerazione che il danno per il sistema bancario può essere incalcolabile, mentre il compratore ha sempre la possibilità di agire nei confronti del venditore per far valere l'inadempimento contrattuale.

Sovente inoltre si pone l'accento sulla necessità che venga provata l'esistenza di una frode da parte del venditore, e non semplicemente di un terzo. Può darsi il caso infatti che alla banca venga presentata documentazione contraffatta da parte di un beneficiario che tuttavia sia in buona fede ed ignori l'esistenza dell'alterazione (ciò può in particolare accadere nelle ipotesi di vendita in filiera, nelle quali l'*intermediate seller* non ha alcun contatto diretto con la merce, ma si limita a ricevere ed a trasmettere la documentazione rappresentativa). Si è proposta al riguardo una distinzione tra documenti redatti in modo fraudolento (per esempio riportanti una falsa data di caricazione della merce) e documenti che invece sono interamente e completamente falsificati, ritenendosi che in tale ultimo caso tali documenti possano essere respinti qualunque sia la loro provenienza.

Un' ulteriore difficoltà si presenta infine in tutti i casi in cui il pagamento sia dovuto da parte di una *confirming bank*, dal momento che in questo caso esiste un rapporto contrattuale diretto tra la banca confermante e beneficiario, e la *confirming bank* non ha di fatto alcun rapporto con il compratore: laddove dunque quest'ultimo ottenga un provvedimento che vieta il pagamento del prezzo alla *issuing bank* la banca confermante potrebbe comunque dar corso al pagamento, in ossequio all'obbligazione assunta in sede di conferma nei confronti del beneficiario.

In relazione ai profili in esame la posizione della giurisprudenza italiana è ispirata da analogo rigore, pur lasciando intravedere tuttavia alcune significative aperture.

In primo luogo, la possibilità di intervenire per conseguire il blocco di una lettera di credito viene riconosciuta solo allorquando non

esistano già ritardi o vizi di natura formale nella documentazione esibita che possono giustificare il rigetto della stessa ed il rifiuto della banca di corrispondere il prezzo.¹²⁷ Tale impostazione si spiega alla luce del fatto che lo strumento di cui dispone l'emittente che intenda chiedere il blocco della lettera di credito è il ricorso *ex* articolo 700 c.p.c., che richiede per la sua concessione che la parte ricorrente sia esposta ad un danno imminente ed irreparabile, e che ha carattere residuale, ossia presuppone che non esista alcuna altra azione in grado di portare al risultato che si intende conseguire con il ricorso d'urgenza.

Viene di regola ammesso il ricorso a tale provvedimento d'urgenza per le ipotesi di frode del beneficiario, riliandosi che l'irrevocabilità e l'indipendenza della lettera di credito rispetto al rapporto contrattuale sottostante non possono spingersi, anche per un principio di ordine pubblico, fino a coprire il dolo, la frode o la malafede del beneficiario,¹²⁸ ma si sottolinea che la frode dev'essere manifesta, ossia resa evidente da prove che la giurisprudenza del nostro paese ha definito come "liquide", ossia di immediata acquisizione e valutazione da parte del giudice.

Il punto è stato affrontato in prevalenza in relazione alla escussione di garanzie "*a prima richiesta*" (assimilabili alle lettere di credito sotto il profilo dell'autonomia) e le nostre Corti hanno di regola¹²⁹ chiesto l'esistenza di una prova certa della malafede del beneficiario, ammettendo però con una certa larghezza i riscontri offerti dalla parte istante (come la mancanza di contestazioni genuine sollevate dal beneficiario, oppure le risultanze contenute in una consulenza tecnica).

Vanno poi segnalate recenti pronunce che sembrano lasciar intravedere un atteggiamento di sostanziale apertura, sia sotto il profilo della necessità di una condotta in senso stretto fraudolenta da parte del beneficiario, sia con riguardo alla possibilità di chiedere la concessione di un provvedimento di inibitoria anche in relazione ad ipotesi in cui l'emittente provi non già la condotta maliziosa della

¹²⁷ Tribunale Bologna, 26 settembre 1994, *Tecnotour c. Lindqvist Automation GmbH*

¹²⁸ Pretura Livorno, 14 marzo 1989, *Cifra c. Barberis Med Yard Ltd.*

¹²⁹ Appello Genova, 2 febbraio 2006; Tribunale Genova 12 novembre 2001, *Ansaldo Energia c. Sanpaolo Imi*; Cassazione 1 ottobre 1999, n. 10864, *Centroverde c. Cons. Agr. Prov. Torino*

propria controparte, bensì l'esistenza di un grave e vistoso inadempimento da parte di quest'ultimo.

Nel primo senso si registra ad esempio una recente sentenza della Cassazione¹³⁰ che ha affermato che in caso di garanzia a prima richiesta e senza eccezioni qualora esistano prove evidenti del carattere "*fraudolento o anche solo abusivo*" della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario il garante può (e deve) rifiutare il pagamento; la ammissibilità del ricorso *ex* articolo 700 c.p.c. per l'ipotesi che la richiesta di escussione della garanzia venga fatta dal beneficiario che sia gravemente inadempiente e non legittimato a conseguire le somme richieste è stata poi affermata anche in qualche decisione di merito.¹³¹

Particolarmente dettagliata è un'ordinanza del Tribunale di Mantova¹³² che ha affermato che è consentito inibire su istanza del debitore ordinante il pagamento "*non potendo estendersi, anche per motivi di ordine pubblico, l'irrevocabilità dell'apertura di credito e l'indipendenza della medesima rispetto al rapporto causale sottostante, sino a coprire il dolo, la frode o la malafede del beneficiario*".

Resta da evidenziare che la giurisprudenza italiana ha talora interpretato ed applicato con una certa benevolenza anche i requisiti della imminenza ed irreparabilità del danno cui è esposto l'emittente, ritenendo che sussista lo spazio per il ricorso *ex* articolo 700 c.p.c. qualora ricorra una situazione di difficoltà finanziaria del beneficiario, o risulti gravoso per l'ordinante recuperare la somma oggetto della garanzia o della lettera di credito, soprattutto allorquando ciò imponga un'azione giudiziaria all'estero.¹³³

c) la deroga per accordo delle parti

¹³⁰ Cassazione 18 marzo 2006, n. 5997, *Pavan S.p.a. Banca Nazionale del Lavoro S.p.a.*

¹³¹ Tribunale Venezia, 20 dicembre 2001, *Turkish Marmara Lines Ltd. c. Blue Island Shipping*; Tribunale Verona, 20 maggio 2001, *Peroni Pompe c. Banca Pop. Luino e Varese*

¹³² Tribunale Mantova 7 marzo 1996, *Marcegaglia c. Samsung Italia*.

¹³³ Tribunale Vicenza, 10 luglio 2001, *Peroni Pompe c. Banco Ambrosiano Veneto*; Tribunale Genova, 24 settembre 2001 *Ansaldo energia c. Soc. Sanpaolo Imi*; Tribunale Modena, 24 marzo 1998, *New Holland Italia c. Credito Italiano*

L'ultima eccezione al principio dell'autonomia può ricorrere infine laddove le parti pattuiscano in modo espresso una deroga. Ciò può accadere in particolar modo nelle istruzioni di apertura del credito: così, ad esempio, in un caso¹³⁴ le parti avevano espressamente pattuito che il 90% del prezzo fosse pagabile con lettera di credito, ma era offerta al compratore la possibilità, entro 60 giorni dal completamento dello sbarco della merce, di eccepire la presenza di eventuali vizi e difformità. In tal caso il saldo del 10% non sarebbe stato dovuto ed il compratore avrebbe avuto diritto a trattenere la somma ancora dovuta.

8. Modalità e termini di emissione della lettera di credito e conseguenze dell'inadempimento del compratore

Le modalità ed il termine entro cui va emessa la lettera di credito sono di regola contemplati nel contratto di vendita, ed un aspetto che può dare adito a contenziosi è costituito dal rapporto tra le pattuizioni contenute nel contratto di vendita e le condizioni previste nel credito documentario, in quanto può accadere che siano non del tutto coincidenti. Può trattarsi di una discrepanza fortuita, della quale le parti del contratto non hanno tenuto conto, oppure di un'effettiva e consapevole revisione delle intese raggiunte e consacrate nel contratto di vendita: in ogni caso, le diverse indicazioni eventualmente contenute nella lettera di credito prevalgono (di regola) su quelle presenti nel contratto di vendita.¹³⁵

Situazioni di una certa complessità possono sorgere in particolare con riguardo al termine previsto nel contratto di vendita per la consegna, in quanto esso può rivelarsi incompatibile con la lettera di credito:¹³⁶ quest'ultima prevede infatti di regola una data di caricazione, con la conseguenza che qualora venga presentata una polizza recante una data successiva rispetto a quella prevista la banca emittente o confermante può rifiutare il pagamento (e questo spiega la forte diffusione del fenomeno delle polizze "antidatate").

¹³⁴ *Cooperative Centrale Raffeißen-Boerenleebank BA v. Sumitomo Bank Ltd. (The Royan)* (1988).

¹³⁵ *Ficom S.A. v. Sociedad Cadex Limitada* (1980); *Shamsher Jute Mills Ltd. v. Sethia (London) Ltd.* (1987)

¹³⁶ *Cereal Investment v. EDF Man Sugar* (2007)

Le problematiche sorte nella pratica in relazione alle modalità di apertura del credito documentario e di adempimento delle obbligazioni assunte dalle banche coinvolte hanno dato vita ad una casistica estremamente nutrita, ed è opportuno soffermarsi su alcuni dei principi di carattere generale esistenti nei sistemi di *common law* e nel nostro ordinamento.

Un primo aspetto di rilievo è costituito dall'individuazione del momento entro il quale il venditore può legittimamente chiedere l'emissione della lettera di credito.

È evidente che il venditore ha interesse ad avere quanto prima possibile certezza della apertura del credito: il venditore FOB ha la necessità di far sì che la lettera di credito sia aperta prima della caricazione, poiché in caso contrario (intervenendo in un momento in cui si è già realizzata la consegna e la merce è stata posta a bordo della nave noleggiata dal compratore) esso si troverebbe in una posizione vulnerabile avendo perso il controllo sulla merce; nel caso di contratti CIF, CFR o con INCOTERMS del gruppo D il venditore invece deve sincerarsi che il termine per l'apertura della lettera di credito sia antecedente alla data prevista per la nomina della nave, per evitare che la lettera di credito sia successiva al momento in cui viene stipulato il contratto trasporto della merce e viene versato il nolo.

Il termine per l'apertura del credito è dunque di regola frutto di una negoziazione tra le parti che contempera interessi contrapposti.

Qualora sia prevista una data precisa per l'apertura del credito essa è tassativa e va rispettata a pena di risoluzione del contratto (integrando una vera e propria *condition*). Se il contratto invece non contempla una data specifica, ma richiede un'emissione immediata, per la legge inglese il compratore deve agire con la tempestività richiesta al soggetto che agisce con l'ordinaria diligenza, ed analogo parametro viene adottato per le ipotesi che il contratto contenga previsioni generiche con riguardo al termine per l'emissione della lettera di credito, quali ad esempio "*within a few weeks*".

Qualora il contratto sia invece del tutto silente con riguardo al termine entro il quale va aperta la lettera di credito, la posizione in *common law* non è univoca. Non vi è alcun dubbio che il credito vada aperto al più tardi entro il primo giorno previsto per la caricazione da

parte del venditore. Vi sono tuttavia pronunce contrastanti riguardo alla necessità che l'ordinante garantisca un ragionevole lasso di tempo tra l'apertura ed il primo giorno previsto per la caricazione, o se invece l'operazione possa essere perfezionata il giorno stesso previsto per la consegna della merce.

Nel noto caso *Sinason Oilcakes*¹³⁷ la Corte ha optato per la prima impostazione, evidenziando che “*if nothing is said about time in the contract, the buyer must provide the letter of credit within a reasonable time before the first date for shipment*”, ma l'opinione non è unanimemente condivisa: così, ad esempio¹³⁸ si è stabilito che in mancanza di una data precisa prevista in contratto la lettera di credito possa essere aperta anche immediatamente prima dell'inizio del periodo previsto per la caricazione, ossia “*prior to the earliest permissible shipping date*”

Un ulteriore aspetto rivelatosi foriero di contenziosi è costituito dalle conseguenze nascenti dalla mancata apertura del credito, o del mancato rispetto delle previsioni contenute nel contratto di vendita con riguardo alla tipologia della lettera di credito. L'orientamento della giurisprudenza inglese è ormai consolidato nel senso che l'apertura della lettera di credito è una *condition precedent*, vale a dire un'obbligazione che va necessariamente adempiuta da parte del compratore perché sorga l'obbligo del venditore di consegnare la merce, con la conseguenza che in caso di mancata emissione della lettera di credito il venditore può legittimamente astenersi dall'adempimento e chiedere che venga dichiarata la risoluzione del contratto.

Il punto è evidenziato con estrema chiarezza in due pronunce piuttosto recenti,¹³⁹ ed in particolare nel caso *Kronos v. Sempra* nel quale il Giudice Chambers ha indicato gli elementi costitutivi del credito documentario, evidenziando che:

¹³⁷ *Sinason-Teicher Corp v Oilcakes* (1954). Tale approccio è stato condiviso in secondo grado da Lord Denning, che ha evidenziato che “*the correct view is that, if nothing is said about time in the contract, the buyer must provide the letter of credit within a reasonable time before the first date for shipment*”.

¹³⁸ *Ian Stach Ltd. v. Baker Bosley Ltd.* (1958)

¹³⁹ *Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organization for International Commerce (Lorico)* (1997); *Kronos Worldwide Ltd v. Sempra Oil Trading S.A.R.L* (2003)

“the provision for the opening of the letter of credit operates in two distinct ways. First it operates as a condition precedent to the obligation of the seller to load the cargo. Second, it operates as an obligation that the buyer has undertaken to perform and for the breach of which he is liable in damages”.

Laddove la lettera di credito non venga emessa entro il termine pattuito o con le modalità concordate il venditore risulta pertanto esonerato da ogni obbligo, anche qualora l'inadempimento del compratore sia incolpevole,¹⁴⁰ a meno che (naturalmente) il venditore non si sia a sua volta reso inadempiente con riguardo ad una *condition precedent* rispetto all'apertura del credito, ossia abbia con la propria condotta impedito o ritardato l'apertura del credito.

Un caso recente¹⁴¹ ha permesso di riesaminare la posizione della giurisprudenza inglese in merito alla relazione esistente tra previsioni contenute nel contratto di vendita e nella lettera di credito.

Parte venditrice ha sostenuto che il contratto di vendita fosse privo di effetto, poiché non era stata emessa la prevista lettera di credito, e non si era dunque verificata la *condition precedent*. Nel giudizio innanzi alla High Court si è tuttavia ha affermato a chiare lettere che l'apertura di una valida lettera di credito è effettivamente una *condition precedent* perché sorga l'obbligo del venditore di consegnare la merce, ma ciò non determina in alcun modo la sospensione dell'efficacia di un contratto di vendita stipulato tra le parti, contratto che dunque comincia immediatamente a produrre i suoi effetti.

Accade spesso poi che il venditore tolleri un ritardo nell'apertura del credito, accordando al compratore una proroga al fine di evitare una risoluzione che potrebbe rivelarsi particolarmente dannosa in una situazione di mercato in forte ribasso.

Si apre in tal caso una fase delicata, nella quale il venditore deve avere cura di tenere una condotta che non implichi un'accettazione tacita dell'inadempimento della controparte, con conseguente perdita del diritto di dichiarare la risoluzione. E' necessario in particolare che il venditore segnali immediatamente il ritardo, fissando un termine

¹⁴⁰ *Lindsay & Co. Ltd. v. Cook (1953)*

¹⁴¹ *Vitol Sa c. Conoil (2009)*

perentorio per l'emissione della lettera di credito ed evidenziando che un'eventuale nuova violazione determinerà la risoluzione del contratto.

La giurisprudenza (soprattutto nei paesi di *common law*) tende di regola in questi casi ad esaminare con attenzione l'intero complesso delle trattative e delle intese, inclusa tutta la corrispondenza, e qualora risulti che il beneficiario ha ripetutamente acconsentito ad un ritardo nell'emissione della lettera di credito esso rischia di perdere il diritto ad eccepire l'inadempimento. Per evitare un simile rischio è possibile prevedere pattuizioni, note come "*waiver clauses*", con le quali le parti si danno espressamente atto che l'eventuale rinuncia ad agire immediatamente e chiedere la risoluzione del contratto qualora si verifichi un ritardo o un inadempimento non pregiudica tale diritto e la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni qualora lo stesso inadempimento si verifichi nuovamente.

Si è evidenziato sopra che il pagamento mediante lettera di credito è una delle modalità con cui le parti possono concordare che abbia luogo il versamento del prezzo. Ne consegue che qualora l'emissione della lettera di credito non abbia luogo, dal momento che il credito documentario costituisce una semplice opzione lasciata alla scelta della parti, e non invece una "*exclusive source of payment*", il venditore conserva naturalmente il diritto di esigere il pagamento del prezzo. Il punto è stato analizzato nel caso *Alan & Co. v. El Nasr*¹⁴² in cui la Corte ha chiarito che la mancata esecuzione del pagamento secondo le modalità convenute (nel caso in esame mediante lettera di credito confermata ed irrevocabile), non esonera il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo: il venditore in tal caso non può optare a piacimento per l'uno o l'altro sistema di pagamento, ma è legittimato a pretendere il pagamento direttamente dal compratore qualora la banca emittente non sia stata in grado, per qualunque ragione, di provvedere al pagamento del prezzo di vendita contro la presentazione dei documenti indicati.¹⁴³

¹⁴² *W.J. Alan & Co. Ltd. v. El Nasr Export & Import Co.* (1972)

¹⁴³ *Newman Industries Ltd. v. Indo-British Industries Ltd.* (1956)

CAPITOLO 5

L'ASSICURAZIONE DELLA MERCE

1. La copertura assicurativa della merce negli Incoterms e nella prassi del commercio internazionale

La copertura assicurativa della merce è un momento di rilievo nell'esecuzione di un contratto di vendita internazionale di *commodities*, poiché la merce trasportata è esposta a rischi di contaminazione, bagnamento (da acqua piovana o marina), frammischiamento, o perdita totale nel caso di danneggiamenti di particolare gravità, o di affondamento o perdita del mezzo che trasporta il carico.

E' essenziale pertanto che le parti del contratto stabiliscano in modo chiaro se una di esse è tenuta alla stipulazione della copertura assicurativa, e determinino in tal caso quale sia la tipologia e l'estensione dell'assicurazione, tenendo conto altresì della eventualità (non infrequente) che nei paesi di origine della merce vigano restrizioni legislative o valutarie (di regola ispirate all'obiettivo di favorire il mercato assicurativo locale) che impongono il ricorso a compagnie di assicurazione aventi sede nel paese del venditore.

Come noto, gli Incoterms non prevedono sempre l'obbligo di una delle parti di stipulare la copertura assicurativa: esso è previsto infatti in capo al venditore solo in due clausole del gruppo C, ossia nelle clausole CIP (Carriage and Insurance Paid to) e CIF (Cost Insurance and Freight).

Qualora la stipulazione del contratto di assicurazione sia richiesta al venditore per effetto del richiamo ad un Incoterm, la copertura va stipulata con assicuratori di buona reputazione e, salvo diverso accordo espresso tra le parti, dev'essere corrispondente ad una copertura minima.

La clausola CIF degli Incoterms ed. 2000 al punto A3b recita infatti: *The insurance shall be contracted with underwriters or an insurance company of good repute and, failing express agreement to the contrary, be in accordance with minimum cover of the Institute Cargo Clauses (Institute of London Underwriters) or any similar set of clauses.*

Tale previsione è in effetti spesso sottovalutata, poiché accade sovente che l'acquirente ritenga di disporre di una copertura assicurativa sufficientemente estesa per effetto del solo richiamo alla clausola CIF, mentre la copertura cui è tenuto in tal caso il venditore, corrispondente alle ICC (C) si estende ai soli sinistri di particolare gravità, senza includere di regola i danni parziali alla merce (con la conseguenza che sinistri di entità anche estremamente rilevante che però non determinano la perdita totale della merce possono essere sforniti di copertura assicurativa).

Alcune problematiche particolari possono sorgere qualora il pagamento del prezzo avvenga con lettera di credito e questa richiami le UCP 600, poiché queste stabiliscono¹⁴⁴ che non sono accettate le *cover notes*, e che mentre una polizza di assicurazione può essere accettata in luogo di un certificato di assicurazione, non vale l'inverso. La logica di tale esclusione si spiega alla luce del fatto che la polizza è il documento che riporta integralmente i termini di copertura e le pattuizioni del contratto di assicurazione, mentre il certificato contiene solo un semplice richiamo alla polizza, e può ingenerare dubbi ed equivoci in merito all'effettiva estensione della copertura assicurativa.

Qualora il credito richieda una copertura assicurativa pari al 110% del valore della merce, le UCP 600 stabiliscono in modo espresso che l'assicurazione debba essere prestata per "minimo 110%": tale precisazione è stata ritenuta necessaria per eliminare le discussioni sorte in passato nel caso di presentazione di polizze o certificati di assicurazione indicanti una copertura assicurativa per un importo superiore rispetto a quanto richiesto dal credito, poiché (sebbene si trattasse di fatto di una garanzia ulteriore per il beneficiario) la rispondenza di tali documenti alle condizioni previste nella lettera di credito aveva dato luogo ad eccezioni e contestazioni.

E' possibile naturalmente che il compratore preferisca curare personalmente la stipulazione della copertura assicurativa; in tal caso le parti possono propendere ad esempio (nell'ambito di un Incoterm del gruppo C) per una vendita con resa CFR: tale scelta può essere in particolare opportuna qualora il venditore proponga l'assicurazione della merce con soggetti di dubbia solvibilità ed affidabilità, o con sede in paesi nei quali può essere complesso o costoso agire in

¹⁴⁴ Come già accadeva peraltro con le UCP 500

giudizio per il recupero dell'indennizzo assicurativo.

Antitetica rispetto alla vendita CIF è, come noto, la posizione nella vendita FOB, nella quale è il compratore che provvede alla copertura assicurativa (e parte venditrice non ha obblighi particolari con riguardo al contratto di assicurazione).

Naturalmente la prassi conosce numerose soluzioni intermedie e più variegate. Non è infrequente in particolare il ricorso a polizze definite "*contingency*", destinate ad entrare in gioco solo qualora la copertura principale non opera, attraverso un meccanismo che offre una tutela per la parte che, pur non essendo più titolare dell'interesse assicurabile (avendo perso la proprietà della merce venduta, e non essendo esposta ai rischi di perdita o danneggiamento nel corso del trasporto) si trova comunque esposta ad un pregiudizio in caso di sinistro. Tali coperture offrono in sostanza un'assicurazione sussidiaria, per l'eventualità che il primo assicuratore rifiuti di corrispondere l'indennizzo, oppure la copertura esistente sia parziale o non adeguata, e rispondono all'esigenza del venditore di non vedere pregiudicata la possibilità di conseguire il pronto e completo pagamento del prezzo qualora si verifichi un evento dannoso.

I contratti di vendita e di assicurazione possono poi contenere numerose prescrizioni volte a circoscrivere o limitare il rischio di eventi dannosi, e tra queste particolare rilievo hanno le previsioni aventi ad oggetto la scelta del vettore, stabilendosi ad esempio che il vettore scelto dal venditore deve avere il gradimento del compratore (e del suo assicuratore) o che il trasporto venga eseguito con una nave che abbia un limite massimo di età.

Frequente nei contratti di assicurazione merci è il ricorso alla "Institute Classification Clause", che subordina la copertura assicurativa all'esecuzione del trasporto su navi elencate in speciali registri (quali il Lloyd's Register of Shipping, il Bureau Veritas, l'American Bureau of Shipping, il Germanischer Lloyd, il Norske Veritas, ed il RINA, ossia il Registro Navale Italiano), nei quali le navi vengono iscritte per ottenere una determinata classificazione in base alle caratteristiche tecniche e allo stato di navigabilità, dopo aver subito visite e controlli secondo un criterio di valutazione che le suddivide in classi secondo le varie tipologie, il diverso grado di efficienza e le fasce di età. Il rispetto degli standards certificati nel registro viene poi assicurato attraverso visite annuali e quadriennali ai motori, ai mezzi di sollevamento, alle strutture.

2. Le previsioni contenute nei principali formulari di vendita di *commodities*

Numerosi dei formulari e contratti-tipo per la vendita di *soft commodities* contengono una disciplina che pone a carico delle parti obblighi precisi con riguardo alla copertura assicurativa, e si discosta in modo anche significativo dallo schema delineato negli INCOTERMS.

Si pensi per esempio ai contratti GAFTA, che richiamano i termini e le condizioni di assicurazione indicati in un apposito formulario (il n. 72), che delinea in dettaglio la tipologia di copertura richiesta alla parte che provvede a stipulare il contratto di assicurazione; analogamente i contratti FOSFA richiamano le Institute FOSFA Trade Clauses, predisposte dall'Institute of London Underwriters.

Le *Insurance Clauses* contenute nei contratti in esame riflettono evidentemente la consapevolezza dell'importanza cruciale che assume la copertura assicurativa dei rischi del trasporto al fine di garantire che il contratto abbia regolare esecuzione anche qualora si verificino danni alla merce. Il punto è particolarmente evidente nella *insurance clause* contenuta nei formulari GAFTA e FOSFA relativi a vendite a condizioni FOB, che prevedono espressamente che il compratore si impegna a stipulare il contratto di assicurazione prima dell'inizio delle operazioni di caricazione della merce e a darne notizia al venditore; quest'ultimo ha diritto di intervenire in caso di inerzia di parte acquirente nell'apprestare idonea copertura assicurativa, stipulando la copertura "*at Buyers' risk and expense*".

Tale previsione si differenzia nettamente dal contenuto tipico della vendita FOB delineato negli INCOTERMS, dove non si fa alcun cenno ad una simile concertazione tra le parti,¹⁴⁵ e si spiega evidentemente alla luce della considerazione che l'eventuale mancata copertura assicurativa della merce fa sì che, in caso di perdita o danneggiamento durante il trasporto, il compratore può essere più riluttante a versare il prezzo, o trovarsi nella materiale impossibilità di corrisponderlo, avendo perduto la possibilità di rivendere sul proprio mercato la merce acquistata. Si contempla dunque un

¹⁴⁵ Al contrario, in presenza di una vendita FOB gli INCOTERMS 2000 prevedono espressamente al paragrafo A 10 che è il venditore che deve fornire al compratore, se questi lo richiede, le informazioni necessarie per consentirgli di assicurare la merce.

meccanismo che permette al venditore di prevenire tali rischi, sostituendosi al compratore nella stipulazione del contratto di assicurazione.

I formulari GAFTA e FOSFA contengono inoltre una previsione (di regola inserita nella clausola che individua i documenti che parte venditrice è tenuta a consegnare al compratore)¹⁴⁶ che garantisce che la parte tenuta a stipulare la copertura dia prova adeguata della conclusione del contratto di assicurazione, e metta la propria controparte in condizione di ricevere l'indennizzo in caso di avaria o danno causato da un rischio coperto. Un meccanismo simile è rinvenibile alla clausola 12 del contratto INCOGRAIN 13 FOB che, dopo aver previsto che il compratore è responsabile per l'assicurazione della merce presso compagnia "*de premier ordre*" prevede che il venditore possa chiedere la prova della copertura assicurativa prima di procedere alla caricazione.

La disciplina contenuta in numerosi dei formulari amplia dunque in modo significativo gli obblighi del venditore relativi alla copertura assicurativa, obblighi che sarebbero, come detto, ridotti al minimo in mancanza di pattuizione specifica sul punto.

Un aspetto piuttosto controverso è poi costituito dal richiamo, contenuto in alcuni formulari, relativo alla stipulazione del contratto con compagnie di assicurazione che hanno la propria sede nel Regno Unito.

La previsione contenuta nei contratti GAFTA, ad esempio, stabilisce che la copertura va stipulata con "*first class underwriters and/or companies who are domiciled in the UK or for the purpose of any legal proceedings accept a British domicile and provide an address for service of process in London*".

E' dubbio se tale previsione implichi un obbligo a carico della parte tenuta a stipulare il contratto di assicurazione di garantire che esso sia soggetto a legge e giurisdizione inglese: il punto è stato affrontato in modo specifico in due casi, ed è stato oggetto di decisioni antitetiche.

¹⁴⁶ Si veda ad esempio la clausola 14 *Shipping Documents* del contratto GAFTA 100 CIF

Nel primo caso¹⁴⁷ la Corte ha ritenuto che la previsione va letta nel senso che essa richiede l'assoggettamento del contratto di assicurazione alla legge ed alla giurisdizione inglese, e che dunque qualora il contratto non contenga un simile richiamo, o questo sia contestato dagli assicuratori, ricorre una violazione della Insurance Clause.

Più di recente il punto è stato nuovamente analizzato (e risolto in modo opposto) nel caso *Evialis v. Siat*,¹⁴⁸ nel quale si è escluso che la previsione contenuta nel contratto GAFTA possa interpretarsi nel senso di attribuire una giurisdizione esclusiva delle corti inglesi, lasciando dunque aperta la possibilità di radicare anche altrove eventuali contenziosi nascenti dal contratto di assicurazione.

3. I capitolati elaborati dal mercato inglese: le Institute Cargo Clauses

L'assicurazione dei rischi del trasporto delle merci vede con frequenza ormai estrema il ricorso a formulari elaborati dal mercato assicurativo inglese, che sono divenuti i modelli contrattuali di riferimento, e possono essere impiegati in abbinamento con capitolati italiani (determinando talora problemi di interpretazione ed applicazione congiunta dei testi, che possono avere previsioni confliggenti) o in via esclusiva.

La fortuna di tali di tali formulari si spiega alla luce della necessità, per gli operatori del mondo assicurativo, di disporre di - e far riferimento a - testi noti e collaudati, che riducono incertezze e problemi di interpretazione. Non va trascurato poi che l'assicurazione dei rischi del trasporto per definizione implica l'assunzione di rischi significativi ed espone inoltre l'assicuratore a complesse problematiche in sede di rivalsa (che può risultare del tutto insoddisfacente allorquando il vettore sia soggetto privo di adeguata solvibilità, oppure possa invocare con successo cause di esonero di responsabilità o significative limitazioni al risarcimento), e tale stato di cose rende opportuna una ripartizione del rischio attraverso meccanismi riassicurativi, ed il mercato inglese è tradizionalmente quello di riferimento nel settore della riassicurazione.

¹⁴⁷ *Glocom Limited v. Eagle Star Reinsurance Co Ltd* (1996)

¹⁴⁸ *Evialis SA v. S.I.A.T* (2003).

I formulari ormai invalsi nella prassi operativa nell'ambito dell'assicurazione delle merci trasportate sono senza dubbio le Institute Cargo Clauses, elaborate dall'Institute of London Underwriters.

La versione tuttora maggiormente impiegata delle ICC Clauses è quella risalente al 1983, è stata tuttavia adottata nel 2009 una nuova versione delle ICC che apporta alcune modifiche di un certo peso, volte ad offrire all'assicurato una copertura più estesa.

L'elemento che caratterizza di tali formulari è costituito dal fatto che essi operano tendenzialmente (per le polizze *all risks*) come strumenti per la copertura di una universalità di rischi, circoscrivendo l'ambito di copertura attraverso alcune specifiche ipotesi di esclusione. Tale impostazione ha un'immediata ricaduta con riguardo agli oneri probatori che gravano sull'assicurato, poiché l'assicurato è tenuto semplicemente a provare il ricorso di un danno alle cose assicurate che sia in linea di principio riconducibile ad un rischio assicurato, e dare inoltre la prova che l'evento dannoso si sia verificato nell'ambito spaziale-temporale di copertura.¹⁴⁹

Grava invece sull'assicuratore fornire la prova che si sia verificato uno dei rischi espressamente esclusi, o che ricorre una delle esclusioni previste nella polizza, con l'ulteriore conseguenza che in difetto di tale prova il danno è coperto e l'indennizzo va corrisposto all'assicurato.¹⁵⁰

La copertura assicurativa più estesa è data dalle ICC (A). Un ambito di copertura significativamente più ristretto viene invece garantito con i clausolari ICC (B) e ICC (C).

Le ICC (A) corrispondono ad una copertura assicurativa definita nella prassi come "*all risks*", definizione che (sebbene per certi versi fuorviante, in quanto può indurre erroneamente a ritenere che la copertura assicurativa operi in relazione a tutti i rischi ipotizzabili, senza limitazioni o esclusioni di sorta) rappresenta la circostanza che l'ambito di estensione della copertura assicurativa offerta è tendenzialmente quanto più estesa possibile.

¹⁴⁹ Tribunale Milano, 11 ottobre 1993 *Cimolai c. Riunione Adriatica Sicurtà*; Appello Milano, 6 giugno 1995, *Riunione Adriatica Sicurtà c. Cimolai*

¹⁵⁰ Tribunale Genova, 17 aprile 1990, *Anglowood ltd. c. Italia Assicurazioni*; Appello Firenze, 9 marzo 1984, *Conceria La Pernice c. Generali*

Pur essendo piuttosto estese, le ICC (A) prevedono però come detto esclusioni significative, in quanto la copertura ad esempio non opera in relazione a perdite o danni determinati da un vizio proprio della merce (*inherent defect*), o dall'inadeguatezza dell'imballaggio e della preparazione della merce per il trasporto, o dal ritardo nell'esecuzione del trasporto.

Parimenti non coperti (con esclusione che può rilevarsi particolarmente pesante) sono i danni derivanti da dolo o colpa grave del contraente, assicurato o di loro rappresentanti, nonché dolo dei rispettivi dipendenti, i danni indiretti (come quelli dovuti al ritardo) ed i danni nascenti da insolvenza o difficoltà finanziarie del proprietario, dell'armatore, noleggiatore o gestore della nave.

Le ICC (B) delimitano invece la copertura assicurativa con il sistema dei rischi nominati, attraverso l'indicazione dei rischi coperti e dei rischi esclusi. I primi possono suddividersi in tre gruppi: per il primo si stabilisce che il danno o la perdita sia "ragionevolmente attribuibile a..."; per il secondo gruppo si prevede invece che il danno o la perdita deve essere "causato da...." (deve trattarsi cioè della causa effettiva o predominante del sinistro); per il terzo gruppo si dispone invece la copertura della perdita totale di ogni collo intero o caduto fuori bordo durante le operazioni di carico e scarico.

Le ICC (C) riducono ulteriormente la copertura delle ICC (B) escludendo alcuni rischi quali: terremoto, eruzione vulcanica, fulmine, asporto fuori bordo, entrata di acqua di mare, lago o fiume nella nave, battello, stiva, veicolo, contenitore, elevatore o luogo di deposito, ecc.

E' possibile naturalmente che le parti ritengano di ampliare la portata e l'estensione della copertura in relazione a fattispecie ed ipotesi particolari: in tal caso è tuttavia imperativo che l'estensione avvenga con formulazioni sufficientemente chiare da consentire di affermare senza equivoci che la copertura è stata estesa anche a fattispecie escluse.¹⁵¹

Le ICC clauses vengono di regola richiamate nell'ambito di coperture assicurative realizzate con polizze a viaggio, nelle quali la copertura viene prevista in relazione ad un singolo viaggio. L'ambito spaziale può essere limitato al solo trasporto marittimo, oppure (in presenza

¹⁵¹ *Coven S.p.a. v Hong Kong Chinese Insurance Co. (1999).*

di una clausola di estensione definita “*warehouse to warehouse*”) estendersi a tutte le fasi del trasporto e della movimentazione della merce successivamente alla fuoriuscita dallo stabilimento del venditore e fino all’arrivo presso il deposito dell’acquirente.

4. La nuova edizione 2009 delle ICC

E’ stata come detto adottata nel corso del 2009 una nuova edizione delle ICC, che ha apportato alcune modifiche ed integrazioni di un certo peso in relazione ad alcune delle classiche esclusioni di copertura.

4.1 Inadeguatezza dell’imballaggio o della preparazione della merce per il trasporto

L’esclusione di copertura connessa al difetto di imballaggio e di preparazione della merce per il trasporto, contenuta alla clausola 4.3, è da sempre una delle più frequenti cause di esclusione della copertura, e può rivelarsi particolarmente penalizzante per l’assicurato allorquando resti estraneo (come del resto accade di regola qualora sia il ricevitore-acquirente) alle varie fasi della preparazione della merce in vista del trasporto. La *ratio* della esclusione evidentemente risiede nella necessità di sollecitare l’attenzione da parte dell’assicurato e/o del contraente nella fase della preparazione della merce antecedente al trasporto, affinché siano adottate le misure di *loss prevention* indispensabili per evitare che le sollecitazioni fisiologiche connesse al trasporto si traducano inevitabilmente in danni e rotture, ed il rischio di un evento dannoso divenga in realtà una certezza.

Nell’edizione 2009 delle ICC l’esclusione ricorre solo qualora la merce venga imballata e/o preparata dall’assicurato o dai dipendenti di quest’ultimo (ovvero qualora l’imballaggio/preparazione sia stato realizzato prima dell’inizio della copertura). Si tratta di una modifica di indubbio favore per l’assicurato, poiché le conseguenze dell’esclusione in esame nel testo delle ICC ‘82 possono essere gravi e penalizzanti.

4.2 Danni da ritardo

In relazione a tale classica esclusione non viene più posta la condizione che i danni siano in relazione “prossima” con il ritardo, attraverso l’eliminazione della espressione *proximately* alla clausola

4.5. Il ritardo come causa di danno è quindi ora genericamente escluso, senza più necessità di accertare la relazione di “prossimità” fra danno e ritardo. La modifica è stata apportata al fine di evitare l’insorgere di controversie e dubbi relativi all’interpretazione da attribuirsi al termine *proximately*: si tratta in effetti di una previsione che può dar luogo ad incertezze, ingenerando in particolare il dubbio se il termine debba intendersi riferito alla causa prevalente sotto il profilo causale, oppure faccia riferimento alla causa più prossima sotto il profilo strettamente cronologico.

4.3 Danni connessi allo stato di insolvenza o dissesto finanziario

Un’ulteriore esclusione classica delle ICC, anch’essa drastica e dagli effetti spesso dolorosi per l’assicurato, è quella relativa ai danni o ai costi derivanti dallo stato di dissesto o insolvenza e/o difficoltà finanziaria di “*owners, managers, charterers or operators*” della nave.

Qui la formulazione delle ICC 1982 è stata sostituita con il *wording* delle *Institute Commodity Trades Clauses 83*, sicuramente più favorevoli all’assicurato: l’esclusione ricorre solo per l’eventualità che l’assicurato sia stato a conoscenza (o sia stato ragionevolmente in grado di conoscere) l’esistenza di situazioni di difficoltà sotto il profilo finanziario da parte dell’armatore tali da impedire o rendere più complesso il normale svolgimento del viaggio.

L’esclusione in esame non opera poi per l’eventualità che la polizza venga trasferita ad un terzo in buona fede, recependo obiezioni da tempo sollevate in dottrina, che aveva segnalato in particolare come gli effetti di tale esclusione fossero particolarmente gravi e vessatori per il soggetto subentrato in buona fede nel contratto di assicurazione. Si pensi in effetti al caso di vendita CIF, ed in particolare all’ipotesi di vendita in filiera, nella quale l’*intermediate seller* non ha di fatto alcun rapporto con la merce (e tantomeno con la nave e gli armatori), e si limita a ricevere documentazione e trasmetterla all’acquirente successivo nella filiera.

4.4 Esclusione per la innavigabilità della nave

Anche in relazione alla esclusione per *unseaworthiness* le variazioni sono state significative e di aperto favore per l’assicurato, con un’impostazione analoga a quella sopra vista per la *insolvency or*

financial default clause, prevedendo l'esclusione per la sola ipotesi che l'assicurato o i suoi dipendenti siano a conoscenza della innavigabilità o della inidoneità del mezzo di trasporto, e stabilendosi anche in questo caso che l'esclusione non opera in caso di trasferimento della copertura assicurativa a favore di terzo acquirente in buona fede del bene assicurato.

4.5 L'ambito di copertura spaziale e temporale; la "transit clause"

Significative sono le modifiche apportate alla cd. "transit clause", che ha incorporato e sostituito la clausola *warehouse to warehouse* presente nelle edizioni delle ICC precedenti al 1982.

La clausola 8 delle ICC 2009, ora preceduta dalla dicitura "Transit Clause", prevede in primo luogo che il trasporto ha inizio all'interno del magazzino (o del luogo di deposito) con la prima movimentazione delle merci, che viene dunque fatta rientrare in copertura purché essa sia strettamente e direttamente collegata alla caricazione sul mezzo da utilizzare per il trasporto assicurato.

Accade spesso nella pratica che l'ambito spaziale di copertura venga esteso alla movimentazione delle merci nell'ambito del magazzino che precede la caricazione, ma ciò avviene per effetto di una espressa pattuizione di polizza. La nuova edizione delle ICC 2009 rende non più necessaria tale estensione, poiché la formulazione della clausola "*from the time the goods leave the warehouse*" è stata mutata in "*from the time the subject matter insured is first moved in the warehouse.... for the purpose of the immediate loading*".

Quanto all'ambito spaziale e temporale di copertura, la copertura assicurativa ora termina, qualunque sia l'ipotesi che si verifichi per prima:

- o al completamento della fase di scarico nel magazzino finale o luogo di deposito nella località di destino indicata in polizza (8.1.1);
- o al completamento della fase di scarico presso qualsiasi altro magazzino o luogo di deposito in una località intermedia prima della destinazione indicata in polizza che l'assicurato o i suoi dipendenti scelgano per la giacenza non connessa all'ordinario corso del viaggio o per la distribuzione (8.1.2)
- o quando l'assicurato o i suoi dipendenti scelgano per la giacenza temporanea o non della merce assicurata un qualsiasi mezzo di

trasporto o convoglio o container (8.1.3)
o allo scadere di 60 giorni dal completamento della scaricazione dalla nave nel porto definitivo di sbarco delle merci assicurate in polizza (8.1.4).

5. L'assicurazione “per conto di chi spetta” e le polizze “di abbonamento”

Nell'assicurazione delle merci trasportate hanno larga diffusione due strumenti contrattuali che rispondono all'esigenza di garantire un meccanismo di copertura particolarmente agile e flessibile: la copertura “per conto di chi spetta” e le polizze di abbonamento.

La prima è caratterizzata dal fatto che l'assicurato non è determinato al momento del contratto, ma viene individuato sulla base della titolarità dell'interesse assicurato: viene pertanto individuato il soggetto esposto al rischio di perdita o danneggiamento del bene al momento in cui si è verificato il sinistro (ossia - di regola - il proprietario della merce) al fine di stabilire chi sia legittimato a ricevere l'indennizzo assicurativo.

L'assicurazione per conto di chi spetta è disciplinata all'art. 1891 c.c. che recita: «*se l'assicurazione è stipulata per conto altrui o per conto di chi spetta, il contraente deve adempiere gli obblighi derivanti dal contratto, salvo quelli che per loro natura non possono essere adempiuti che dall'assicurato*». Il secondo comma della disposizione aggiunge che i diritti derivanti dal contratto, spettano all'assicurato, e il contraente, anche se in possesso della polizza, non può farli valere senza espresso consenso dell'assicurato.

La disposizione chiarisce che nell'assicurazione per conto di chi spetta esiste una netta distinzione tra la figura del contraente, che è il soggetto che stipula la polizza, e dell'assicurato, che è il soggetto che subisce gli effetti dannosi del sinistro ed è legittimato dunque a ricevere l'indennizzo assicurativo.

La liquidazione del danno ed il versamento dell'indennizzo nelle polizze per conto vanno pertanto sempre necessariamente precedute dalla individuazione, da parte dell'assicuratore, del titolare dell'interesse assicurato, al fine di evitare che il versamento dell'indennizzo avvenga a favore di un soggetto non legittimato.

Le polizze cd. “di abbonamento” trovano anch’esse diffuso impiego nel settore della copertura dei rischi di perdita o avaria della merce trasportata, in quanto rispondono alle esigenze di soggetti che abbiano la necessità di munirsi di una copertura assicurativa con caratteri in continuità, garantendosi una copertura automatica delle merci esposte a rischio.

Tutte le spedizioni vanno segnalate mediante “bollettini di applicazione”, ognuno dei quali contiene gli elementi che identificano la partita. Nei casi in cui l’assicurato necessita di un documento assicurativo per una singola spedizione (ad esempio per esigenze di apertura di credito) l’assicuratore rilascia un certificato di assicurazione che fa riferimento alla polizza di abbonamento in essere. La durata del contratto è di norma annuale, con rinnovo automatico salvo disdetta; il premio può essere regolato di volta in volta oppure periodicamente, secondo le pattuizioni intervenute, a fronte di fattura riepilogativa delle applicazioni del periodo polizza sul fatturato industriale

Si tratta di una tipologia di copertura elaborata soprattutto per le aziende di tipo industriale o commerciale che, per omogeneità di trasporti e merce movimentata da mezzi di terzi, possono ottenere un tasso unico su tutto il fatturato da esse prodotto. Il meccanismo centrale della polizza di assicurazione in abbonamento è costituito dalla segnalazione all’assicuratore delle singole spedizioni, che avviene attraverso l’inoltro di comunicazioni note come “dichiarazioni di alimento”. Molto spesso poi tali polizze contengono una clausola “errori ed omissioni”, che permette la permanenza della copertura anche nel caso di involontarie dimenticanze o errori di segnalazione, a condizione tuttavia che con la stipula di tale polizza l’assicurato si impegni a dichiarare tutte le spedizioni oggetto della polizza stessa.

Le dichiarazioni di alimento contengono gli elementi che identificano la singola partita di merce oggetto del trasporto. E’ prevista la possibilità che l’assicuratore rilasci un certificato di assicurazione, che costituisce prova del contratto di assicurazione, e che può essere richiesto per esempio per esigenze di apertura di credito (laddove ad esempio il venditore a condizioni CIF o cip debba provare di avere provveduto alla stipulazione della copertura assicurativa).

In sostanza, la polizza è aperta, e da essa discendono una pluralità di accordi assicurativi, con l’obbligo di copertura di un rischio solo genericamente indicato.

Occorre peraltro fare una distinzione tra i casi in cui le parti abbiano assicurato tutti gli interessi rientranti in determinate categorie, quando cioè il rischio da potenziale diviene concreto (si tratta in tal caso dell'assicurazione in abbonamento obbligatoria) oppure abbiano previsto di assicurare solamente gli interessi che il contraente in base ad una valutazione discrezionale ritenga di dover coprire (assicurazione in abbonamento facoltativo). In tale secondo caso la dichiarazione di alimento determina il sorgere del rapporto assicurativo in ordine allo specifico interesse significato con la dichiarazione, nel momento in cui la dichiarazione medesima giunge a conoscenza dell'assicuratore; prima di tal momento, al rischio non corrisponde una copertura assicurativa¹⁵².

6. Coassicurazione e clausola di delega; l'assicurazione plurima

L'assicurazione delle merci trasportate vede molto spesso (in considerazione dell'elevato grado di rischio di danneggiamenti cui è esposta la merce, e degli ingenti valori in gioco) la presenza di coassicuratori che ripartiscono tra loro il rischio.

Ai sensi dell'art 1911 c.c. si ha "coassicurazione" quando la medesima copertura assicurativa viene ripartita tra più assicuratori per quote determinate, e ciascun assicuratore sia tenuto al pagamento dell'indennità solo in proporzione della rispettiva quota (anche se unico è il contratto sottoscritto da tutti gli assicuratori).

La giurisprudenza italiana ormai da tempo sostiene che la coassicurazione comporta la coesistenza di più rapporti assicurativi, nell'ambito dei quali ciascun assicuratore è titolare delle posizioni soggettive relative al proprio rapporto.¹⁵³ La coassicurazione implica dunque che il contraente-assicurato abbia rapporti con tutti i coassicuratori: le difficoltà, sotto il profilo operativo e di gestione del rapporto, che nascono da tale molteplicità di rapporti hanno fatto sì che nella prassi si ricorra frequentemente alla sottoscrizione di un unico contratto che contiene una c.d. "clausola di delega", con la

¹⁵² Cassazione Sez. I, 3 luglio 1991, n. 7300 *Siat Assicurazioni c. Soc. Adriatica di navigazione*; App. Venezia, 28 aprile 1988 *Soc. Adriatica di navigazione c. Siat*; Cassazione 12 giugno 1987, n. 5132 *De Cupis c. Vittoria Assicurazioni*

¹⁵³ Cassazione, Sez II, 2 febbraio 1994, n. 1998

quale i coassicuratori conferiscono ad uno solo di essi mandato di gestire per conto di tutti il rapporto con il contraente/assicurato.

Tale clausola di delega spesso è fonte di equivoci da parte dell'assicurato, che ritiene di avere un rapporto contrattuale con la sola delegataria. In realtà, i poteri di regola attribuiti alla delegataria sono solo quelli relativi alla "ordinaria gestione" del contratto assicurativo e alla liquidazione del danno, mentre la delegataria di polizza non ha la rappresentanza processuale degli altri coassicuratori. Ne deriva la necessità di notificare un atto di citazione a tutti i coassicuratori, ciascuno convenuto per la rispettiva quota di riparto¹⁵⁴ qualora sia necessario agire in giudizio per conseguire l'indennizzo assicurativo.

Più discusso è il punto relativo alla possibilità di interrompere la prescrizione *ex* articolo 2952 c.c con richieste di indennizzo inoltrate alla sola delegataria.

La posizione della Cassazione sul punto non è unitaria: la Corte ha ritenuto talora che le comunicazioni stragiudiziali e di reclamo indirizzate alla sola delegataria sono efficaci, sotto il profilo della interruzione dei termini di prescrizione, anche nei confronti dei coassicuratori,¹⁵⁵ ma con una recente sentenza la Suprema Corte ha dato invece convinta adesione all'orientamento più rigoroso, che esclude l'idoneità ad interrompere la prescrizione nei confronti di tutti i coassicuratori della lettera di reclamo e costituzione in mora trasmessa alla sola delegataria.¹⁵⁶

E' importante dunque che l'assicurato si sinceri in primo luogo dell'esistenza di un riparto di coassicurazione nel contratto di assicurazione stipulato per la copertura dei rischi del trasporto, ed abbia cura di inoltrare le comunicazioni previste in polizza per la segnalazione del danno e la richiesta di risarcimento a tutti i coassicuratori.

¹⁵⁴ Cassazione, 13 febbraio 1980, n. 1038; Tribunale Genova, 6 giugno 1990 Cons. Auton. Porto Genova c. Takebayashi Kisen Kaisa; Cassazione Sez. I, 1 febbraio 1994, n. 1008 Varese Assicurazioni c. Mazzocchi.

¹⁵⁵ Cassazione Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9469, SIAT Assicurazioni c. Soc. Gestione Industrie Confezioni

¹⁵⁶ Cassazione 28 gennaio 2005 n. 1754, ITAM c. RAS

La fattispecie dell'assicurazione plurima o cumulativa è invece contemplata all'articolo 1910 c.c. "*assicurazioni presso diversi assicuratori*" che stabilisce, per il caso che per il medesimo rischio siano contratte separatamente più assicurazioni presso diversi assicuratori, che l'assicurato debba dare avviso di tutte le assicurazioni a ciascun assicuratore, e che se omette dolosamente di dare tale comunicazione gli assicuratori non sono tenuti a pagare l'indennizzo. L'assicurato può chiedere a ciascun assicuratore l'indennità dovuta secondo il rispettivo contratto, purché le somme complessivamente riscosse non superino l'ammontare del danno, e l'assicuratore che ha pagato ha diritto di regresso nei confronti gli altri per la ripartizione proporzionale secondo i rispettivi contratti.

L'eventualità prevista e disciplinata dalla norma sopra richiamata ricorre con una certa frequenza nell'assicurazione dei rischi del trasporto: accade infatti sovente che il vettore o lo spedizioniere stipulino una copertura per conto di chi spetta e che gli aventi diritto alla merce contemporaneamente stipulino anch'essi analoga copertura assicurativa. Può accadere inoltre che l'acquirente della merce preferisca provvedere personalmente alla copertura anche qualora sia a carico del venditore (come nel caso di vendite alle condizioni CIF o CIP) la copertura dei rischi del trasporto, soprattutto qualora tema che l'assicurazione stipulata dal venditore non sia adeguata, o non garantisca l'indennizzo.

La prima fattispecie è stata analizzata in alcuni casi dalla giurisprudenza italiana¹⁵⁷ che ha posto l'accento sulla circostanza che nell'ipotesi in cui il vettore abbia assicurato contro i danni per conto di chi spetta la merce trasportata, la qualità di assicurato spetta soltanto al proprietario della merce, e pertanto qualora anche quest'ultimo abbia assicurato le medesime cose presso altra compagnia assicuratrice ricorre l'ipotesi della pluralità di assicurazioni regolata dall'art. 1910 c.c., con la conseguenza che l'assicurato è tenuto a dare avviso, dal momento in cui ne ha avuto notizia, della pluralità delle assicurazioni.

Ai sensi dell'articolo 1910 c.c. la decadenza dell'assicurato dal diritto a ricevere l'indennizzo assicurativo deriva solo dalla dolosa omissione della comunicazione circa l'esistenza di più assicuratori. Tale disposizione tuttavia (non rientrando nella previsione dell'articolo

¹⁵⁷ Tribunale di Roma, 21 luglio 1986, *Unione Mediterranea Sicurtà c. Llyod Internazionale Assicurazioni*

1932 c.c., che individua le disposizioni di legge inderogabili in senso sfavorevole all'assicurato) può essere derogata, prevedendosi in particolare che anche in caso di omissione colposa si verifichi la decadenza dal diritto a ricevere l'indennizzo richiesto.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Cassazione Sez. III, 2 ottobre 1998, n. 9786, *Marzocchi c. Dani*; Cassazione Sez. I, 4 agosto 1995, n. 8597, *Universo c. Castaldo*.

CAPITOLO 6

LA DISCIPLINA DELL'INADEMPIMENTO

1. Introduzione

E' pressoché inevitabile che un certo numero di contratti venga eseguito in modo parziale o non venga eseguito affatto. Spesso questo accade a causa della volatilità dei prezzi delle materie prime, che fa sì che l'esecuzione di un contratto diventa particolarmente onerosa e non più conveniente.

Spesso l'inadempimento del resto è frutto di un preciso calcolo di una delle parti, che preferisce vendere la merce ad un diverso compratore per un prezzo più elevato, lucrando immediatamente l'incremento di prezzo conseguito a fronte del rischio (eventuale) di dover corrispondere (in un futuro magari lontano) alla propria controparte il risarcimento dei danni.

Si tratta peraltro di una scelta che può rivelarsi premiante, qualora ad esempio il danneggiato ometta di attivarsi con la dovuta tempestività ed incorra in decadenze, o sia possibile giungere ad una conveniente definizione transattiva.

La parte che fronteggia l'inadempimento deve agire in modo estremamente tempestivo, e decidere spesso in un arco tempo molto limitato la condotta da tenere. Laddove ne ricorrano i presupposti la *innocent party* può considerare il contratto risolto anche prima della scadenza del termine, ma in tal caso deve agire in modo tempestivo e tenere una condotta chiara ed inequivocabile.

Trova qui applicazione in modo estremamente rigoroso il principio *time is of the essence*, ed ogni esitazione (come risulterà chiaro dall'analisi che seguirà tra breve dei principali *leading cases* disponibili) rischia di avere conseguenze gravi.

2. La risoluzione del contratto per la legge italiana e nei sistemi di common law: *anticipatory breach*, *repudiation* e *renunciation*

Si è già visto al capitolo 1 che la legge italiana differisce da quella dei sistemi di *common law* con riguardo ai presupposti che possono determinare la risoluzione del contratto.

La disposizione dalla quale partire nel nostro ordinamento è l'art. 1455 del codice civile, che stabilisce che il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte.

Ai sensi del successivo articolo 1456 c.c. le parti possono pattuire che il contratto venga risolto nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola, che viene definita "*clausola risolutiva espressa*".

Tale pattuizione vale ad evitare i problemi di interpretazione che possono sorgere quando (ai sensi dell'art. 1455 c.c.) occorre accertare e stabilire nel caso concreto se l'inadempimento di una delle parti ha un'importanza tale da giustificare la risoluzione.

Nel diritto inglese la possibilità di risolvere il contratto è strettamente correlata alla tipologia di pattuizioni che contengono le obbligazioni delle parti, che come visto vengono tradizionalmente classificate come *conditions*, *guarantees*, *warranties* ed *intermediate terms*.

La regola generale è che la risoluzione si può verificare solo ed esclusivamente per la violazione di un'obbligazione fondamentale qualificabile come <i>condition</i> , mentre obbligazioni di peso e rilievo minore non consentono la risoluzione, ma solo una richiesta di risarcimento del danno.

Va tenuto presente che per il diritto inglese non sempre è necessario attendere fino allo scadere del termine ultimo previsto per l'adempimento per accertare se il contratto verrà o meno eseguito, ed in *common law* sono stati individuati alcuni casi in cui il contratto può essere risolto anche prima che si verifichi la violazione.

In particolare, con il termine *anticipatory breach* vengono tradizionalmente definite le situazioni in cui, prima che sia decorso il termine per l'adempimento di una delle *conditions* previste in contratto, la parte che vi è tenuta manifesta, in modo espresso oppure

tacitamente (ossia attraverso una condotta che è incompatibile con la volontà di eseguire il contratto) che non intende o non può eseguire il contratto.

La *anticipatory breach* ricomprende situazioni che vengono tradizionalmente definite nel diritto inglese come *repudiation* e *renunciation*.

L'esempio più classico e semplice di *renunciation* ricorre quando una delle parti dichiara in modo espresso che essa non è - o non sarà - in grado di eseguire il contratto, o nega l'esistenza stessa del contratto, e dichiara pertanto di non esservi vincolata.

Naturalmente possono presentarsi in pratica situazioni meno nette, in cui non è agevole valutare se c'è una *renunciation*. Si pensi ad esempio a tutte le ipotesi in cui una delle parti richiede una modifica delle condizioni : tale richiesta non è di per sé sufficiente a far ritenere che il contratto è risolto, e una *renunciation* ricorrerà solo se la parte dichiara che in mancanza di modifica il contratto non verrà eseguito.

La logica che ispira la *anticipatory breach* è evidentemente quella consentire alla parte adempiente di trovare immediatamente le contromisure senza essere costretta ad attendere la scadenza del termine originariamente previsto¹⁵⁹ (esigenza questa particolarmente forte in situazioni di volatilità dei prezzi).

Un'analisi particolarmente dettagliata e chiara degli effetti connessi alla *anticipatory breach* è contenuta nella decisione resa nel *leading case Mihalis Angelos*,¹⁶⁰ dove la Corte ha evidenziato che dalla *repudiation* di un contratto prima che sia giunto il termine per l'adempimento derivano alcune precise conseguenze, che possono riassumersi come segue:

- a) il contratto viene automaticamente risolto;

¹⁵⁹ Nel caso *Universal Cargo* il Giudice Devlin ha evidenziato "a common characteristic that is essential to the concept, namely, that the injured party is allowed to anticipate an inevitable breach."

¹⁶⁰ *Maredelanto Compania Naviera S.A. v. Bergbau-Handel GmbH (The "Mihalis Angelos")* (1970)

- b) la parte adempiente può agire immediatamente per ottenere il risarcimento dei danni, senza dover adempiere le obbligazioni poste a suo carico
- c) resta tuttavia tenuta ad agire per mitigare i danni nascenti dall'inadempimento

3. I presupposti per il ricorso dell'*anticipatory breach*

Perché ci sia una *anticipatory breach* è indispensabile che ricorrano alcuni precisi requisiti.

a) accettazione tempestiva ed esplicita.

In primo luogo, un'*anticipatory breach* non determina di per sé automaticamente la risoluzione del contratto. Infatti, in tal caso la parte adempiente ha la possibilità:

- a) di accettare la *repudiation*, determinando in questo modo l'immediata risoluzione del contratto;
- b) oppure chiedere comunque l'esecuzione, facendo sì che il contratto resti in vita ed entrambe le parti siano tenute al rispetto delle loro obbligazioni.

La *innocent party* è posta di fronte ad un'alternativa: optare per la risoluzione del contratto, o far sì che esso resti in vita.

Il punto è espresso con esemplare chiarezza in un'importante decisione della House of Lords¹⁶¹ nella quale la Corte ha chiarito: "*when one party wrongly refuses to perform obligations, this will not automatically bring the contract to an end. The innocent party as an option. He may either accept the wrongful repudiation as determining the contract and sue for damages, or he may ignore and reject the attempt to determine the contract and affirm its continued existence*".

¹⁶¹ *Fercometal Sarl v MSC Mediterranean Shipping Co SA (The Simona)* (1987)

L'accettazione della *repudiation* deve essere espressa in modo chiaro, esplicito e soprattutto tempestivo, poiché (come la giurisprudenza inglese ha da tempo chiarito)¹⁶² una "*unaccepted repudiation*" è del tutto priva di effetti.

Da tale premessa derivano conseguenze di estremo rilievo. In primo luogo, prima dell'accettazione la parte adempiente resta vincolata al rispetto del contratto (in un contesto in cui è invece naturalmente portata a ritenere che esso sia già risolto); non solo, ma qualora si verifichi un accadimento che impedisce l'esecuzione (come ad esempio il ricorso di un caso di *force majeure*) la parte inadempiente può legittimamente invocare l'esonero di responsabilità se si verifica prima dell'accettazione dell'*anticipatory breach*.

In presenza di un'*anticipatory breach* il contratto viene in sostanza a trovarsi in una sorta di "zona grigia", costituita dalla fase in cui la *innocent party* valuta se accettare o meno la *repudiation*, determinando in modo irrimediabile¹⁶³ la risoluzione, o optare invece per la sopravvivenza del contratto.

E' indispensabile che tale valutazione avvenga con rapidità, evitando in particolare che un silenzio protratto possa venire interpretato come tacita acquiescenza, ed in considerazione del rischio che durante questa fase di stallo intervenga un fattore che determini (questa volta senza responsabilità per la parte inadempiente) la risoluzione del contratto.¹⁶⁴

b) certezza della *anticipatory breach*

Non solo la *innocent party* deve decidere rapidamente se accettare o meno la *repudiation*, ma deve valutare la condotta di controparte con cautela, soprattutto nei casi (che si presentano con notevole frequenza) in cui una delle parti, comunicando la propria difficoltà o impossibilità di rispettare il contratto chiede un'estensione dei termini o una revisione delle condizioni, o formula (di regola

¹⁶² *Haward v. Pickford Tule Co Ltd. (1951)* dove la Corte ha fatto ricorso all'efficace immagine: "a thing writ in the water, and no value to anybody"

¹⁶³ Una volta che la *anticipatory breach* sia stata accettata, il contratto viene risolto automaticamente: come rilevato nel caso *Universal Cargo*: "a renunciation once accepted is inescapable".

¹⁶⁴ *Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Company (1998)*

accompagnate dalla precisazione che la comunicazione viene trasmessa *without prejudice*) offerte di definizione transattiva.¹⁶⁵

Infatti, proprio in considerazione della gravità degli effetti connessi ad una *anticipatory breach* la giurisprudenza inglese ha posto l'accento sulla necessità di accertare in modo rigoroso quale sia l'effettiva volontà delle parti.

L'orientamento tradizionalmente seguito da arbitri e giudici inglesi è nel senso di accertare se la condotta di una parte è tale da far ritenere con adeguata certezza che essa non intende più eseguire il contratto:¹⁶⁶ perché sia possibile ravvisare una *renunciation* è necessario che ci sia una chiara ("*a clear and unambiguous*") affermazione di indisponibilità o incapacità di eseguire il contratto

Un precedente che evidenzia la necessità che tale valutazione sia fatta con grande cautela, senza confidare sull'apparente chiarezza e ineluttabilità di una dichiarazione o di una condotta della propria controparte, è costituito dal caso *Vargas Pena v. Cremer*¹⁶⁷ nel quale la Corte ha precisato in particolare che "*a clear and unequivocal rejection is one where buyers indicate that they want and will have nothing more to do with the goods.*"

La cautela nel valutare la condotta della propria controparte si rivela particolarmente opportuna nella fase della consegna della merce ed all'inoltro delle comunicazioni (*notice of appropriation* o *declaration of shipment*) che attesta la intervenuta caricazione a bordo.

In numerosi dei formulari si prevede infatti un termine ristretto e perentorio per la trasmissione della *notice*, ma si ammette una certa flessibilità per i casi di vendita in filiera, nei quali (soprattutto quando le parti sono numerose) accade spesso che le parti intermedie della filiera ricevono la comunicazioni a distanza di tempo considerevole dal completamento della caricazione.

¹⁶⁵ Cfr. *Agrokor AG V. Tradigrain SA (2000)*: nel caso richiamato particolarmente controverso è stato il contenuto ed il rilievo sotto il profilo della risoluzione di un telex trasmesso da parte della del seguente tenore: "*we also regret that the contractual blance quoted of approximately 20.000 tons cannot be delivered, but we agree to discuss the settlement of the dispute*".

¹⁶⁶ *Toepfer International v. Itex Italgrani Export S.A. (1992)*

¹⁶⁷ *Vargas Pena Apeztequia v. Peter Cremer GmbH (1987)*

Così ad esempio i contratti GAFTA stabiliscono che la *notice of appropriation* deve ritenersi tempestiva qualora venga trasmessa entro le ore 16.00 del giorno lavorativo successivo a quello del ricevimento, e nella *default clause* prevedono che se la *notice of appropriation* non viene trasmessa entro il decimo giorno successivo all'ultimo giorno previsto per l'*appropriation* il venditore verrà ritenuto in *default*.

Può darsi pertanto il caso che una *notice of appropriation* sia trasmessa a distanza di molto tempo dal completamento delle operazioni di caricazione, e sia comunque tempestiva e valida.¹⁶⁸

Se la *innocent party* intende accertare le intenzioni della controparte circa il rispetto del contratto, ma è incerta riguardo all'esistenza di una *breach of condition*, e deve inoltre evitare un'*anticipatory breach* nascente da una dichiarazione di *default* prematura, deve quindi agire con la massima cautela.

Un caso abbastanza recente¹⁶⁹ ha rappresentato con chiarezza la delicatezza della fase che sorge quando una delle parti ritenga che l'altra sia in *default*, e valuti se accettare o meno la *repudiation*.

Nel caso in esame la venditrice (Aston) aveva venduto 6.000 tonnellate di *russian feed barley* con consegna da agosto ad ottobre 2004 a condizioni CFR e richiamo al GAFTA Form 48.

Aston non aveva eseguito alcuna consegna alla fine di settembre 2004 ed il 4 ottobre 2004 Gulf trasmise una *notice of default* ai sensi della *Default Clause* del contratto GAFTA, richiedendo un "*amicable settlement in order to close this file*".

Aston replicò di non ritenersi inadempiente sulla base del rilievo che il termine ultimo per caricare scadeva solo alla mezzanotte del 10 ottobre 2004, ossia il settimo *business day* successivo allo scadere dello *shipment period*, e che accettava invece la *notice of termination* di Gulf come *repudiatory breach*.

Nell'arbitrato GAFTA e successivamente nel giudizio innanzi alla High Court parte acquirente ha sostenuto che anche qualora la propria *notice of default* fosse stata prematura non poteva

¹⁶⁸ *Tradax Export SA v. André (1977)*; lodo arbitrale GAFTA n. 13-308

¹⁶⁹ *Gulf Agritrade Fzco v. Aston Agro Industry AG (2008)*

considerarsi *repudiatory*, in quanto era stata trasmessa a causa di un'errata individuazione del termine ultimo per la consegna, ed era in ogni caso mirata a dare avvio ad una trattativa per la definizione del contenzioso.

L'argomento è stato tuttavia respinto prima dagli arbitri e poi dalla High Court, che ha sottolineato che se viene trasmessa una *notice of default* questa necessariamente attesta il convincimento della parte che il contratto è risolto, ed è la parte che la trasmette che è tenuta a provare che non intendeva invece dichiarare la risoluzione.

Un elemento spesso controverso e fonte di contenziosi è costituito dalle modalità con cui in concreto va manifestata l'accettazione, ed in particolare la possibilità di accettare la *repudiation* in modo tacito, tenendo una condotta silenziosa e di semplice attesa.

Il punto è stato analizzato in modo molto dettagliato in un caso¹⁷⁰ nel quale l'acquirente (Vitol) ritenendo che la venditrice (Norelf) non fosse in grado di ultimare la caricazione nel termine previsto trasmise una comunicazione che si concludeva affermando "*in view of the breach of condition we must reject the cargo and repudiate the contract.*"

La caricazione venne completata il giorno stesso e Norelf, senza comunicazioni ulteriori, provvide a vendere al meglio la merce (ad un prezzo di 170 dollari a tonnellata rispetto a quello pattuito di 400 dollari).

La venditrice chiese in arbitrato il risarcimento del danno (pari a circa un milione di dollari), e gli arbitri ritennero che il telex di reiezione Vitol era stato prematuro, ed aveva pertanto determinato un'*anticipatory breach*, e che la mancata adozione da parte di Norelf di qualunque ulteriore passo per eseguire il contratto costituisse condotta sufficientemente esplicita nel senso dell'accettazione della *repudiation*.

Il lodo è stato poi confermato in appello, e le conclusioni raggiunte sul punto sono di particolare interesse, poiché la Corte ha evidenziato (pur precisando che possono esservi senza dubbio contratti che per

¹⁷⁰ *Vitol SA v. Norelf Ltd. (The Santa Clara) (1996); Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Company (1998).*

loro natura presuppongono l'adozione di una condotta specifica) che l'accettazione della *repudiation* può essere realizzata anche attraverso una condotta passiva, senza la necessità di manifestare oralmente o per iscritto l'accettazione.

c) violazione di una *condition*

Perché possa ricorrere un'*anticipatory breach* è indispensabile che si verifichi l'inadempimento di un'obbligazione fondamentale, ossia una *condition*: se viene preannunciato l'inadempimento o il rifiuto ad adempiere una obbligazione meno rilevante, che non rappresenta una *condition*, non potrà (di regola) darsi luogo alla risoluzione.¹⁷¹

4. La decadenza dal diritto alla risoluzione anticipata: *waiver* ed *estoppel*

Ispirata all'imperativo più volte esaminato della tempestività assoluta nell'esecuzione del contratto è la disciplina che nel diritto inglese viene tradizionalmente racchiusa nelle figure di *waiver* ed *estoppel*, che possono definirsi (in estrema sintesi) come situazioni in cui la parte che legittimata a dichiarare la risoluzione perde tale diritto tenendo una condotta di attesa, oppure adottando una posizione incompatibile con l'intenzione di dichiarare il contratto risolto. La finalità dell'istituto è, ancora una volta, quella di garantire che il rapporto contrattuale sia improntato alla massima chiarezza e trasparenza, evitando l'ambiguità che inevitabilmente nascerebbe qualora si permettesse ad uno dei contraenti di attendere fino all'ultimo momento utile prima di accettare o meno l'*anticipatory breach*, e ciò al fine di valutare la maggiore o minor convenienza di una risoluzione (soprattutto in relazione alle fluttuazioni del prezzo di mercato).

La giurisprudenza inglese è ferma nel porre a carico della *innocent party* una decisione tempestiva e senza riserve.

Un simile approccio è ben evidenziato nel caso *Panchaud Frères v. General Grain*¹⁷² nel quale oggetto del contenzioso è stato la presentazione di una polizza di carico da parte dei venditori recante la data del 31 luglio 1965, mentre un certificato di qualità, incluso tra gli

¹⁷¹ *Panchaud Frères S.A. v. Pagnan & Fratelli* (1974)

¹⁷² *Panchaud Frères S.A. v. Établissements General Grain Company* (1969)

altri *shipping documents*, recava invece l'annotazione che la caricazione era avvenuta dal 10 al 12 agosto 1965. All'arrivo della merce ad Anversa gli acquirenti rifiutarono il carico sul presupposto che il numero dei sacchi non corrispondeva a quello indicato in polizza di carico, e solo nell'ambito del procedimento arbitrale d'appello (a distanza dunque di circa un anno dall'arrivo della merce) sostennero che essi erano stati legittimati a rifiutare la merce sul presupposto che la caricazione era stata ultimata oltre il termine. La Panchaud riconobbe che la polizza era stata antidata, ma sostenne che la contestazione dell'acquirente era stata tardiva.

Nel giudizio innanzi alla Court of Appeal Lord Denning ha evidenziato che gli acquirenti, avendo ricevuto la documentazione e versato il prezzo senza sollevare obiezioni, avevano perso il diritto di contestare il ritardo nella caricazione o l'infedeltà della polizza di carico, ed ha espresso il principio se una parte legittimata a rifiutare la merce agisce in modo tale da indurre la propria controparte a ritenere che non eserciterà il diritto di rifiuto, non può successivamente chiedere la risoluzione, poiché sarebbe contrario a correttezza e buona fede.¹⁷³

Una fattispecie particolare (ma non infrequente) è stata analizzata nel caso *Graanhandel v. European Grain*¹⁷⁴ nel quale sono stati valutati gli effetti della condotta del compratore che venda (direttamente o tramite broker) la merce oggetto della contestazione.

Nella decisione in esame il Giudice Evans ha evidenziato che il compratore che intende rifiutare la merce sul presupposto che la stessa non rientra nelle specifiche contrattuali deve farlo in modo inequivocabile, mantenendo una posizione ferma e tenendo la merce a disposizione esclusiva del venditore. La Corte ha anche chiarito che il compratore può cercare di ottenere *without prejudice* l'adesione del venditore chiedendo di agire per conto e nell'interesse di quest'ultimo, ma ogni atto di disposizione viene fatto a rischio e pericolo del compratore.

¹⁷³ Un elemento di peso a base della decisione è stato il rilievo che gli acquirenti non potevano essere rimasti all'oscuro dell'antidatazione alla luce del tenore del certificato di qualità, che era incluso tra gli *shipping documents*, e pertanto con la loro condotta essi avevano di fatto rinunciato a sollevare l'eccezione, incorrendo in decadenza.

¹⁷⁴ *Graanhandel T Vink BV v. European Grain & Shipping Ltd* (1989)

Più recente è il caso *State Trading v. Compagnie Française*¹⁷⁵ nel quale il contenzioso aveva ad oggetto la tempestività dell'apertura della lettera di credito, in un contesto contrattuale caratterizzato da forte ambiguità dovuta al fatto che mentre nella stesura originaria del contratto non era previsto alcun termine, successivamente (il 25 gennaio 1979), le parti avevano stabilito che la lettera di credito dovesse essere aperta “*immediatamente, ma in ogni caso al più tardi entro il 15 gennaio 1979*”.

A causa di uno sciopero la lettera di credito venne aperta e confermata solo il primo marzo successivo, ed i venditori dichiararono i compratori in *default*.

Nel giudizio si discusse circa il significato dell'emendamento introdotto al contratto, che prevedeva l'emissione della lettera di credito entro un termine che, alla data della modifica al contratto, era in realtà già scaduto. La Corte ritenne che sebbene la clausola fosse di fatto priva di significato nella sua prima parte essa era comunque vincolante ed efficace laddove prevedeva che la lettera di credito dovesse essere aperta “*immediatamente*”, e che eventuali ritardi potevano pertanto determinare la risoluzione del contratto.

Tuttavia, dal momento che i venditori avevano con la propria condotta indotto gli acquirenti a ritenere che il contratto fosse ancora in vita, essi avevano perso il diritto di dichiarare la *repudiation*.

5. Il risarcimento dei danni da inadempimento: la *default clause*

Con il termine di *default* vengono tradizionalmente definite le situazioni in cui una parte è inadempiente rispetto ad un'obbligazione di particolare rilievo (di regola una *condition*), con il conseguente diritto dell'altra parte di chiedere la risoluzione.

La *default clause* costituisce senza dubbio uno dei punti centrali di numerosi formulari e contratti-tipo, e pur presentando formulazioni diverse e più o meno dettagliate ricalca i principi generali in materia di risarcimento del danno da inadempimento del contratto di vendita vigenti nel diritto inglese (in particolare il meccanismo delineato dal *Sale of Goods Act*), che coincidono nella sostanza con i principi

¹⁷⁵ *State Trading Corporation of India Ltd v. Compagnie Française d'Importation et de Distribution* (1983).

esistenti nel nostro ordinamento e previsti dalla Convenzione di Vienna.

Per la legge italiana la disposizione di riferimento è l'art. 1518 c.c., che si intitola "Normale determinazione del risarcimento" e stabilisce che: "*se la vendita ha per oggetto una cosa che ha un prezzo corrente a norma del terzo comma dell'art. 1515, e il contratto si risolve per l'inadempimento di una delle parti, il risarcimento è costituito dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui si doveva fare la consegna, salva la prova di un maggior danno. Nella vendita a esecuzione periodica, la liquidazione del danno si determina sulla base dei prezzi correnti nel luogo e nel giorno fissati per le singole consegne*".

Ai sensi del terzo comma dell'art. 1515 c.c. il prezzo corrente viene stabilito per atto della pubblica autorità o è risultante da listini di borsa o da mercuriali.¹⁷⁶ Nel caso in cui le merci non abbiano un prezzo corrente l'entità del danno va calcolata tenendo conto non del prezzo di mercato, ma di quello effettivamente pagato dal compratore per procurarsi le merci non consegnategli.¹⁷⁷

Per il diritto inglese il risarcimento dei danni nascenti dall'inadempimento di un contratto di vendita va determinato in base ad alcuni precisi criteri: se la merce ha un prezzo di mercato, il danno risarcibile è costituito in linea di principio ("*prima facie*") dalla differenza tra il prezzo pattuito in contratto ed il prezzo di mercato, ma la misura del risarcimento è data in ogni caso dai danni che sono conseguenza diretta naturale e prevedibile dell'inadempimento (ossia, "*the loss directly and naturally resulting in the ordinary course of events from the breach*").

La disciplina contenuta nella *default clause* dei contratti GAFTA e FOSFA rispecchia tale impostazione (pur presentando elementi distintivi che hanno dato origine a contenziosi); le previsioni mirano in sostanza a garantire alla parte danneggiata un risarcimento equo, una "*fair compensation for the breach*";¹⁷⁸ la *default clause* infatti non mira a "punire" la parte inadempiente, ma individua un criterio

¹⁷⁶ Cass., Sez. II, 4 marzo 1998, n. 2386, *Oleificio Fiorentino c. Messiniaki Ltd*

¹⁷⁷ Tribunale Cagliari, 5 agosto 1986, *Société de vente de l'aluminium - Pechiney c. Soc. Alluminio Italia*

¹⁷⁸ Si vedano al riguardo le argomentazioni del Giudice Saville nel caso *Vargas Pena v. Cremer*

quanto più semplice e lineare possibile per permettere un risarcimento equo ed immediato, ed è in sostanza “*a genuine attempt to pre-estimate the loss likely to be suffered.*”¹⁷⁹

La *innocent party* ha il diritto di procedere all’acquisto o alla vendita in danno della merce, agendo con tempestività e segnalando alla propria controparte (per iscritto) la propria decisione. In alcuni casi non viene prevista alcuna formalità particolare per la vendita, in altri (con previsioni che ricalcano la corrispondente disciplina prevista nel nostro ordinamento, dove per l’acquisto o la vendita in danno viene necessariamente richiesto l’intervento di un mediatore) si prevede il ricorso a determinate procedure.

Viene però di regola offerta la possibilità di determinare il danno in via alternativa, sulla base del raffronto tra il prezzo pattuito in contratto e quello di mercato della merce alla data dell’inadempimento: tale scelta è comunque sempre soggetta alla valutazione degli arbitri (ad esempio se il prezzo conseguito a seguito della vendita o dell’acquisto in danno è lontano dal prezzo di mercato riportato in quotazioni ufficiali, listini o pubblicazioni di associazioni di categoria).

6. Il calcolo del danno risarcibile

Si è detto che la disciplina delle *default clauses* contiene alcuni profili peculiari, che hanno dato adito a contenziosi e difficoltà di interpretazione.

Possono in particolare individuarsi alcuni aspetti più o meno complessi.

a) la possibilità di reclamare danni ulteriori rispetto alla differenza di prezzo.

Uno degli aspetti più controversi è costituito dalla possibilità per la *innocent party* di conseguire un risarcimento non limitato alla semplice differenza tra il prezzo previsto in contratto e quello di mercato (o il prezzo di acquisto o vendita in danno). Non a caso la disciplina contenuta in alcuni formulari (come nel caso dei contratti GAFTA) ha subito alcuni significativi rimaneggiamenti nel corso degli anni, volti a introdurre un meccanismo per garantire, se le

¹⁷⁹ *Pancommerce SA v. Veecheema BV (1983)*

circostanze lo giustificano, un risarcimento che non sia ancorato solo ed esclusivamente al criterio sopra indicato.

E' possibile ravvisare una chiara evoluzione e cambiamento di approccio nella giurisprudenza inglese, che è stata chiamata in più occasioni ad applicare ed interpretare le varie modifiche apportate alla *default clause* dei formulari GAFTA e FOSFA per renderla più flessibile, e ammettere anche a voci di danno originariamente escluse.

Un precedente di rilievo è senza dubbio costituito dal caso *Toprak v. Finagrain*¹⁸⁰ relativo ad una vendita di 350.000 tonnellate grano di origine statunitense alle condizioni *C&F turkish ports*, e richiamo alle condizioni dei formulari GAFTA CIF n. 27 e 30.

Breve tempo dopo la stipulazione del contratto i venditori esercitarono l'opzione di consegnare il 10% in più del quantitativo pattuito, e nel gennaio 1975 stipularono un *charter-party* con gli armatori greci Colocotronis per il trasporto del quantitativo convenuto nei mesi di giugno luglio ed agosto dagli USA alla Turchia.

A seguito del rifiuto da parte degli acquirenti di emettere la lettera di credito i venditori furono costretti a dichiarare il contratto risolto per inadempimento, ed a negoziare la risoluzione del *charter-party*: per evitare un contenzioso con gli armatori (che avrebbe potuto esporla a danni significativi) la Finagrain accettò di versare una penale per un importo superiore al milione di dollari.

Gli arbitri riconobbero in favore della Finagrain un importo determinato in base alla differenza tra il prezzo pattuito e quello di mercato della merce, un ulteriore importo danni e spese in cui erano incorsi i venditori, e 150.000 dollari quale corrispettivo per la cancellazione del *charter-party*. Il lodo venne impugnato e nel giudizio di primo grado il Giudice Goff evidenziò come la clausola 28 del formulario GAFTA 100 esclude la possibilità per gli arbitri di liquidare danni in favore del venditore in eccedenza rispetto alla differenza tra il prezzo contrattuale e quello di mercato; dello stesso avviso fu la Corte d'Appello, che ribadì che i venditori non erano legittimati a chiedere il risarcimento dei danni relativi alla cancellazione del *charter-party*. In particolare Lord Denning affermò "*I can find nothing in the clause which empowers arbitrators to*

¹⁸⁰ *Toprak Mahsulleri Ofisi v. Finagrain Compagnie Commerciale Agricole et Financière S.A.* (1979).

make an award to the sellers beyond the ordinary measure of the difference between contract and market price.”

Tale impostazione è stata mantenuta in seguito per quasi un ventennio.

Completamente diverso è però l’approccio seguito nel caso *Bem Dis vs. Agritrade (The “Selda”)*¹⁸¹ dove l’attenzione dei giudici si è incentrata sulle modifiche apportate al testo della GAFTA Default Clause, ed il giudice Hirst ha espresso il convincimento che la formulazione della clausola laddove essa prevede che i danni ‘*shall based on*’ non possa essere interpretata nel senso di escludere qualunque danno ulteriore a quello nascente dalla differenza tra prezzo di contratto e prezzo di mercato.

b) la risarcibilità del danno da “mancato utile”

Un’ulteriore peculiarità della disciplina che alcuni contratti contengono per il calcolo del risarcimento del danno è costituita dalla previsione in base alla quale non sono (in linea di principio) reclamabili perdite di utili o profitti sperati. Tale divieto viene tuttavia mitigato dal fatto che si ammette che in casi particolari gli arbitri abbiano il potere (discrezionale) di porre a carico della *defaulting party* anche danni da mancato utile: ciò può accadere ad esempio qualora il contratto abbia ad oggetto merce di natura particolare, per la quale il reperimento di un lotto alternativo o la individuazione di un prezzo di mercato siano impossibili, ed i danni derivanti dall’inadempimento nel quale (forzatamente) incorre il compratore nei confronti del proprio sub-acquirente non siano risarciti adeguatamente applicando i parametri previsti nelle *default clauses*.

Va tenuto presente peraltro che è sempre ammessa la possibilità che le parti prevedano in modo esplicito, in deroga alla disciplina contenuta nei formulari, che i danni da mancato utile siano invece risarcibili.

¹⁸¹ *Bem Dis a Turk Ticaret S/A TR v International Agri Trade Co Ltd (The Selda)* (1999)

Il punto è stato analizzato in modo dettagliato nel caso *Dreyfus v. Reliance*¹⁸² nel quale si è dibattuto in particolare circa la risarcibilità di danni costituiti dai mancati profitti derivanti da *sub-sales*, e si è posto l'accento sulla possibilità per le parti di prevedere in modo espresso ed ammettere la risarcibilità di tali danni.¹⁸³

Trova qui applicazione il principio della prevedibilità dei danni nascenti dalla risoluzione di contratti di vendita a terzi: in particolare, la giurisprudenza inglese opera una distinzione tra le ipotesi in cui la vendita a terzi non è stata espressamente contemplata dalle parti al momento della stipulazione del contratto (in tal caso il calcolo del risarcimento deve necessariamente prescindere da tali rapporti contrattuali, ed è irrilevante la circostanza che parte acquirente sia un *trader*, e che dunque la merce fosse presumibilmente destinata a passare ulteriormente di mano)¹⁸⁴ ed i casi in cui le parti abbiano invece espressamente contemplato l'esistenza di una *sub-sale*.¹⁸⁵

c) ammissibilità e validità delle penali a carico della parte inadempiente.

Accade sovente che le parti inseriscano nel contratto la previsione di una penale, che mira ad incentivare la tempestività e la correttezza dell'adempimento. Tali pattuizioni vengono tradizionalmente distinte in *common law* in *liquidated damages clauses* e *penalty clauses*, e si ritengono di regola (ma a certe condizioni) ammissibili ed efficaci le prime, e prive di effetto invece le seconde.

Sul punto la legge inglese presenta una posizione peculiare, poiché in altri ordinamenti viene di regola ammessa la possibilità che le parti prevedano penali, e viene lasciata eventualmente ai giudici la

¹⁸² *Louis Dreyfus Trading Ltd. v. Reliance Trading Ltd. (2004)*

¹⁸³ In particolare, nelle argomentazioni del Giudice Smith si chiarisce: "Profit or loss made by a buyer on a sub-sale is generally irrelevant to the assessment of his damages for breach by a seller of a warranty of quality or a failure to deliver (except, it may be, as evidence of market price). This is an application of general principles governing remoteness of damage, and not an exception to them. If a particular sub-sale is not within the contemplation of the parties when the contract of sale is made, damages are to be assessed without regard to it"

¹⁸⁴ *Kwei Tek Chao v. British Traders and Shippers Ltd. (1954)*

¹⁸⁵ Si veda anche il caso *Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron 2) (1969)*

possibilità di rivederle e modificarle allorquando queste si rivelino eccessive o sproporzionate.

Nei sistemi di *common law* come detto si riconosce validità alle *liquidated damages clauses*, ossia le pattuizioni con cui le parti abbiano in sostanza determinato in via anticipata i danni nascenti dall'inadempimento, a condizione tuttavia che esse siano il frutto del desiderio delle parti di quantificarli preventivamente ed in modo equilibrato e ragionevole.

Non è sempre facile distinguere tra penale “pura” e *liquidated damages clause*,¹⁸⁶ ed in considerazione della rilevanza che deriva da tale distinzione è opportuno che la parte che intenda sanzionare l'inadempimento della propria controparte riponga particolare attenzione nella corretta formulazione della clausola.

Un noto contenzioso nascente da un contratto soggetto alle condizioni GAFTA illustra molto bene le problematiche nascenti dall'uso di *penalty clauses*. Si tratta della decisione resa nel caso *Romak v. Uzklab Produkt*¹⁸⁷ nel quale il collegio arbitrale è stato chiamato a determinare l'ammontare complessivo del risarcimento da porsi a carico di parte acquirente, resasi inadempiente all'obbligo di emettere la lettera di credito per il pagamento di circa 40.000 tonnellate di grano.

Gli arbitri hanno dovuto tra l'altro valutare l'efficacia e l'inquadramento di una clausola denominata “*Responsibilities of the parties*” che recitava: *in case of improper execution of obligations by either party under the present contract (delayed opening of payment instrument, late delivery of the goods) a penalty of 0,2% is due for each day of delay*”, ed hanno ritenuto che la stessa fosse nulla, avendo natura ed effetti di una *penalty clause*. Profili molto simili sono stati oggetto di valutazione in una più recente decisione¹⁸⁸

¹⁸⁶ Nel caso *Cenargo Ltd. v. Empresa Nacional Bazan de Construciones Navales Militares SA* (2001) la High Court ha stabilito che nella valutazione se una clausola costituisca una penale la Corte dovrebbe considerare l'ammontare dei danni che le parti avrebbero potuto ragionevolmente prevedere in anticipo ed includere nella clausola al momento della conclusione del contratto.

¹⁸⁷ Lodo GAFTA 11273 (una copia integrale del lodo è rinvenibile in <http://www.romak.ch/uzbekistan/summarysituation.html>)

¹⁸⁸ *Apis AS v. Fantazia Keres Kedelmi Kft* (2000)

in cui il contratto tra le parti conteneva (con una formulazione in verità piuttosto involuta) una clausola del seguente tenore: *Claims for penalty: in case of circumvention of the contract by any party to the contract, the party to contract that caused the circumvention of the contract is obliged to pay a penalty amounting to 10% to the other party to contract that has not caused the circumvention of the contract.* Gli arbitri GAFTA hanno anche in tal caso ritenuto che la clausola fosse inefficace, in quanto inquadrabile come “*penalty clause*”.

d) la quantità da adottare quale base di calcolo: la “*mean contract quantity*”.

Le *default clauses* prevedono che il danno risarcibile va calcolato sulla base della quantità di merce prevista per la consegna. Per i contratti FOB si fa riferimento alla quantità dichiarata in vista della caricazione, a meno che la risoluzione non si verifichi prima di tale dichiarazione. Nel caso dei contratti CIF i danni vengono invece di regola calcolati sulla base della quantità indicata nella *notice of appropriation*; laddove non vi sia stata *appropriation* (ad esempio perché la risoluzione è avvenuta prima) si tende di regola ad accertare, sulla base degli elementi disponibili, quale sarebbe stato il quantitativo consegnato, e quale sarebbe stata dunque la scelta fatta dalla parte a favore della quale è prevista l’opzione. In mancanza di elementi certi infine si opera una media tra i quantitativi previsti.

Così, nel caso *Pancommerce* il risarcimento del danno è stato determinato sul presupposto che il venditore avrebbe potuto esercitare l’opzione per consegnare 1.500 tonnellate; un precedente più recente è costituito dal caso *Bunge v. Tradax*¹⁸⁹ relativo ad una vendita FOB di “*5.000 tons if 2,240 lbs, 5% more or less in vessel’s option at contract price, quantity to be declared latest when nominating the vessel*”, nel quale la venditrice dichiarò la risoluzione del contratto poiché l’acquirente aveva omesso di nominare tempestivamente la nave, ed ottenne un risarcimento calcolato su 4750 tonnellate, sulla base del rilievo che l’acquirente aveva la facoltà di scegliere il quantitativo finale e che avrebbe presumibilmente esercitato il diritto di ridurre del 5% la *contract quantity*.¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Bunge Corporation v. Tradax Export S.A. (1981)*

¹⁹⁰ *La House of Lords in particolare ha evidenziato nella decisione in esame: “The Court of Appeal reduced the damages payable to the respondents [the sellers] by assessing them by reference not to 5000 tons but to 4750 tons being*

Analogo è l'approccio adottato nel caso *Toprak*¹⁹¹ nel quale il quantitativo oggetto di vendita era stato fissato in 350.000 tonnellate, con opzione del 10% più o meno a favore del venditore, e la Corte ha affrontato il punto della quantificazione del danno cercando di individuare il quantitativo che sarebbe stato effettivamente consegnato qualora il contratto avesse avuto regolare esecuzione.

e) la data del *default*

Il risarcimento può variare grandemente, oltre che in relazione al quantitativo adottato quale base di calcolo, anche in base al giorno di riferimento per l'individuazione del prezzo di mercato. Molto spesso accade infatti che l'inadempimento è determinato da un'impennata o un crollo delle quotazioni, che rendono sensibilmente più oneroso il rispetto degli impegni contrattuali assunti. In tal caso in un lasso di tempo molto contenuto il prezzo di mercato può subire forti variazioni, e diviene di particolare importanza accertare con precisione quale sia la data esatta di *default*, in quanto anche un solo giorno di differenza può portare a richieste di risarcimento molto diverse.¹⁹² Non stupisce dunque che l'individuazione della data alla quale far riferimento per determinare il risarcimento si riveli spesso complessa ed abbia dato origine a contenziosi.

In linea generale il parametro da adottare quale base di calcolo è dato dalle quotazioni esistenti il giorno in cui si verifica l'inadempimento che determina la risoluzione. Così, nel caso *Holst v. Bremer*¹⁹³ nel quale parte acquirente aveva contestato la nullità della *notice of appropriation* (in quanto recante un nome della nave rivelatosi poi errato) la data di riferimento per la determinazione del *market price* è stata individuata nel giorno di presentazione degli *shipping documents*. Già in precedenza¹⁹⁴ in un caso avente ad oggetto il

5 per cent. less than the mean contract quantity, this being the minimum quantity the appellants [the buyers] would have been obliged to take."

¹⁹¹ *Toprak v. Finagrain* (1979)

¹⁹² *Fleming & Wendeln GmbH & Co. v. Sanofi SA/AG* (2003)

¹⁹³ *Kleinjan & Holst N.V. Rotterdam v. Bremer Handelsgesellschaft GmbH Hamburg* (1972)

¹⁹⁴ *James Finlay & Co. Ltd. v. N.V. Kwik Hoo Tong Handel Maatschappij* (1929)

contenzioso sorto a seguito della presentazione di una polizza di carico antidatata si era ritenuto che il prezzo della merce andasse determinato sulla base delle quotazioni del giorno di presentazione della polizza non veritiera.

In alcune decisioni¹⁹⁵ la giurisprudenza ha tuttavia espresso il convincimento che per la determinazione del *market price* debba tenersi conto del giorno successivo al termine ultimo per la trasmissione della *notice of appropriation*, poiché è solo da tale momento che vi è certezza del *default* e si può agire per mitigare il danno reperendo altrove la merce.

In questo senso è ad esempio il caso *Lusograin v. Bunge*¹⁹⁶ relativo ad un contenzioso dal profilo particolare, poiché il termine ultimo per il completamento della caricazione era stato esteso su richiesta dell'acquirente, che aveva dovuto corrispondere alla venditrice le *carrying charges* maturate per la sosta al porto di caricazione. La Corte ha dovuto valutare se la data alla quale far riferimento per l'individuazione del *market price* fosse il 16 maggio (ossia il giorno successivo al termine previsto per l'invio dell'avviso di prontezza) o invece il 31 maggio, ossia il giorno successivo al termine ultimo previsto per la caricazione a seguito dell'estensione, e non ha avuto esitazioni ad optare per tale seconda soluzione.

f) l'individuazione del prezzo e del mercato di riferimento

Un ulteriore aspetto che si rivela sovente foriero di difficoltà è la comparazione tra il prezzo pattuito in contratto e quello di vendita in danno o quello esistente sul mercato di riferimento.

In un caso¹⁹⁷ parte venditrice (Toepfer) dopo aver contestato l'inadempimento degli acquirenti ha chiesto il risarcimento basato sulla differenza tra il prezzo di vendita originario e quello di mercato, deducendo l'esistenza di un deprezzamento estremamente significativo. La Sanhe ha sostenuto che la merce era stata invece

¹⁹⁵ *Bremer Handelsgesellschaft mbH v. Vanden Avenne-Izegem P.V.B.A.* (1978); si veda anche il caso *Societat Iberica de Molturacion v. Tradax* (1978), nel quale la Corte ha seguito il criterio per l'individuazione della "date of default" individuandolo nel momento in cui: *the last day for appropriation had come and gone.*

¹⁹⁶ *Lusograin Comercio Internacional De Cereas Ltda v. Bunge AG* (1986)

¹⁹⁷ *Sanhe Hope v. Toepfer* (2007)

venduta ad un terzo (Henan) senza incorrere in alcuna perdita (anzi, ad un prezzo superiore), mentre Toepfer aveva replicato di aver impiegato la merce per far fronte ad altre obbligazioni, ma che ciò significava che avesse proceduto ad una vendita in danno.

La Commercial Court ha sostenuto che ai fini della corretta interpretazione della Default Clause occorresse accertare se nel caso specifico vi fosse in realtà un unico carico disponibile per la appropriation in relazione ad entrambi i contratti stipulati da Toepfer con Sanhe e con Henan, o se invece la venditrice avesse disponibilità di merce tale da far fronte ad entrambi i contratti: nel primo caso si sarebbe trattato di una vendita a terzi dalla quale non sarebbe derivato alcun danno, nel secondo caso invece si sarebbe tratto di un semplice impiego della merce in esecuzione di un diverso contratto, e Toepfer sarebbe stata legittimata a reclamare il danno basato sulla differenza delle quotazioni di mercato alla data dell'inadempimento.

Non sempre è facile individuare il mercato di riferimento per determinare le quotazioni della merce.

Un esempio delle complessità che possono sorgere è rappresentato dal caso *Cerealmangimi c. Toepfer*¹⁹⁸ relativo ad una fornitura di 10.000 tonnellate di orzo di origine spagnola a condizioni CIF *one safe port west coast italy*.

Nonostante fossero stati emessi al porto di caricazione certificati "finali all'imbarco" che attestavano il regolare stato della merce, questa giunse al porto di sbarco con una rilevante infestazione. Sorse una disputa tra venditori ed acquirenti in merito alla necessità di procedere alla fumigazione ed alla assunzione dei costi relativi a tale operazione, ed al termine di una sosta della nave al porto di sbarco che aveva determinato l'insorgere di rilevanti controstaillie, i venditori dichiararono gli acquirenti in *default*, e procedettero alla vendita in danno.

Il prezzo conseguito per la vendita fu pari a 116 dollari la tonnellata; gli acquirenti chiesero però che la merce venisse consegnata a Venezia, ed accettarono di pagare sia le controstaillie maturate al porto di La Spezia, sia quelle che sarebbero eventualmente maturate a Venezia. Il prezzo effettivo del contratto venne in tal modo portato a 126 dollari la tonnellata. I venditori reclamarono il danno sulla base

¹⁹⁸ *Cerealmangimi S.p.A. v. Toepfer (The "Eurometal") (1980)*

della differenza tra 132 dollari previsti in contratto e 116 dollari corrispondenti al prezzo di vendita ai nuovi acquirenti, al netto delle somme versate per controspallie e spese ulteriori. La corte espresse il principio che non si potesse tener conto del prezzo pattuito con i sub-acquirenti, in quanto lo stesso risentiva delle peculiarità del caso specifico, e dell'aggiunta nel prezzo delle controspallie, e che fosse invece possibile solo ed esclusivamente adottare quale base di raffronto il valore di mercato della merce base CIF La Spezia.

Il giudice Lloyd, in particolare, espresse il principio che *"in arriving at the "loss" on resale it is essential to compare like with like"* segnalando cioè la necessità di adottare basi di raffronto quanto più possibile uniformi ed omogenee per la determinazione della differenza di prezzo.

Accade spesso che il venditore sostenga di aver dovuto vendere il carico in un mercato diverso da quello originario non avendo trovato acquirenti, e che il prezzo ottenuto dalla vendita al miglior offerente è sensibilmente inferiore rispetto a quello dovuto in base al contratto risolto. Tale tesi implica che venga adeguatamente provata l'attività svolta per reperire acquirenti alternativi (direttamente o tramite mediatori), in quanto la parte che reclama il risarcimento è tenuta ad attivarsi per mitigare il danno, e deve dunque provare di aver fatto quanto possibile per trovare un acquirente alle migliori condizioni possibili. Il punto è stato analizzato in numerose occasioni: così ad esempio nel caso *Norbenca c. Aceteira*,¹⁹⁹ nel quale i compratori hanno sostenuto *"the market price inside Africa was at the time depressed and the true market value was only determinable by the price a buyer was willing to pay"*.

Le motivazioni poste a base del lodo evidenziano in modo esemplare l'onere probatorio posto a carico della parte che si pretenda danneggiata al fine di provare il prezzo di mercato alla data dell'inadempimento.

g) la quantificazione del danno da *default* alla luce della più recente giurisprudenza inglese

Il punto relativo alla quantificazione del danno in base alla *default clause* dei contratti GAFTA e FOSFA è stato in tempi recenti oggetto di complessiva rivalutazione da parte della giurisprudenza inglese, in

¹⁹⁹ *Norbenca c. Aceteira* (1985)

particolare con il caso *Bunge v. Nidera*, giunto fino alla Supreme Court inglese, che ha indicato i principi fondamentali nella applicazione della *default clause*.

Il caso è uno dei numerosissimi contenziosi sorti per effetto dell'embargo disposto dalle autorità russe nell'agosto 2010.

Parte acquirente aveva stipulato un contratto di acquisto di 25.000 tonnellate di grano russo FOB Novorossiysk, con *shipment period 23-30 agosto 2010* e richiamo al contratto GAFTA FOB 49.

Le autorità russe avevano disposto in data 5 agosto 2010 un embargo sull'export di frumento, fissando l'inizio di efficacia del divieto al 15 agosto e fino al 31 dicembre 2010. Il 9 agosto i venditori avevano comunicato a parte acquirente che per effetto dell'embargo essi erano nell'impossibilità di eseguire il contratto e che si avvalevano della *prohibition clause*.

La comunicazione veniva respinta da parte acquirente, che eccepiva che la dichiarazione era prematura, essendo intervenuta prima dell'inizio di efficacia dell'embargo, che nulla provava che al momento della dichiarazione di *termination* da parte venditrice quest'ultima sarebbe stata effettivamente nella impossibilità di eseguire e che la condotta dei venditori determinava una *wrongful early termination*.

Resesi conto dell'errore commesso i venditori avevano provato a revocare la dichiarazione di *termination*, ma la proposta era stata respinta da parte acquirente, che aveva dato inizio ad un arbitrato GAFTA chiedendo un risarcimento del danno per un importo pari a 3.000.000 di dollari.

Qualche giorno dopo la comunicazione l'embargo era effettivamente entrato in vigore, dispiegando i suoi effetti.

Nell'arbitrato promosso da parte acquirente Bunge aveva sostenuto che di fatto Nidera non aveva subito alcun danno, dal momento che anche qualora non vi fosse stata la dichiarazione di *termination* del 9 agosto, per effetto dell'embargo che successivamente era effettivamente entrato in vigore il contratto non sarebbe stato comunque eseguito.

Gli arbitri avevano respinto la tesi di parte venditrice, con decisione confermata dalla High Court²⁰⁰ che aveva ritenuto che la *default clause* contenuta nei contratti GAFTA determinasse un meccanismo di calcolo del risarcimento che doveva prescindere da eventuali accadimenti successivi rispetto al momento del *default*.

Tale meccanismo ad avviso della High Court è adeguato e ragionevole, poiché «*fixing the damages by reference to market value promotes certainty and predictability, and helps inform the innocent party's decision whether or not to terminate*».

La decisione è stata impugnata da parte venditrice, ed è giunta alla Supreme Court inglese, che con statuizione unanime ha affermato il principio che la GAFTA *default clause* contempla un meccanismo di calcolo del risarcimento che non può prescindere dall'applicazione dei principi generali di diritto inglese in materia di risarcimento (in particolare il cd. *compensatory principle*, in virtù del quale il risarcimento deve indennizzare un danno concretamente subito, non puramente virtuale) e di obbligo della parte danneggiata di attivarsi per mitigare il danno subito.

La Supreme Court pertanto ha ribadito che qualora alla luce degli elementi disponibili emerga che di fatto alcun danno è stato subito dalla *innocent party*, non può darsi luogo ad alcun risarcimento. La Corte in particolare ha evidenziato che “*commercial certainty is undoubtedly important... but it can rarely be thought to justify an award of substantial damages to someone who has not suffered any*”.

Sulla base di tale premessa la Corte ha ridotto i danni riconosciuti a favore di parte acquirente dall'importo originario di oltre tre milioni di dollari all'importo simbolico di 5 dollari.

L'intervento della Supreme Court era stato da molti auspicato, in quanto era emerso un evidente contrasto nella giurisprudenza d'oltremarina.

Contemporaneamente alla sentenza di primo grado nel caso *Bunge c. Nidera* si era in effetti registrata una decisione di segno diverso, che

²⁰⁰ *Bunge SA v. Nidera BV (2013)*

aveva analizzato la *Default Clause* dei contratti FOSFA²⁰¹, in un contenzioso nascente da una vendita di olio di semi di arachidi alla rinfusa di origine senegalese alle condizioni CIF Genova.

Il 2 aprile 2008 le autorità senegalesi avevano proibito le esportazioni, parte venditrice aveva immediatamente dichiarato il contratto risolto, dichiarazione contestata dall'acquirente, che riteneva che la venditrice fosse incorsa in *anticipatory breach*.

Le restrizioni all'export erano rimaste in vigore nelle settimane successive ed alla data del 22 maggio 2008, ossia la scadenza del termine per la consegna originariamente pattuita, e la proibizione era stata rimossa solo il successivo 6 giugno 2008.

Parte venditrice dunque aveva sostenuto che di fatto l'acquirente non aveva subito alcun danno, perché il contratto sarebbe stato comunque risolto alla data prevista per la consegna, poiché questa sarebbe stata impedita.

Il FOSFA Board of Appeal rigettava la tesi di parte venditrice, riconoscendo un risarcimento in favore di parte acquirente pari a \$ 860.000.

I venditori hanno proposto appello, sulla base del rilievo che gli arbitri avrebbero dovuto prendere in considerazione quanto accaduto successivamente al 2 aprile 2008, ed in particolare il fatto che il contratto sarebbe giunto comunque alla risoluzione, senza che vi fosse alcun obbligo di risarcimento in capo ai venditori.

Nel decidere sulla impugnazione la corte ha ritenuto che l'ammontare del risarcimento dovuto dal venditore che si renda inadempiente può variare in modo considerevole a seconda che *l'innocent buyer* proceda o meno all'acquisto in danno, e che in particolare in base alla FOSFA Default Clause il risarcimento varia a seconda che la parte proceda alla stipulazione di un contratto sostitutivo, o si limiti invece a chiedere il risarcimento sulla base del raffronto con le quotazioni di mercato esistenti alla data del default.

Solo nel primo caso ad avviso della corte la *innocent party* ha titolo per chiedere la differenza tra il prezzo originario e quello sostitutivo,

²⁰¹ *Novasen v. Alimenta (2011)*

senza tener conto se le circostanze sopravvenute avrebbero portato comunque alla risoluzione.

Qualora invece la *innocent party* non proceda alla stipulazione del contratto sostitutivo trovano applicazione nella loro interezza i principi di *common law* consacrati nel Sale of Goods Act, con la conseguenza che alcun diritto al risarcimento può riconoscersi qualora per effetto delle restrizioni o per altre circostanze sopravvenute il contratto non avrebbe potuto comunque trovare esecuzione.

La decisione riprende le argomentazioni contenute nella sentenza della House of Lords nel caso “*The Golden Victory*”²⁰².

Le decisioni si collocano nel solco di una ormai crescente giurisprudenza in materia di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, che considera l'intero complesso dei fattori in gioco, senza limitarsi ad una applicazione statica del parametro rappresentato dalla differenza tra prezzo (o nolo nel caso di charter party) e quotazione di mercato esistente alla data dell'inadempimento, applicando un criterio che tenga conto di ogni possibile elemento favorevole per la parte reclamante e suscettibile di ridimensionare l'ammontare del risarcimento.

²⁰² *Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kubishka Kaisha (2007)*

CAPITOLO 7

GLI EVENTI CHE ESONERANO DALLA RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO

1. Introduzione

Un gruppo di clausole presenti in praticamente tutti i principali formulari di vendita di *commodities* disciplina l'eventualità che una delle parti si trovi nella totale o parziale impossibilità di adempiere, o che le condizioni esistenti al momento della stipulazione vengano modificate in modo drastico alterando così l'equilibrio del contratto.

La vita di un contratto di vendita di materie prime può essere (e molto spesso effettivamente è) travagliata: le parti possono fronteggiare situazioni impreviste, condizioni atmosferiche eccezionali, calamità naturali.

Spesso l'esecuzione è ritardata o resa impossibile da agitazioni o scioperi, dal sorgere improvviso di conflitti, o da impreviste restrizioni all'*export* (eventi questi che non sono infrequenti, in quanto le materie prime provengono spesso da paesi in cui vigono regimi che intervengono in modo autoritario vietando senza alcun preavviso l'esportazione di determinate derrate, o sistemi politici soggetti a colpi di stato o agitazioni).

Il rischio di restrizioni all'esportazione è divenuto crescente negli ultimi anni, in considerazione del fatto che l'aumento esponenziale del fabbisogno mondiale di materie prime impone sempre più spesso a paesi tradizionalmente esportatori di intervenire per garantire che le scorte siano sufficienti a coprire le esigenze del mercato interno.

Quando la vendita ha ad oggetto non un bene determinato, bensì una partita individuata solo nel genere, la maggior difficoltà nel reperimento della merce non determina automaticamente l'impossibilità ad adempiere: se una determinata partita di merce fungibile (ossia sostituibile con altra della medesima natura specie e qualità) diventa non più disponibile la parte venditrice è comunque tenuta a reperire - anche a costo fortemente maggiore, se necessario - un ulteriore lotto dello stesso genere e caratteristiche con il quale far fronte alle proprie obbligazioni.

Tuttavia, può accadere che le specifiche della merce siano talmente tassative e peculiari che la partita oggetto della vendita sia di fatto l'unico lotto presente sul mercato. Può inoltre accadere che nelle specifiche contrattuali o nella descrizione della merce venga indicato il luogo d'origine ed il periodo di produzione, o ancora vi sia l'indicazione di uno o più singoli porti di imbarco, in modo da circoscrivere grandemente la gamma di opzioni possibili e determinare un'ipotesi di *force majeure* in situazioni in cui in mancanza di indicazioni così tassative il contratto resterebbe in realtà eseguibile.

In altri casi il reperimento di un lotto sostitutivo può essere talmente complesso o oneroso che di fatto il venditore si trova nella materiale impossibilità di reperirlo in tempo utile. Ancora, può accadere che l'esportazione sia vietata in tutto o in parte per effetto dell'intervento delle autorità del paese d'origine.

Al fine di prevenire e disciplinare simili evenienze le parti sono solite pattuire clausole con le quali prevedono che ricorrendo determinati eventi esse sono esonerate da ogni obbligo e non sono responsabili per i danni nascenti dalla mancata esecuzione del contratto.

Tali pattuizioni sono di regola racchiuse in una clausola tradizionalmente definita "*force majeure*", e che è presente in praticamente tutti i formulari delle varie Associazioni: si tratta di clausole spesso dettagliate ed articolate che rappresentano allo stesso tempo uno dei tratti distintivi dei contratti tipo ed uno dei vantaggi nascenti dal loro uso, poiché la nozione di *force majeure* non esiste nel diritto inglese, ed accade frequentemente che contratti stipulati senza far richiamo ai formulari contengano riferimenti estremamente sommari e parziali (come ad esempio ad una "*generally recognized force majeure*") che si espongono a forti incertezze di interpretazione.

Nei contratti GAFTA e FOSFA particolare rilievo assumeva (prima delle modifiche apportate di recente e che verranno esaminate tra breve) la "*Prohibition Clause*", con la quale viene invece prevista e disciplinata l'eventualità che l'esecuzione del contratto sia impedita (o resa molto più gravosa del previsto) per effetto dell'intervento di autorità locali (di regola in relazione alla sopravvenuta penuria delle scorte esistenti, che rende necessaria la limitazione dei quantitativi destinati all'esportazione).

La distinzione, sotto il profilo pratico ed interpretativo, delle due tipologie di clausole è sovente difficile, e l'esame della casistica disponibile evidenzia che le due clausole vengono di regola richiamate congiuntamente, sul presupposto che determinati eventi ricadono (o possono ricadere) in entrambe le previsioni, con la conseguente incertezza della parte che invoca l'operatività della clausola circa la configurabilità del singolo evento come *prohibition* o *force majeure*.

Con la nozione di *frustration* si indicano invece in *common law* le situazioni che si verificano allorquando, a seguito di eventi sopravvenuti, l'obbligo di una parte del contratto sia drasticamente mutato rispetto a quanto originariamente pattuito, e l'adempimento diviene, per cause sopravvenute e non previste, tale da alterare in modo sensibile l'equilibrio stesso del rapporto contrattuale.²⁰³

Una disciplina particolare viene infine dettata in relazione alle ipotesi in cui sopravvenga uno stato di difficoltà finanziaria o dissesto di uno dei contraenti, tale da pregiudicarne in modo irreparabile la capacità ad adempiere: si tratta di una clausola spesso definita come *bankruptcy clause*, presente (con formulazioni diverse) in numerosi dei modelli contrattuali in esame.

2. Le clausole di *Prohibition* e *Force Majeure*

La disciplina in materia di *prohibition* è divenuta di particolare rilievo a seguito delle proibizioni all'export disposte dalle autorità russe ed ucraine nell'estate del 2010, generando una serie relevantissima di contenziosi, che hanno portato a pronuncia di particolare rilievo.

La distinzione tra *prohibition clauses* e *force majeure clauses* è tradizionalmente complessa, poiché si tratta di pattuizioni che in

²⁰³ La tesi che il contratto sia stato reso di impossibile esecuzione per effetto di una *frustration* difficilmente viene accolto dalle corti inglesi. Ad esempio, nel caso *CTI Group INC vs. Transclear SA (the Mary Nour, 2008)* il venditore di numerose partite di cemento avevano sostenuto la tesi della intervenuta *frustration* dal momento che i loro fornitori avevano interrotto la fornitura in conseguenza di un cartello operato nel mercato messicano. La corte ha tuttavia rigettato la domanda ritenendo che i venditori dovessero sopportare il rischio legato alla sopravvenuta indisponibilità dei loro fornitori, e che era in ogni caso possibile reperire sul mercato lotti alternativi di merce sebbene a condizioni molto più svantaggiose.

qualche misura si sovrappongono e mirano a disciplinare fattispecie che presentano molteplici punti di contratto.

Pur rispondendo ad esigenze comuni, sono poi ravvisabili differenze non trascurabili nel testo e nella impostazione delle clausole di forza maggiore contenute nei vari formulari.

Per questo motivo nel 2014 si è dato corso ad una importante revisione delle clausole in esame, con l'introduzione di una nuova pattuizione ora denominata "Prevention of Shipment/Delivery", che si applica dal 1 giugno 2014 a tutti i contratti Gafta FOB, C&F e CIF.

La clausola in particolare è denominata "prevention of shipment" nei contratti CIF e "prevention of delivery" nei contratti FOB.

Si è optato per un testo consolidato nel desiderio di eliminare le incertezze di applicazione ed interpretazione nascenti da la coesistenza di *prohibition* e *force majeure*.

In sintesi le modifiche sono riassumibili come segue:

- i. la *force majeure* è di fatto la fattispecie che racchiude tutte le ipotesi che impediscono la regolare esecuzione del contratto, includendo ora anche tutte le ipotesi di *prohibition* (e gli atti di terrorismo);
- ii. Il venditore che intende invocare un evento di *force majeure* è tenuto a provare che la performance del contratto è "*prevented*", ossia impedita in tutto o in parte;
- iii. la precedente disciplina in materia di *prohibition* determinava la risoluzione automatica del contratto, mentre ora è prevista un'opzione a favore del compratore. La efficacia del contratto è sospesa per un periodo iniziale di 21 giorni decorrente dalla fine del *delivery period*, in seguito il contratto può essere risolto per effetto di una *notice of cancellation* ad opera dei compratori, oppure qualora vi siano ulteriori 14 *consecutive days* di forza maggiore;
- iv. il vecchio testo della *force majeure clause* poneva a carico dei venditori l'onere di trasmissione di due diverse *notices*, una prima che segnalava l'esistenza di un ritardo che impediva uno *shipment* tempestivo, la seconda con la quale si chiedeva una

extention; tale obbligo è stato ora rimosso, rendendo meno onerosa la posizione del venditore.

A seguito delle modifiche introdotte nel 2014 è venuta meno l'esigenza di distinguere in modo rigoroso tra le due fattispecie, e possono farsi alcune considerazioni di carattere generale circa i presupposti richiesti per l'operatività delle pattuizioni in esame.

Quanto alla *prohibition* ed agli elementi di fatto che devono ricorrere affinché un divieto all'esportazione sia suscettibile di determinare un esonero di responsabilità per impossibilità sopravvenuta, si possono (in via di estrema sintesi) individuare i seguenti presupposti fondamentali:

- a) In primo luogo, il divieto all'esportazione deve essere frutto di un'imposizione proveniente da una norma di legge, o un provvedimento delle autorità competenti.
- b) In secondo luogo, tale provvedimento deve concretamente impedire l'esportazione della merce dal paese di origine, o impedire la caricazione nel porto o nei porti nominati nel contratto, e deve di fatto rendere impossibile qualunque forma di esportazione. La *prohibition clause* prende di regola in considerazione provvedimenti restrittivi o di divieto all'esportazione, non gli effetti di provvedimenti che eventualmente limitino l'importazione della merce: solo i primi possono dar luogo ad una risoluzione contrattuale senza conseguenze per il venditore, mentre i secondi restano estranei all'ambito di applicazione della *prohibition clause*.
- c) Infine, trova applicazione anche qui il principio sopra già più volte esaminato ed espresso con la massima "*time is of the essence*": dal momento che le conseguenze connesse alla *prohibition clause* sono di particolare peso, in quanto la pattuizione offre a parte venditrice la possibilità di dichiarare l'intervenuta risoluzione del contratto restando esonerata dalle obbligazioni da esso nascenti, è posto a carico del venditore un onere probatorio particolarmente rigoroso riguardo alle circostanze di fatto e diritto che integrano la *prohibition*, e le comunicazioni relative all'intervenuto divieto all'esportazione devono essere trasmesse al compratore con estrema tempestività.

Quanto alla *force majeure clause*, essa trova applicazione qualora ricorrano precisi requisiti e presupposti in punto di fatto da tempo

delineati dalla giurisprudenza di *common law*, che ha individuato tre classici elementi costitutivi della forza maggiore, ossia

- | |
|--|
| a) che l'evento sia al di fuori del controllo delle parti,
b) sia imprevedibile,
c) sia tale da non consentire l'esecuzione del contratto o di una obbligazione che ne costituisce un elemento centrale. |
|--|

Anche in relazione alla *force majeure* è imperativo che la parte che vi è legittimata invochi con estrema tempestività il ricorso di una causa di esonero,²⁰⁴ evidentemente al fine di evitare che una parte possa utilizzare la forza maggiore come pretesto per giustificare *a posteriori* eventuali inadempimenti.

Le clausole in esame sono state ripetutamente rimaneggiate nel corso degli anni, al fine di rispondere ad alcune questioni interpretative sorte in contenziosi divenuti ormai *leading cases*, ed è possibile delineare ormai con una certa precisione i principi fondamentali che ispirano e regolano l'interpretazione e l'applicazione al caso concreto delle pattuizioni in esame.

a) l'estensione dell'esonero di responsabilità in caso di *prohibition* o *force majeure*

Laddove ricorrano gli estremi della *prohibition* o della *force majeure* l'esonero per la parte legittimata ad invocare il ricorso della clausola è totale, anche qualora essa abbia assunto impegni particolarmente stringenti in relazione al reperimento ed alla consegna della merce.²⁰⁵

Le parti del contratto possono però prevedere in anticipo il sopravvenire di misure restrittive all'*export*, e possono spingersi ad escludere in modo espresso che il mancato conseguimento della

²⁰⁴ Il principio è ormai ampiamente consolidato: se veda ad esempio la formulazione della clausola ICC di "force majeure" 2003, che chiarisce che la parte che invoca il ricorso di una causa di forza maggiore ottiene l'esonero dall'adempimento dei propri obblighi contrattuali solo a condizione che essa abbia tempestivamente notificato alla propria controparte il ricorso dell'evento di forza maggiore. La clausola in particolare prevede che laddove tale comunicazione non sia fatta con la dovuta tempestività essa avrà effetto solo dal momento in cui viene notificata alla controparte.

²⁰⁵ Pagnan S.p.A. v. Tradax Ocean Transportation S.A. (1986)

licenza o il permesso all'esportazione sia di per sé causa di esonero da responsabilità per inadempimento.²⁰⁶

b) l'onere della prova

Piuttosto cospicuo è il numero di casi in cui si è analizzato in dettaglio l'onere probatorio posto a carico della parte che invoca il ricorso delle clausole di *force majeure* o di *prohibition*. L'estensione degli oneri probatori posti a carico del venditore in caso di divieti all'*export* sono stati posti in luce con particolare evidenza in un complesso di arbitrati (e nei successivi giudizi sorti a seguito della impugnazione dei lodi resi dagli arbitri GAFTA e FOSFA) nati per effetto degli enormi disagi che derivarono nel corso del 1973 a causa di due eventi successivi, ossia alcune disastrose inondazioni del Mississippi, che comportarono la impraticabilità del fiume e di numerosi suoi affluenti, e determinarono gravi ritardi e problemi, ed un successivo intervento dell'American Department of Commerce (USDC) che, temendo che potessero verificarsi carenze per il fabbisogno interno della soia di produzione nazionale, intervenne proibendo improvvisamente le esportazioni.²⁰⁷

L'intervento dell'USDC ebbe un drammatico (e prevedibile) impatto sul prezzo della soia,²⁰⁸ e tale impennata indusse naturalmente tutti i venditori a invocare gli effetti della *prohibition clause* e della *force majeure clause* contenuta nei contratti esistenti (che in larga parte richiamavano le condizioni del formulario GAFTA 100). Gli acquirenti si trovarono nella stessa situazione, poiché essi avevano a loro volta venduto la merce a terzi, e fronteggiavano dunque le richieste di adempimento provenienti dalle loro controparti.

²⁰⁶ *Atisa S.A. v. Aztec A.G. (1983)*

²⁰⁷ *Con ogni probabilità trascurando le disastrose conseguenze che da tale embargo sarebbero derivate per i contratti esistenti: alcuni degli arbitrati sorti a seguito degli eventi del 1973 hanno permesso di accertare che si erano realizzate filiere contrattuali che andavano da un numero di trenta fino a cento diversi contratti!*

²⁰⁸ *Tra il 10 maggio e il 18 giugno il prezzo subì un'impennata da 338 dollari a 452,50 dollari per tonnellata. Il 20 giugno il prezzo si era già attestato a 590 dollari, per salire a 650 dollari il successivo 6 luglio, subendo poi un lieve ribasso a 635 dollari il 10 luglio, e scendere ancora a 585 dollari l'11 luglio e 475 dollari il 18 luglio 1973.*

I contenziosi insorti a seguito dall'embargo hanno analizzato in profondità gli effetti e la portata della *prohibition clause* e della *force majeure clause* dei formulari GAFTA e FOSFA, ed hanno messo in evidenza l'estrema gravosità degli oneri probatori posti a carico di parte venditrice. Gli acquirenti argomentarono infatti che per poter invocare l'esonero di responsabilità offerto dalle clausole sopra citate la parte venditrice era tenuta:

- a) ad identificare lo *shipper*, e dunque a risalire al primo anello della filiera contrattuale,
- b) a provare che l'adempimento da parte del singolo *shipper* era stato impedito o ritardato dall'embargo,
- c) a provare che non vi era stata alcuna possibilità per alcuna delle parti della filiera, e dunque per alcuno degli *intermediate sellers*, di adempiere al contratto (ad esempio reperendo merce già disponibile e non colpita dall'embargo, oppure acquistando merce viaggiante).

Divenne presto evidente che un simile onere probatorio era di portata tale da essere di fatto di impossibile assolvimento da parte dei venditori e, seppur con pronunce contrastanti e motivazioni divergenti, dapprima gli arbitri e successivamente le Corti adite nei giudizi di appello, hanno elaborato il principio che in circostanze eccezionali (quali appunto l'embargo USA del 1973) un venditore CIF non è tenuto a fornire la prova dell'impossibilità di eseguire il contratto acquistando merce viaggiante,²⁰⁹ e che ciascun *intermediate seller* può invocare gli effetti dell'embargo senza dover necessariamente risalire all'origine della filiera contrattuale.

Va tenuto presente che, per giurisprudenza ormai consolidata, il ricorso di un esonero di responsabilità per effetto di un caso di *prohibition* o *force majeure* è subordinato ad un puntuale accertamento di tutte le circostanze esistenti, con un approccio ispirato a particolare rigore e severità volto ad appurare se effettivamente la parte che invoca l'esonero si trovi nella materiale ed effettiva impossibilità ad adempiere per effetto di un evento imprevisto ed imprevedibile. Le parti peraltro possono peraltro stabilire esse stesse quando ed in che condizioni una di esse può

²⁰⁹ Si veda il caso *Tradax v. André* (1975) ed ivi ampi richiami agli altri contenziosi

avvalersi della clausola ed in che modo va provato l'evento che dà luogo alla *force majeure*.²¹⁰

Qualora ricorra un divieto all'*export* l'atteggiamento di regola tenuto da arbitri e giudici inglesi è ispirato ad un certo pragmatismo,²¹¹ e la valutazione della diligenza posta in essere dalla parte che invoca l'esonero viene di regola fatta accertando l'esistenza di una *reasonable possibility* di rimuovere o eludere il divieto.

c) il grado di impossibilità sopravvenuta

La *prohibition* determina un'impossibilità assoluta di eseguire il contratto; non è sufficiente un provvedimento che abbia l'effetto di rendere (solo) maggiormente onerosa l'esecuzione del contratto.²¹²

Qualora il venditore possa adempiere in vari modi, solo alcuni dei quali siano impediti, esso resta tenuto ad eseguire il contratto e pertanto, a meno che non si possa ritenere che le parti abbiano inteso fare riferimento ad un'unica modalità di esecuzione e questa sia stata resa impossibile per effetto di una *prohibition*, la parte venditrice non può invocare gli effetti della *prohibition clause*.

Può accadere che il divieto di esportazione non sia totale ed assoluto, ma sia solo parziale (come nel caso in cui l'esportazione sia subordinata al rilascio di licenze). In tal caso il ricorso della *force majeure* è ammesso solo a condizione che la parte tenuta all'adempimento dia prova di aver adottato ogni ragionevole iniziativa per rimuovere l'impedimento,²¹³ ma non richiede che tale impedimento sia totale: la causa di forza maggiore può investire anche solo una parte contratto e delle obbligazioni da esso nascenti.

²¹⁴

d) l'eccezionalità ed imprevedibilità della causa di forza maggiore

Per dar vita ad un esonero totale di responsabilità per inadempimento la causa di forza maggiore deve avere carattere

²¹⁰ *Hoecheong Products Co. Ltd. v. Cargill Hong Kong Ltd. (1995)*

²¹¹ *Provimi Hellas A.E. v. Warinco A.G. (1977)*

²¹² *Exportelisa S.A. v. Rocco Giuseppe & Figli Soc. Coll. (1977)*

²¹³ *Agroexport State Enterprise for Foreign Trade v. Compagnie Européenne de Céréales (1974)*

²¹⁴ *Intertradex S.A. v. Lesieur-Tourteaux S.A.R.L. (1978)*

eccezionale: non sono ritenute sufficienti circostanze che, sebbene tali da alterare in modo sensibile il contesto nel quale si colloca il contratto, non assumano i contorni dell'evento assolutamente imprevisto ed imprevedibile.

Significativo al riguardo è un contenzioso risolto dalla Chambre Arbitrale de Paris²¹⁵ nascente da un contratto soggetto alle condizioni INCOGRAIN nel quale parte venditrice si era impegnata a consegnare una partita di cereali “*franco wagons – citernes Modane/transit*”, ed era risultato impossibilitato ad eseguire la consegna non avendo ottenuto dalle ferrovie di stato francesi una deroga per l'Italia. Gli arbitri hanno ritenuto che l'evento non potesse in alcun modo qualificarsi come *force majeure*, alla luce del fatto che lo stesso venditore aveva riconosciuto che la vendita era sottoposta ad un accordo con le Ferrovie di Stato francesi, e dunque avrebbe dovuto pattuire una clausola *ad hoc* che tenesse conto dell'eventualità che l'autorizzazione non fosse accordata nei termini auspicati.

Alcune recenti sentenze (spesso determinate dai contenziosi derivati dall'embargo russo del 2010) hanno analizzato in modo dettagliato i meccanismi in esame.

Un primo caso²¹⁶ ha avuto ad oggetto la vendita di 25.000 tonnellate di grano russo raccolto 2110 FOB Novorossiysk, con *shipment* previsto nel periodo 23/30 agosto 2010, e contratto che richiamava il contratto GAFTA 49. Il 5 agosto 2010 i compratori avevano nominato la nave, ma lo stesso giorno il governo russo aveva reso pubblico un divieto all'esportazione dal 15 agosto al 31 dicembre 2010.

I venditori ritenevano di potersi immediatamente avvalere della *Prohibition Clause*, e dichiaravano che il contratto non era più eseguibile.

La dichiarazione veniva però rigettata da parte acquirente, che riteneva che i venditori avessero agito in modo prematuro, e dichiarava pertanto a sua volta la risoluzione per *anticipatory breach* dei venditori.

²¹⁵ Il lodo è pubblicato nel sito della Chambre Arbitrale de Paris con il titolo “*Force majeure (formule n. 14)*”

²¹⁶ *Bunge SA v. Nidera BV (2013)*

Successivamente l'acquirente Nidera promuoveva arbitrato per il risarcimento dei danni; la venditrice contrastava la domanda sostenendo che il divieto disposto dalle autorità russe aveva determinato la risoluzione immediata del contratto, poiché alla data del 5 agosto era evidente che esso non potesse essere eseguito entro lo *shipment period*.

La tesi è stata però respinta dagli arbitri, che hanno sottolineato che la *prohibition clause* non esonera la parte che la invoca dall'onere di provare che l'esecuzione è divenuta effettivamente impossibile, e che tale prova non fosse stata fornita nel caso concreto, poiché al momento in cui il venditore aveva dichiarato la risoluzione vi era comunque la possibilità in linea teorica che il divieto venisse rimosso o attenuato.

Da tempo in effetti la giurisprudenza inglese interpreta la *Prohibition Clause* nel senso che il venditore è tenuto a provare di essere stato materialmente impossibilitato ad eseguire il contratto, e che una attenuazione di tali oneri probatori avrebbe conseguenze irragionevoli: in uno dei *leading cases*²¹⁷ la Corte ha in particolare efficacemente rimarcato che «*prohibitions of export are a sellers' nightmare, but the clause, so construed, would convert them into a sellers' dream*».

Un altro recente caso²¹⁸ ha avuto ad oggetto la corretta interpretazione della definizione «*any executive act .. restricting export*».

Il contenzioso è sorto da un contratto di vendita di 3000 tonnellate di grano di origine ucraina/russa, C&F porto israeliano. Il contratto richiamava le condizioni Gafta 48, e tra queste la *prohibition clause*, che recita:

«*...in case of any executive or legislative act done by or on behalf of the government of the country of origin... restricting export, whether partially or otherwise, any such restriction shall be deemed by both parties to apply to this contract and to the extent of such total or partial restriction to prevent fulfilment whether by shipment or by any other means whatsoever and to that extent this contract or any unfulfilled portion thereof shall be cancelled.*»

²¹⁷ *Pancommerce v. Veecheema (1983)*

²¹⁸ *Seagrain v. Glencore Grain BV (2013)*

Le autorità ucraine avevano poco prima della esecuzione da parte di Seagrain introdotto una nuova normativa in materia di campionamento ed analisi, stabilendo che i campioni dovessero essere raccolti ed esaminati durante le operazioni di imbarco, ed avevano inoltre disposto che le operazioni doganali potessero essere completate solo a seguito delle analisi, designando un unico soggetto autorizzato ad analizzare i campioni, ossia il Research Forensic Institute di Kiev.

La venditrice dichiarava la risoluzione del contratto, invocando la *Prohibition Clause*, e sostenendo che tali disposizioni avevano di fatto reso impossibile l'esecuzione.

La dichiarazione era stata contestata dai compratori, che contestavano che la situazione derivata dagli interventi delle autorità ucraine potesse farsi rientrare nell'ambito di applicazione della clausola; la tesi veniva accolta dagli arbitri GAFTA in primo e secondo grado, sulla base del rilievo che non vi era stata nessuna effettiva restrizione alle esportazioni, e che per potersi avvalere della *prohibition clause* i venditori dovevano dimostrare di aver adottato ogni azione disponibile o per eseguire la caricazione, o per trovare un lotto di merce alternativo.

Il lodo veniva impugnato dalla venditrice, che lamentava che gli arbitri non avessero valutato con sufficiente attenzione gli effetti concreti dei provvedimenti delle autorità ucraine, e che in particolare per effetto delle norme approvate alla fine di luglio 2010 sarebbe stato impossibile eseguire la consegna entro il termine previsto in contratto.

La corte ha però respinto tali argomentazioni, evidenziando che:

- a) la *prohibition* ricorre solo in presenza di situazioni sopravvenute, successive alla stipulazione del contratto
- b) la definizione *any executive act....restricting export* va interpretata in modo restrittivo, riferendosi solo a provvedimenti che contengono vere e proprie restrizioni all'export, non che lo rendano più complesso o costoso.

La sentenza è una nuova conferma della posizione della giurisprudenza inglese riguardo ai meccanismi di funzionamento della *prohibition clause*: la clausola offre una protezione per la parte

che si trova incolpevolmente nella impossibilità di eseguire per effetto di divieti imprevisti e sopravvenuti, ma impone oneri probatori rigorosi con riguardo agli effetti concreti di tali provvedimenti, e la conseguente impossibilità di eseguire il contratto.

3. La “*frustration*”

Oltre alle clausole di forza maggiore e di *prohibition* sopra esaminate, nei contratti soggetti a legge inglese (e dunque in particolare nei contratti GAFTA e FOSFA) assume rilievo l'istituto della *frustration*, che ricorre in circostanze piuttosto eccezionali, allorché (senza che vi sia responsabilità di una delle parti) un contratto diviene impossibile esecuzione perché un mutamento delle circostanze iniziali lo ha reso radicalmente diverso dal suo contenuto originario. Si tratta di un istituto tipico del diritto inglese che non coincide del tutto con le ipotesi previste nel nostro ordinamento della risoluzione per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta: la *frustration* ricorre allorché si verificano eventi imprevedibili ed inevitabili, sopravvenuti alla data di stipulazione del contratto, che rendono l'esecuzione impossibile da un punto di vista pratico, oppure irragionevole o eccessivamente complessa.

Non tutti gli eventi che impediscono l'esecuzione del contratto danno vita ad una *frustration*, in quanto è necessario che tali accadimenti sopravvenuti modifichino radicalmente il quadro contrattuale, e laddove il contratto sia stato predisposto con la dovuta flessibilità ed elasticità al punto da estendersi anche a tale mutato stato di cose, l'eccezione di *frustration* non è di regola possibile.

Non è neppure facile distinguere tra *frustration* ed *impossibility*: sebbene con una certa approssimazione può dirsi che la differenza tra le due ipotesi risiede nel fatto che l'impossibilità riguarda le specifiche obbligazioni previste in contratto, mentre la *frustration* agisce “a monte”, ossia sulla causa del contratto e le motivazioni che hanno indotto le parti alla sua stipulazione.

In un caso molto recente²¹⁹ la Court of Appeal, confermando la posizione già espressa dalla High Court ha ribadito la sostanziale eccezionalità del ricorso della *frustration*, affermando il principio che nella vendita internazionale di *commodities* il venditore è tenuto all'adempimento anche qualora sia privato della fonte di

²¹⁹ *CTI Group Inc v. Transclair SA (2008)*

approvvigionamento originariamente prevista, e che il rifiuto da parte del traduttore non è di per sé idoneo a determinare la *frustration*. [La Corte in particolare ha evidenziato che “*commodities seller undertakes a personal obligation to procure the delivery of the contractual goods and thereby takes the risk of his suppliers failure to perform*” e che al di fuori dei casi di *prohibition* la *frustration* può ricorrere solo in via piuttosto eccezionale, e va esclusa tutte le volte in cui “*the performance of the contract, though practical difficult, remains fiscally or legally possible*”].

4. La disciplina prevista in caso di scioperi o agitazioni: la *strike clause*

Le *strikes clauses* sono volte a disciplinare le conseguenze che nascono da scioperi, serrate, agitazioni e situazioni ad esse assimilabili.

Esse hanno formulazioni diverse, e possono essere contenute nella *force majeure clause* (è questo ad esempio il caso del contratto GAFTA 100 CIF, o del contratto FOSFA 4 FOB) o ricevere disciplina *ad hoc*, come nel caso del diffuso contratto GAFTA FOB 64. Pur presentando differenze talora marcate nella loro formulazione le *strike clauses* hanno tratti comuni, e gli elementi salienti possono essere riassunti in sintesi come segue:

- a) tutte le *strike clauses* prevedono che il verificarsi di uno sciopero o un evento ad esso assimilabile determina la sospensione del termine previsto per l'adempimento, per un lasso di tempo che varia da contratto a contratto.
- b) lo sciopero non determina la risoluzione automatica del contratto: occorre valutare caso per caso concreto se il protrarsi dell'agitazione sia tale da incidere in modo concreto ed effettivo sulla esecuzione del contratto.
- c) la parte che intende invocare gli effetti della *strike clause* deve agire con la massima tempestività, entro termini che possono essere estremamente limitati.

La differente impostazione delle *strike clauses* contenute nei vari contratti determina differenze sostanziali nei meccanismi di funzionamento e nella tutela offerta alle parti del contratto.

La *strike clause* dei contratti GAFTA FOB prevede che il venditore è tenuto a provare che la consegna è in concreto impedita dallo sciopero, e richiede la trasmissione di due diverse comunicazioni affinché il venditore possa beneficiare di una estensione del termine di consegna; successivamente al ricevimento della prima comunicazione con la quale viene dichiarata l'esistenza di una situazione riconducibile ad uno *strike* il compratore resta dunque obbligato a far presentare la nave entro il termine originario al porto di imbarco, e ciò evidentemente determina una situazione di incertezza, poiché il compratore è esposto al rischio di sapere solo due *business days* dopo la scadenza del *delivery period* originario se il venditore intende effettivamente richiedere l'estensione (trasmettendo la prescritta seconda comunicazione).

In sostanza, dunque, il compratore è posto di fronte all'opzione di non far presentare la nave entro il termine originario (rischiando in tal modo di essere inadempiente), o presentarsi al porto di imbarco con il rischio che lo sciopero si protragga. Un rimedio a tale stato di cose può essere rappresentato dall'opportunità offerta al compratore FOB di chiedere un'estensione, sebbene evidentemente ciò espone al pagamento delle *carrying charges*.

Va tenuto presente in ogni caso che il periodo di estensione richiesto dal venditore per effetto dello sciopero viene meno nel momento stesso in cui le agitazioni non incidono più sulla esecuzione del contratto e diventa possibile consegnare la merce. Entrambe le parti dunque devono essere pronte ad eseguire (ossia a consegnare e ricevere) non appena termina lo sciopero, e può divenire particolarmente importante al riguardo concordare in modo espresso un periodo entro il quale ultimare tali attività, poiché molto spesso accade che per un periodo più o meno esteso successivo alla conclusione dello sciopero le attività in ambito portuale restino fortemente rallentate o ostacolate.

La *strike clause* nel contratto GAFTA CIF si distingue dalla omologa pattuizione contenuta nei formulari FOB prevedendo che il venditore debba specificare con la sua *first notice* il porto o i porti di imbarco dai quali la merce deve essere caricata, con la conseguenza che la caricazione eseguita dopo il termine previsto in contratto viene limitata al porto o ai porti così identificati.

La logica di una simile previsione nel contratto GAFTA CIF 100 in verità non è del tutto chiara: la clausola probabilmente offre al

venditore la possibilità di beneficiare di un esonero laddove abbia programmato di eseguire la caricazione da un determinato porto colpito dallo sciopero, anche qualora il contratto non obblighi a consegnare tassativamente in quello specifico porto. Si tratta dunque di una deroga rispetto al principio generale nei contratti CIF in base al quale il venditore è comunque tenuto all'adempimento, ogni qualvolta sia impossibile caricare al porto originariamente previsto, avvalendosi di un porto alternativo.

I contratti FOSFA contengono una disciplina che presenta alcune differenze rispetto a quella dei contratti GAFTA. Gli oneri probatori restano invariati, poiché nei contratti FOB il venditore deve provare che lo sciopero ha effettivamente e concretamente impedito l'imbarco, tuttavia con riguardo alla presentazione della nave la posizione è diversa, poiché i contratti FOSFA prevedono un'automatica estensione del contratto per un periodo di 21 giorni oltre la conclusione dello sciopero qualora questo abbia effettivamente impedito la caricazione entro il *delivery period*. Si tratta di un'estensione automatica, che offre al compratore una situazione di maggiore certezza, poiché sa di poter confidare su tale termine ulteriore senza essere tenuto a attendere comunicazioni da parte del venditore.

La *force majeure clause* contenuta nei contratti FOSFA CIF contempla invece una automatica estensione fino a 30 giorni successivi al venir meno dello sciopero, a meno che il termine per la consegna previsto in contratto non sia inferiore a 30 giorni, poiché in questo caso l'estensione viene concessa per un termine pari all'originario *shipment period*. Al pari della clausola contenuta nel contratto GAFTA 100 la pattuizione conferisce al venditore il diritto di invocare un esonero allorquando vi sia uno sciopero o un evento di forza maggiore che impedisca la caricazione in uno o più dei possibili porti di imbarco, ma senza che vi sia la necessità che l'ostacolo riguardi tutti i porti, a condizione che il venditore comunichi al compratore il porto di imbarco previsto entro 7 giorni.

Tale disciplina ribalta in modo abbastanza vistoso la posizione classica dei contratti CIF, in quanto nelle vendite CIF FOSFA il venditore non è obbligato a caricare in un porto alternativo, o comprare merce viaggiante, allorquando il porto di imbarco che egli intende impiegare sia interessato dallo sciopero.

Il venditore ha dunque diritto di indicare nella propria dichiarazione quale sia il porto previsto successivamente al sorgere dello sciopero o del caso di forza maggiore, in modo da poter beneficiare di tale estensione. Esso sarà tuttavia tenuto successivamente a consegnare presso tale porto qualora la consegna divenga possibile entro 60 giorni oltre l'originale *shipment period*, il che evidentemente pone a carico del venditore la necessità di sincerarsi dell'effettiva possibilità di caricare in tale porto.

Sebbene con formulazioni diverse, tutte le *strike clauses* richiedono che le parti agiscano con diligenza e prontezza soprattutto nella valutazione delle modalità alternative per l'esecuzione del contratto, e nel provare e documentare in modo adeguato gli accadimenti che impediscono la regolare esecuzione del contratto.

CAPITOLO 8

LA RISOLUZIONE DEI CONTENZIOSI

1. Gli arbitrati amministrati dalle Associazioni

Sono stati esaminati al Capitolo 1 i meccanismi di scelta della legge applicabile al contratto e individuazione della legge che lo disciplina in mancanza di previsione espressa ad opera delle parti.

Va ora esaminato un ulteriore (parimenti fondamentale) aspetto, ossia la scelta delle modalità con cui risolvere le eventuali controversie.

Si tratta di un passaggio che viene spesso sottovalutato, e che tra l'altro è frequentemente oggetto di un equivoco, consistente nel confondere la determinazione dell'organo competente a decidere le controversie che eventualmente sorgeranno con la legge applicabile al contratto: si tratta di due aspetti totalmente distinti tra loro, al punto che di regola è possibile stabilire che siano le Corti di un determinato paese ad avere giurisdizione esclusiva per decidere di eventuali contenziosi, e prevedere che il contratto sia retto e disciplinato dalla legge di un diverso paese (con la conseguenza che il giudice del Tribunale individuato dalle parti dovrà accertare ed applicare tale legge straniera).

La scelta cui sono chiamate le parti del contratto è in effetti tra l'affidamento della decisione ad arbitri oppure ai giudici del paese di una di esse. Gli elementi che possono fare propendere per una o per l'altra soluzione sono molteplici.

La scelta di affidare la risoluzione di una controversia ad un determinato Tribunale è di regola frutto di una valutazione dei vantaggi e degli svantaggi che la scelta della giurisdizione ordinaria comporta rispetto a quella arbitrale. Tale valutazione in particolare implica che si accerti qual'è l'efficacia di una sentenza nel paese della propria controparte (ovviamente nel caso in cui il giudice scelto non sia già il foro del paese della controparte): la certezza che la sentenza che risolve la controversia venga eseguita nel paese dove la controparte ha sede - o in quello in cui vi sono beni che possono essere sottoposti a pignoramento - è data dal fatto che i due Stati abbiano firmato un trattato sul riconoscimento reciproco delle

sentenze, in quanto in caso contrario l'esecuzione potrebbe richiedere un riesame della sentenza e degli atti di causa, con tempi ed esiti incerti.²²⁰

Un altro aspetto di rilievo è quello dei costi e dei tempi per pervenire ad una decisione, o l'esistenza di meccanismi che in qualche modo limitino l'accesso alla giurisdizione (come ad esempio la facoltà del giudice di obbligare la parte straniera a depositare, a titolo di cauzione, somme - talora ingenti - a copertura dei costi del giudizio).

L'alternativa alla giurisdizione ordinaria è costituita dall'arbitrato. Le ragioni che possono indurre ad affidare ad arbitri la risoluzione dei contenziosi sono molteplici: l'arbitrato assicura di regola una decisione in tempi comparativamente più rapidi rispetto alla ordinaria giustizia, e più compatibili con le esigenze del commercio internazionale; un altro vantaggio è legato alla possibilità, per le parti, di affidare la decisione a soggetti che non siano necessariamente giuristi qualora si tratti di una controversia di carattere tecnico; altro motivo che induce spesso ad optare per l'arbitrato è l'esigenza di mantenere quanto più possibile riservate le controversie.

Infine, un'altra ragione per la quale gli operatori ricorrono sempre più frequentemente all'arbitrato è quella del più esteso ambito geografico di efficacia del lodo arbitrale: sono numerosissimi infatti i paesi che hanno aderito alla più importante Convenzione internazionale in materia (quella di New York del 1958), e tra questi figurano Stati Uniti e Giappone, Russia e Cina, molti paesi africani e asiatici, Canada e Australia, i paesi dell'Europa Orientale, i paesi dell'Unione Europea.

Praticamente tutti i formulari ed i contratti-tipo delle Associazioni di settore contengono una clausola compromissoria che deferisce la risoluzione di ogni contenzioso nascente dal contratto ad un arbitrato, e che costituisce senza dubbio uno degli elementi distintivi dei contratti in esame.

²²⁰ *Un regime agevolato esiste all'interno dell'Unione Europea, i cui Stati aderenti, con la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, sostituita dal Regolamento (CE) n. 44/2001, e successivamente dal Regolamento 1215/2012, che garantiscono il riconoscimento e la circolazione tramite una procedura rapida e semplificata, delle sentenze emesse negli altri Stati dell'Unione.*

Tali arbitrati, che si svolgono secondo la procedura prevista nel regolamento di ciascuna Associazione (ad esempio la procedura prevista nelle *arbitration rules* del Form 125 per i contratti GAFTA, o il regolamento arbitrale della FOSFA, o ancora il Regolamento arbitrale presso la Chambre Arbitrale di Parigi nei contratti INCOGRAIN) sono cd. “arbitrati amministrati”, ed offrono alcuni precisi vantaggi per le parti, soprattutto sotto il profilo dei costi (che vengono determinati in via preventiva dalle varie associazioni, in base ad un tariffario che tiene di regola conto del valore del contenzioso) e della efficienza e rapidità della procedura (il procedimento arbitrale viene infatti gestito dalla segreteria delle Associazioni, e ciò riduce il rischio di intoppi procedurali, soprattutto nella fase iniziale dei procedimenti).

L'arbitrato viene di regola svolto presso la sede delle Associazioni, tuttavia è possibile che si svolga secondo le regole dell'associazione ma in luoghi diversi (ad esempio allorquando le parti abbiano entrambe la propria sede in una diversa città, soprattutto in capitali del *trading* mondiale come Ginevra, o presso le filiali delle associazioni nell'Est europeo o in Cina).

2. Le clausole compromissorie contenute nei formulari

Nelle clausole compromissorie è evidentemente sempre fondamentale determinare con attenzione quale sia il luogo di svolgimento dell'arbitrato, in modo che sia individuabile senza dubbi. Nel caso dei contratti GAFTA, FOSFA o INCOGRAIN in realtà il rischio in linea di principio non si pone, poiché il semplice riferimento alle regole delle associazioni permette l'individuazione anche del luogo dove deve svolgersi l'arbitrato; possono tuttavia sorgere problemi allorquando i formulari vengano impiegati congiuntamente ad altri contratti-tipo.

E' il caso ad esempio dei contratti ANEC, predisposti dall'associazione nazionale degli esportatori brasiliani, che contengono una clausola compromissoria che stabilisce che la risoluzione dei contenziosi possa avvenire o in base ad un arbitrato FOSFA, oppure in base alla legge brasiliana e innanzi alla Associação Brasileira de Arbitragem di San Paolo. Si prevede dunque una scelta ad opera delle parti tra i due procedimenti, e molto spesso accade che tale opzione non venga esercitata, con la conseguenza di ingenerare dubbi in merito al luogo dove deve svolgersi l'arbitrato ed alle regole da applicarsi al procedimento.

La clausola compromissoria contenuta nei formulari è di regola piuttosto articolata (come ad esempio la Arbitration Clause dei formulari GAFTA, o la analoga previsione contenuta nei formulari FOSFA, dove si precisa che il deferimento obbligatorio in arbitrato si estende anche a “*any question of law arising in connection therewith*”): le clausole sono concepite per estendersi a qualunque contenzioso sorto tra le parti ²²¹, inclusi quelli che le parti non avevano espressamente previsto al momento della stipulazione del contratto.

Un punto spesso controverso, sul quale con frequenza crescente gli arbitri sono chiamati a pronunciarsi, è quello della validità della clausola compromissoria, soprattutto in considerazione del fatto che molto spesso il contratto non reca la firma di entrambi i contraenti, ma viene sottoscritto solo da una delle parti o dal mediatore (che peraltro sottoscrive solo un testo riassuntivo che conferma l'intervenuta stipulazione del contratto, che contiene un richiamo alle condizioni dei singoli formulari e - non sempre - al regolamento arbitrale delle associazioni).

Accade spesso che una delle parti contesti la validità e l'efficacia della clausola compromissoria e preferisca non procedere alla nomina del proprio arbitro, riservandosi eventualmente di contestare in un momento successivo (in particolare, in sede di riconoscimento del lodo nel proprio paese) la nullità della clausola e dell'intero procedimento che da questa nasce.

Si tratta di una condotta che va valutata con attenzione, in quanto non è detto che una simile strategia si riveli premiante.

Va tenuto presente, in primo luogo, che è molto difficile che gli arbitri ritengano esclusa la sussistenza della loro competenza per effetto dalla mancata sottoscrizione della clausola ad opera di una o entrambe le parti.

²²¹ Il punto è stato oggetto di analisi specifica nel caso *Gunter Henck v. André & Cie. S.A.* nel quale il Giudice Mocatta ha evidenziato: “*the vital words in this arbitration clause, namely “all disputes from time to time arising out of or under this contract” are wider than a number of other phrases used from time to time in arbitration clauses. The words arising out of clearly extend the meaning that would otherwise be applied to the clause where it limited to all disputes arising under the contract*”.

Il punto è stato analizzato in numerose occasioni, e gli arbitri delle varie associazioni di regola manifestano un orientamento di chiaro favore per la validità della clausola, facendo spesso leva sulla circostanza che laddove non sia controversa l'esistenza del contratto o il richiamo al singolo formulario non può essere contestata la validità della clausola compromissoria.

Un elemento che viene spesso valorizzato è la condotta delle parti, e spesso peso significativo è attribuito alla circostanza che la parte che contesta la validità della clausola compromissoria non ha eccepito il richiamo al regolamento arbitrale al momento del ricevimento del contratto o della conferma sottoscritta dal mediatore, oppure nella fase della esecuzione; ancora, un elemento di peso è spesso costituito dall'esistenza di rapporti più o meno consolidati tra le parti e la ripetuta stipulazione di contratti contententi un richiamo alle regole arbitrali dell'associazione.

Quanto ai requisiti di carattere formale che devono sussistere perché la clausola compromissoria possa ritenersi valida ed efficace il dato dal quale partire è costituito senza dubbio dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958,²²² che al proprio articolo II prescrive per la validità della clausola il requisito della forma scritta, precisando (nella traduzione italiana del testo originale in inglese) che: *“per accordo scritto deve intendersi una clausola arbitrale contenuta in un contratto, o in un compromesso firmati dalle parti o contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi”*.

Tale disposizione, pur essendo volta a garantire un'applicazione uniforme all'interno dei vari stati firmatari della Convenzione, ha ricevuto (e riceve tuttora) applicazioni ed interpretazioni disuguali da parte di giudici ed arbitri dei vari paesi.

Per legge e giurisprudenza inglesi²²³ la validità della clausola compromissoria prescinde dal fatto che essa sia contenuta nel contratto sottoscritto dalle parti, essendo sufficiente l'esistenza di un richiamo alla clausola contenuto anche in documento diverso e separato.²²⁴ Naturalmente, pur ispirata ad una posizione di aperto

²²² *Resa esecutiva in Italia con legge 19 gennaio 1968 n. 62*

²²³ *Excomm Ltd v. Hamed Abdul (the “St. Raphael”) (1985)*

²²⁴ *Ai sensi dell'English Arbitration Act del 1996, Section 5.4*

favor arbitrati, la giurisprudenza inglese non prescinde dalla rigorosa valutazione della sussistenza dei presupposti di fatto e diritto per la validità dell'accordo compromissorio, ed in particolare dalla valutazione circa la sussistenza dei necessari poteri, in capo al soggetto che sottoscrive il contratto, di vincolare la parte che esso rappresenta.

Si tratta di un aspetto di particolare importanza in relazione a contratti che vengono di regola sottoscritti non contestualmente da soggetti posti a considerevole distanza tra loro, ed è sovente complesso accertare l'effettiva esistenza di poteri di rappresentanza in capo al sottoscrittore. Un caso recente²²⁵ ha evidenziato con chiarezza gli inconvenienti che possono derivare dalla stipulazione di contratti che richiamino le condizioni delle Associazioni qualora non sia possibile sincerarsi dell'esistenza di effettivi poteri di rappresentanza in capo ai soggetti che stipulano e sottoscrivono il contratto.

La giurisprudenza italiana ha tradizionalmente mantenuto un approccio cauto in relazione a fattispecie (che ricorrono con notevole frequenza nelle contrattazioni che richiamano i formulari in esame) in cui la clausola compromissoria è contenuta in un formulario che viene semplicemente richiamato nella conferma d'affare sottoscritta dalle parti, o da uno o due mediatori (e spesso manca uno specifico richiamo al regolamento arbitrale dell'Associazione, ma solo il richiamo al singolo contratto).

Allorquando la clausola non sia contenuta nel documento sottoscritto dalle parti, ma in un testo diverso, che viene richiamato dal primo in modo più o meno specifico e dettagliato²²⁶ l'orientamento della giurisprudenza italiana è tradizionalmente legato alla distinzione tra *relatio* perfetta ed imperfetta: si tende in particolare a valutare l'accuratezza e la completezza del richiamo al documento contenente la clausola compromissoria, accertando in particolare se esso sia tale da lasciar trasparire la consapevolezza delle parti circa l'esistenza di tale richiamo e gli effetti che ne conseguono.

²²⁵ *Continental Enterprises Ltd. v. Shandong Zhucheng Foreign Trade Group Co (2005)*

²²⁶ Ciò accade ad esempio con grande frequenza nei traffici marittimi, attraverso il richiamo inserito nella polizza di carico ad un charter-party ed alla clausola compromissoria in esso contenuta

La giurisprudenza italiana ritiene di regola sussistente la forma scritta richiesta dalla Convenzione di New York del 1958 in presenza di un richiamo che in modo specifico si riferisca alla clausola compromissoria, mentre viene spesso esclusa la validità della clausola laddove il richiamo sia meno specifico e sia limitato al formulario o al testo contrattuale nel suo complesso.

In un caso ormai risalente²²⁷ (relativo alla valutazione della validità della clausola compromissoria contenuta nel formulario della London Corn Trade Association, poi confluita nella GAFTA) la Suprema Corte ha ritenuto di non poter ravvisare la sussistenza della forma scritta richiesta dall'art. II della Convenzione di New York del 1958, ritenendo ricorrere nel caso al suo esame una *relatio* imperfetta.

Non mancano tuttavia decisioni ispirate a principi di maggior favore per la validità ed operatività della clausola compromissoria.

Così, ad esempio, in un contenzioso relativo ad un contratto di vendita che richiamava il formulario GAFTA 32 la Corte d'Appello di Venezia²²⁸ ha sottolineato: “*sebbene sinteticamente e senza formule sacramentali o specifiche approvazioni, il richiamo alla clausola compromissoria GAFTA è stato effettuato con estrema chiarezza e consapevolezza, dal momento che è indubitabile che i contraenti, a causa della loro attività commerciale, ben conoscevano la portata di quel contratto e di quel formulario.* In un caso più recente²²⁹ il Tribunale di Venezia ha riconosciuto la validità della *arbitration clause* sul rilievo che il contratto stipulato dalle parti conteneva un richiamo alle condizioni del contratto GAFTA 100, e tra queste, hanno sottolineato i giudici veneziani, “*è indubbiamente compresa la clausola arbitrale a favore di arbitri in Londra*”.

Il quadro giurisprudenziale esistente (pur connotato da una certa eterogeneità) sembra essere dunque nel senso della sostanziale tendenza al riconoscimento della validità della clausola compromissoria laddove vi sia un riscontro adeguato del fatto che la parti hanno inteso far richiamo alle condizioni delle singole Associazioni.

²²⁷ Cassazione 13 dicembre 1971 n. 3620 *Miserocchi c. Agnesi*

²²⁸ Appello Venezia 26 gennaio 1983

²²⁹ Tribunale di Venezia 3 marzo 1993, *Cereal Mangimi S.p.A., Cereal Agricola Internazionale S.r.l., Bunge Corporation*

Si registra ad esempio una recente decisione (relativa al riconoscimento in Italia di un lodo reso nell'ambito di un arbitrato FOSFA) della Corte d'Appello di Firenze che ha evidenziato che nel caso sottoposto alla sua attenzione il contratto di compravendita recava la clausola "*Arbitration: as per FOSFA n.11 arbitration in London if not in contradiction with the above mentioned terms*", e che tale rinvio non fosse generico, ma fosse invece precisa indicazione della volontà delle parti di affidare la decisione ad arbitri.

In tempi più recenti però la Cassazione²³⁰ ha confermato la necessità di un richiamo espresso e preciso all'arbitrato, ritenendo che il riferimento nel contratto al formulario Incograin n. 12 con una clausola che recitava "*Condizioni Generali: tutte quelle del contratto n. 12 Parigi CIF marittimo*" non fosse idoneo a dare vita ad una clausola compromissoria valida ed efficace.

Un profilo di particolare interesse e rilievo pratico è costituito dalla sussistenza dei requisiti di validità ed efficacia delle clausole compromissorie contenute in contratti sottoscritti (solo) da mediatori.

Molto spesso il richiamo ai formulari è infatti contenuto in una conferma d'affare sottoscritta dai mediatori intervenuti per conto delle parti (o da un solo mediatore che agisce nell'interesse di entrambi i contraenti).

La questione in esame viene affrontata e risolta in modo diverso qualora il contratto sia disciplinato da una legge straniera ovvero sia retto dalla legge italiana.

Nel nostro ordinamento, in ossequio al precetto impartito dall'art. 1392 c.c., la procura, ossia l'atto attraverso il quale viene conferita la rappresentanza, non ha effetto "*se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere*". Ne deriva che condizione essenziale per conferire validità all'accordo arbitrale presente in un contratto concluso dal mandatario è che

²³⁰ Cassazione 19 Maggio 2009 n. 11529 *Louis Dreyfus Commodities Italia Spa Cereal Mangimi Srl*

quest'ultimo sia stato incaricato con un atto scritto proveniente dalla parte o dalle parti rappresentate.²³¹

Tale principio trova tuttavia applicazione nel caso in cui la forma della procura sia regolata dalla legge italiana, e dunque non quando la forma dell'atto sia regolata dalla legge vigente in un ordinamento che non conosce una disposizione analoga all'art. 1392 c.c.²³² Pertanto, quando risultino applicabili leggi straniere che prevedono criteri formali meno rigorosi, la validità della clausola potrebbe essere riconosciuta anche in presenza di una semplice procura verbale.²³³

Il richiamo alla clausola compromissoria spesso implica, oltre al deferimento in arbitrato di qualunque contenzioso insorgente dal contratto, anche l'assunzione di un obbligo di un certo peso, vale a dire la rinuncia ad adire l'autorità giudiziaria del proprio paese fino al momento in cui non venga emesso il lodo arbitrale che definisce il contenzioso; tale previsione è contenuta in una clausola che viene tradizionalmente definita nel diritto inglese come *Scott Avery Clause*.

Si tratta di una limitazione di peso significativo, che fino a poco tempo fa implicava la rinuncia a ricorrere ai procedimenti cautelari e di urgenza che possono precedere il giudizio (si pensi, per il diritto italiano, al sequestro conservativo, al sequestro giudiziario quando sorge una controversia circa la proprietà o il possesso della merce, o il ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c.).²³⁴ Non solo, ma l'eventuale violazione di tale obbligo esponeva alla cd. *antisuit injunction* (nei sistemi di *common law* i giudici hanno infatti il potere di ordinare alla parte di astenersi dal promuovere o dar corso ad azioni in giurisdizioni diverse da quelle del Regno Unito qualora le parti abbiano previsto in contratto la giurisdizione inglese, o il contratto contenga clausola compromissoria in favore di arbitrato da svolgersi nel Regno Unito).

²³¹ Tribunale Napoli 28 maggio 1984 *Marbella c. Casillo Grani*. Corte d'Appello di Genova 16 ottobre 1992, *Ionian Company of Maritime Transportation Ltd c. Kernels S.r.l.*

²³² Cassazione SU 1 marzo 2002 n. 3029, *UMS Generali Marine S.p.A. c. Clerici Agenti S.r.l. e Lombardi*

²³³ Cassazione 27 febbraio 1970 n. 470, *Dreyfus c. Oriana*; Cassazione 12 marzo 1973, n. 670, *London & Overseas c. Fratelli D'Amico*; Cassazione 15 dicembre 1982, n. 6915, *Rocco c. Federal Commerce*; per il diritto francese Cassazione 25 gennaio 1977 n. 361, *Total c. Lauro*.

²³⁴ *Mantovani c. Carapelli* (1980); *Glencore v. Agros* (1999).

Il sistema è stato tuttavia soggetto in tempi recenti ad una drastica revisione. In primo luogo, la Corte di Giustizia della Comunità Europea, nelle due note sentenze rese nei casi *Turner v. Grovit* e *Allianz e Generali Assicurazioni v West Tankers Inc (The Front Comor)* ha espresso il principio che le *anti-suit injunctions* sono incompatibili con il sistema comunitario.

Allo stesso tempo, la clausola è stata modificata includendo la previsione che “*nothing contained under this arbitration clause shall prevent the parties from seeking to obtain security in respect of their claim or counterclaim via legal proceedings in any jurisdiction, provided such legal proceedings shall be limited to applying for and/or obtaining security for a claim or counterclaim*” (precisandosi allo stesso tempo che l’ammissione di simili azioni cautelari non incide in alcun modo sulla validità e l’efficacia della clausola compromissoria).

Si è ammessa dunque in tal modo espressamente la possibilità di agire per conseguire un sequestro conservativo o una misura di protezione del reclamo prima dell’inizio o in pendenza del procedimento arbitrale.²³⁵

Va detto peraltro che la posizione raggiunta dalla giurisprudenza italiana con riguardo al significato ed agli effetti della *Scott Avery Clause* era già da tempo sensibilmente difforme (e decisamente meno estensiva) dalle posizioni espresse dalla giurisprudenza inglese.²³⁶

3. Nomina degli arbitri e procedimento

La nomina degli arbitri ad opera delle parti (o delle Associazioni, qualora una delle parti resti inerte e non provveda a nominare un

²³⁵ Va però segnalata una differenza significativa tra i contratti GAFTA e FOSFA: nei primi la clausola è stata modificata ammettendo espressamente la possibilità di chiedere un sequestro prima dell’inizio o in pendenza del procedimento arbitrale; il limite invece esiste tuttora per i contratti FOSFA, come confermato anche in tempi molto recenti nel caso *B v S (2011) EWHC 691 (Comm)*

²³⁶ Tribunale Bari, 10 gennaio 1994, *Molino Tandoi Pellegrino S.r.l. c. Ferruzzi Italia S.p.A*

proprio arbitro) va eseguita con il rispetto di alcune precise modalità e seguendo criteri determinati.

L'impostazione seguita è di regola quella di privilegiare al massimo grado la nomina di soggetti provenienti dal mondo del *trading*, conoscitori delle problematiche legate al commercio di *commodities* e di profili pratici ed operativi che molto spesso sono preponderanti e pongono sullo sfondo gli aspetti più strettamente legali.²³⁷

Vi sono poi disposizioni che mirano a garantire la totale imparzialità degli arbitri e l'assenza di qualsivoglia interesse o collegamento di questi con le parti o con il contratto che ha dato origine al contenzioso. In pratica gli arbitri in primo grado sono di regola membri delle Associazioni non più attivi, oppure Senior Managers o Directors delle società associate. Si esclude invece di regola la possibilità che legali siano nominati quali arbitri.

Più formale e complessa è invece la procedura per la nomina degli arbitri che costituiscono il Board of Appeal delle Associazioni, dal momento che i componenti del Board sono nominati tra gruppi di soci che rappresentano i vari elementi della filiera (produttori, traders, brokers, agenti etc.), in modo da rappresentare per quanto possibile in modo trasversale gli interessi in gioco nelle compravendite internazionali di *commodities*.

Va tenuto presente che qualora una parte intenda presentare un reclamo e dare inizio ad procedimento arbitrale è tenuta a farlo entro termini che possono essere estremamente brevi, che sono stati più volte ritoccati nel corso degli anni e che spesso impongono alle parti una condotta di grande prontezza.

²³⁷ L'opportunità di affidare le decisioni arbitrali a "commercial arbitrators" viene del resto tradizionalmente riconosciuta dalle stesse Corti di merito inglesi: si veda ad esempio quanto evidenziato dal Giudice Longmore J nel caso *Universal Bulk Carriers Ltd v. André e Cie (2000)* che nel motivare la propria condivisione delle decisioni raggiunte dagli arbitri in un lodo impugnato ha testualmente affermato "it is still a decision of two commercial arbitrators who are better placed to assess the background to the clause than any judge" nonché quanto evidenziato dalla Court of Appeal nel caso *Bulk Trading v. Zeniper Grains (2001)* dove la Corte ha posto l'accento sul fatto che "commercial parties appoint trade arbitrators precisely because of the their understanding of the practicalities of the trade".

Il principio generale è che termini molto brevi trovano applicazione in relazione a contenziosi aventi ad oggetto le caratteristiche qualitative della merce, mentre un lasso di tempo più esteso viene invece riconosciuto per contenziosi di natura diversa (in particolare aventi ad oggetto il risarcimento del danno).

La brevità dei termini entro i quali dare inizio all'arbitrato nei contenziosi di natura qualitativa si spiega alla luce del fatto che analisi e controlli qualitativi vanno condotti con sollecitudine per essere effettivamente rappresentativi ed affidabili, e che soprattutto laddove si contesti uno stato precario della merce per eccesso di umidità, surriscaldamento, contatto con agenti patogeni, ogni minimo ritardo è suscettibile di alterare in modo sostanziale il quadro probatorio.

La GAFTA ha in tempi recenti introdotto significative modifiche ai propri formulari nella parte relativa ai termini per la presentazione del reclamo in sede arbitrale.

In particolare le Arbitration Rules sono state ripetutamente modificate nel corso degli anni, e con modifiche piuttosto significative nel 2014 e nel 2016, queste ultime destinate a trovare applicazione per i contratti stipulati successivamente al 1 settembre 2016.

Per effetto delle recenti modifiche introdotte il sistema è in sintesi il seguente

- i. per i contenziosi relativi a qualità e/o condizioni della merce i termini sono tendenzialmente molto brevi, ma a partire da settembre 2016 il *time limit* di 21 *consecutive days* dal completamento della caricazione o dello sbarco o svuotamento del contenitore si applica solo in relazione a contenziosi arbitrali in cui gli arbitri debbano decidere sulla base di campioni.
- ii. In tutti gli altri contenziosi qualitativi che non si basano su campioni si applica il termine annuale.
- iii. Per contenziosi relativi a mancato pagamento di somme, per i quali il termine entro il quale dare inizio al procedimento (a pena di decadenza) è stato ridotto da 90 a 60 giorni, che

decorrono dal momento in cui insorge il contenzioso relativo al pagamento delle somme.

La procedura di primo e secondo grado è stata poi resa più stringente con riguardo alla tempestività nel versamento degli importi necessari per coprire le spese di procedura.

La brevità dei termini contenuti nei contratti GAFTA e FOSFA risulta ancora più evidente se si considera che il termine generale di prescrizione previsto nell'English Limitation Act è di 6 anni, che decorrono dal momento dell'inadempimento.

La previsione contenuta nei contratti GAFTA (e FOSFA) relativa al termine per la presentazione dei contenziosi aventi ad oggetto somme di denaro e crediti pecuniari presenta alcuni aspetti non del tutto definiti, ed ha dato vita in passato ad alcune incertezze di interpretazione ed a pronunce contrastanti.

In particolare, può essere complesso sia stabilire se il reclamo rientra nella previsione "*in respect of any money due by one party to the other*" (ed abbia dunque ad oggetto solo ed esclusivamente somme pecuniarie contestate) sia stabilire da quale momento scatta il decorso del termine per la presentazione del reclamo, soprattutto nei casi (non infrequenti) in cui una parte chiede il pagamento e l'altra si limita a restare silenziosa senza contestare formalmente l'esistenza del proprio debito.

In relazione al primo profilo, sono interessanti le argomentazioni poste a base della decisione resa nel caso *European Grain*.²³⁸ la peculiarità del caso è costituita dal fatto che la venditrice aveva esplicitamente riconosciuto il proprio inadempimento, e la contestazione tra le parti aveva riguardato solo la quantificazione dei danni da *default*, che l'acquirente aveva quantificato in 90.000 dollari (sulla base del prezzo di acquisto di una partita di *linseed meal expellers* di origine argentina), somma che la *European Grain* aveva invece ritenuto eccessiva.

La Court of Appeal ha affermato il principio che il termine "*monies due*" si riferisce esclusivamente a richieste di pagamento di somme liquide e comunque di pronta determinazione, e non sia necessario

²³⁸ *European Grain & Shipping Ltd. v. R & H Hall Plc. Q. B. (1990)*

svolgere una complessa attività istruttoria volta ad accertare l'esistenza e la consistenza del credito.

Un secondo aspetto si è rivelato complesso ed ha dato origine a contenziosi, ossia la individuazione del momento dal quale decorre il termine per l'inizio del procedimento arbitrale nelle controversie aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, termine che come visto viene fatto iniziare dalla data del sorgere del contenzioso (“*not later than 60 days of the dispute having arisen*”), con espressione che effettivamente non è chiara e si presta ad interpretazioni incerte ed applicazioni strumentali.

Accade spesso in particolare che la parte che si avvede di aver fatto pericolosamente decorrere un lasso di tempo eccessivo dal sorgere del proprio credito trasmetta un'ulteriore richiesta di pagamento al solo fine di far decorrere da tale sollecito il termine per l'inizio del procedimento arbitrale, nel tentativo di evitare possibili decadenze. Non è facile del resto stabilire quando sia effettivamente sorto un contenzioso tra le parti avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro, soprattutto qualora una delle parti tenga una condotta inerte e ambigua e non rigetti in modo esplicito le richieste di pagamento pervenute.

I profili ora accennati sono stati oggetto di analisi accurata nel caso *Marc Rich v. Agrimex*,²³⁹ nel quale gli arbitri GAFTA hanno ritenuto che il termine di 90 giorni per la presentazione del reclamo (avente ad oggetto il pagamento di *carrying charges*) decorresse dalla data in cui parte acquirente aveva omesso di replicare all'ultimo di una serie di solleciti inoltrati dalla venditrice Agrimex. Nel giudizio che ha fatto seguito alla impugnazione del lodo la Corte ha però affermato il principio che una richiesta di pagamento o l'inoltro di una fattura seguiti dal semplice silenzio della controparte è in effetti “*capable of*

²³⁹ *Marc Rich Agriculture Trading SA v Agrimex Ltd*. La Agrimex aveva trasmesso il 16 marzo alla Marc Rich una fattura richiedendo il pagamento di *carrying charges* per l'importo di \$ 79,762.50, e la Marc Rich non aveva risposto alcunché. Aveva poi fatto seguito un sollecito in data 4 maggio, e successivamente il legale della Agrimex aveva richiesto per iscritto il 7 luglio il pagamento delle somme entro il successivo 15 luglio, anche in tal caso senza ricevere alcuna risposta. La Agrimex aveva dunque dato inizio all'arbitrato il 21 luglio, e la Marc Rich aveva contestato la tardività dell'avvio del procedimento. Profili analoghi sono stati analizzati nel caso “*The M Eregli*” (1981) e nel caso *Ellerine Brothers Ltd v Klinger* (1982).

giving rise to a dispute”, e che il contenzioso tra le parti fosse nella fattispecie sorto già in precedenza, ben prima dell’inoltro di quello che il Board of Appeal della GAFTA aveva definito nel lodo come “*the latest ultimatum*” della Agrimex; la Corte ha dunque ritenuto che Agrimex fosse incorsa in decadenza, chiarendo che “*it is not necessary for a dispute to exist for the recipient of a claim or demand to say "no"*”.

L’esiguità del termine per la presentazioni di reclami aventi ad oggetto somme di denaro, e la posizione ora esaminata raggiunta dalla giurisprudenza inglese, rendono particolarmente opportuna un’estrema tempestività nel sollecitare il pagamento di somme dovute e non corrisposte entro i termini previsti, ed impongono di dare inizio all’arbitrato (procedendo alla nomina di un arbitro, e comunicando alla propria controparte l’intervenuta nomina) non appena la richiesta di pagamento sia contestata, o decorra un lasso di tempo superiore a qualche settimana dal ricevimento della richiesta di pagamento e della fattura relativa alle somme reclamate.

Un altro elemento controverso e fonte di contenziosi è il potere attribuito agli arbitri di ammettere la presentazione di reclami tardivi, qualora cioè la parte reclamante lasci inutilmente decorrere il termine fissato per l’inizio del procedimento arbitrale.

Le *Arbitration Rules* di GAFTA e FOSFA prevedono che la parte che non rispetta il termine previsto per dare inizio all’arbitrato può chiedere che gli arbitri concedano una rimessione in termini. Gli arbitri godono in effetti al riguardo di un potere discrezionale piuttosto esteso, e fino a tempi recenti le Corti inglesi sono state riluttanti a sindacare le modalità di esercizio di tale discrezionalità.

Di regola gli arbitri ritengono di ammettere reclami tardivi qualora la parte reclamante sostenga (e provi) che la decadenza è dovuta ad un caso fortuito, o ad inavvertenze legate ad esempio ad indicazioni parziali o fuorvianti ricevute dalle Associazioni. In alcuni casi la proroga è stata concessa in casi in cui parte reclamante ha provato che per effetto della decadenza essa avrebbe subito pregiudizi particolarmente forti sotto il profilo economico; altri elementi che hanno sovente indotto gli arbitri GAFTA e FOSFA ad esercitare il potere di rimessione in termini sono stati il carattere estremamente

contenuto del ritardo, o la circostanza che esso non arrecava di fatto alcun pregiudizio per la parte convenuta.²⁴⁰

Tale sistema è stato peraltro sottoposto a riconsiderazione nella pronuncia resa nel caso *Al Hadha v. Tradigrain*²⁴¹ avente ad oggetto l'impugnazione di un lodo del Board of Appeal della GAFTA, che pur avendo accertato che uno dei reclami era stato presentato con un ritardo di 47 giorni, aveva esercitato il potere discrezionale conferito dalle rules ritenendo di ammetterlo comunque. La decisione è stata impugnata sulla base del rilievo che essa era totalmente priva di motivazione, e la Corte ha evidenziato che nonostante il Board avesse in effetti discrezionalità assoluta per ammettere la presentazione di reclami tardivi, ciò non esimeva gli arbitri dall'indicare le motivazioni poste a base della decisione.

E' previsto il termine massimo di un anno entro il quale la parte che abbia dato inizio all'arbitrato deve dare impulso alla procedura, decorso inutilmente il quale il reclamo viene ritenuto abbandonato. Per evitare tale meccanismo è prevista la possibilità per la parte di rinnovare la presentazione del reclamo entro 30 giorni dalla scadenza del termine annuale,²⁴² anche se con le recenti riforme al Regolamento del 2014 e 2016 si sono introdotti i correttivi per limitare la possibilità (verificatasi spesso in passato) di tenere in vita per anni i procedimenti arbitrali attraverso il meccanismo del rinnovo

Anche in tal caso va valutata la tempestività del rinnovo ed il rispetto del termine annuale, ed anche in tal caso gli arbitri spesso operano una valutazione discrezionale fondata sull'accertamento del danno che per la parte resistente deriva dall'eventuale ritardo.

Questo è stato ad esempio il criterio seguito in un caso²⁴³ nel quale il Board of Appeal della FOSFA, in relazione ad un contenzioso per controspallie pari a circa 5,5 milioni di dollari, ha ammesso il reclamo pur essendo decorso il termine annuale sul presupposto che parte resistente "*could show absolutely no prejudice suffered by reason of Bunge's failure to send them a renewal of claim notice*".

²⁴⁰ *Comdel Commodities Ltd v Siporex Trade SA (1990)*

²⁴¹ *Al Hadha Trading v. Tradigrain (2002)*

²⁴² *Cargill S.r.l. v. Kadinopoulos SA (1992)*

²⁴³ *Gulf Import & Export Co v. Bunge (2009)*

Va tenuto presente tuttavia che è sempre opportuno muoversi con la massima tempestività, senza confidare sulla possibilità di beneficiare di una proroga, la cui concessione non può mai darsi per scontata.

Sotto questo profilo è emblematico un caso piuttosto recente²⁴⁴ relativo ad un contenzioso sorto a seguito della accertata contaminazione di un carico di olio di semi di girasole di origine ucraina, con contratto che richiamava le condizioni FOSFA 54.

Parte acquirente ha rilevato con notevole ritardo (rispetto alla scadenza di 120 giorni prevista nelle FOSFA Rules) l'esistenza di una contaminazione ed ha dato avvio al procedimento arbitrale cinque mesi dopo aver accertato che la merce era gravemente fuori specifica.

Gli arbitri FOSFA - e successivamente la Commercial Court alla quale era stata richiesta la concessione di una *extension* ai sensi della Section 12 dell'Arbitration Act 1996 - hanno respinto la richiesta di rimessione in termini, evidenziando che parte acquirente non aveva offerto alcuna ragionevole spiegazione per giustificare il ritardo maturato.

Un caso molto recente²⁴⁵ ha confermato nuovamente la gravità delle conseguenze che possono sorgere dal mancato rispetto dei termini previsti nei regolamenti arbitrali.

Il contenzioso aveva ad oggetto i danni da inadempimento nascenti dalla mancata esecuzione di un contratto di vendita di grano di origine ucraina.

Parte acquirente aveva nominato il proprio arbitro, e ne aveva dato comunicazione ai venditori il 1 dicembre 2006, ma aveva preferito in seguito sospendere il procedimento, ed aveva negli anni successivi rinnovato le comunicazioni di avvio dell'arbitrato.

Il primo rinnovo era avvenuto il 2 novembre 2007 (nel rispetto dei 30 giorni dalla prima nomina degli arbitri), in seguito le comunicazioni erano state trasmesse il 31 ottobre 2008, il 30 ottobre 2009 ed il 22 ottobre 2010, e dunque tutte entro 30 giorni dalla precedente comunicazione, ma tutte premature rispetto al termine di 30 giorni calcolato tenendo conto della originaria nomina del 1 dicembre 2006.

²⁴⁴ *SOS Corporacion Alimentaria SA and another v Inerco Trade SA (2010)*

²⁴⁵ *Bunge SA v. Nibulon Trading BV (2013)*

Il Board of Appeal della GAFTA ha ritenuto che tali comunicazioni fossero inefficaci, in quanto trasmesse senza rispettare il termine prescritto, con una pronuncia di particolare severità ed ispirata ad estremo formalismo (poiché ha dichiarato la inefficacia di comunicazioni di rinnovo trasmesse non oltre il termine prescritto, bensì qualche giorno prima del periodo di 30 giorni stabilito nei regolamenti).

Un'ulteriore opzione è infine offerta dalla possibilità prevista dalla Section 12 dell'English Arbitration Act 1996, che consente di estendere il periodo per dare inizio al procedimento arbitrale qualora la Corte ritenga che sono sorte circostanze che non erano state ragionevolmente contemplate dalle parti al momento della stipulazione della clausola compromissoria.

Successivamente al deposito delle memorie difensive delle parti, secondo il calendario dettato dagli arbitri (che è soggetto a variazioni e differimenti in base ad un principio di sostanziale flessibilità) si giunge all'udienza, nella quale, a meno che le parti non richiedano in modo espresso di presenziare, gli arbitri si riuniscono, esaminano la documentazione disponibile, discutono ed emettono il lodo.

Sebbene un numero ormai crescente di parti preferisca chiedere l'assistenza di un avvocato l'intervento di un legale non è indispensabile, dal momento che le parti possono difendersi personalmente e redigere e depositare senza l'ausilio di un difensore le loro memorie.

Per tale motivo il lodo di regola non pone a carico della parte soccombente le spese relative all'assistenza legale relativa alla redazione degli atti difensivi, ma semplicemente le spese di procedura.

4. Efficacia e riconoscimento del lodo

Il lodo arbitrale, qualora la parte soccombente non vi presti spontaneamente adesione, va riconosciuto nel paese della parte a carico della quale è stato pronunciato.

Un elemento che si rivela peraltro spesso efficace per indurre la parte condannata ad adempiere e versare le somme liquidate dagli arbitri è il meccanismo, previsto nelle Regole delle Associazioni, di segnalare il mancato rispetto del lodo. Qualora infatti la parte condannata non

onori tempestivamente il lodo, la parte vittoriosa può chiedere che l'Associazione, dopo aver ricevuto prova adeguata circa il mancato pagamento del lodo, segnali tale inadempienza a tutti i membri dell'Associazione.²⁴⁶

La procedura di riconoscimento dei lodi stranieri nel nostro paese è contenuta agli art. 839 e 840 c.p.c., che hanno dato attuazione al principio della “*presunzione di riconoscibilità*” della pronuncia arbitrale estera²⁴⁷: il procedimento mira infatti ad offrire alla parte che chiede il riconoscimento del lodo uno strumento rapido con il quale conseguire il provvedimento che ne dichiara l'efficacia nella Repubblica, e permette di giungere rapidamente ad una sentenza qualora venga proposta opposizione avverso il decreto di riconoscimento.

L'intento di limitare al massimo le questioni che possono entrare in gioco in sede di opposizione al decreto di riconoscimento, al fine di garantire la speditezza del giudizio senza consentire un lungo riesame del merito della questione risolta con il lodo estero, è stato in particolare realizzato con la scelta di limitare drasticamente le circostanze ostative al riconoscimento, che l'art. 840 c.p.c. indica con un elenco tassativo, un “*numero chiuso*” che non è suscettibile di interpretazione o applicazione estensiva o analogica.²⁴⁸

Non vi è dunque di regola spazio per un riesame delle questioni di fatto e diritto portate all'attenzione degli arbitri e risolte con il lodo del quale si chiede il riconoscimento.

L'art. 840 c.p.c. fa riferimento alla necessità che la validità della Convenzione arbitrale sia accertata “*secondo la legge alla quale le*

²⁴⁶ *Un meccanismo analogo è previsto alla clausola 20 dei contratti INCOGRAIN, che per l'eventualità che la parte soccombente rifiuti di ottemperare al lodo prevede il diritto di chiedere al Syndicat de Paris di segnalare tale inadempienza tramite comunicazione trasmessa a tutti gli associati.*

²⁴⁷ *Appello Milano, 24 marzo 1998; Cassazione 7 giugno 1995 n. 6426; Cassazione 21 gennaio 2000 n. 671.*

²⁴⁸ *Cassazione 21 gennaio 2000, n. 671, Inteskins c. De Maio; Appello Milano 2 luglio 1999, Tema Frugoli c. Hubei Space. Appello Napoli, 20 febbraio 1975, Carters (Merchant) Limited c. Ferraro*

parti l'hanno sottoposta, o in mancanza di indicazione a tale proposito, secondo la legge dello Stato in cui il lodo è stato pronunciato" richiamando in modo espresso i principi delineati all'art. 5.1 lettera a) della Convenzione di New York del 1958.

Quanto alla previsione dell'art. 840 terzo comma n. 2 c.p.c., laddove fa cenno alle eventuali violazioni del contraddittorio che possono determinare il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo straniero, essa va letta ed interpretata ad avviso della giurisprudenza italiana "*in modo rigoroso, e le violazioni alle quali la norma fa cenno possono ravvisarsi soltanto allorché una parte si sia trovata nella impossibilità di far valere la propria difesa nel procedimento*".

249

Un elemento rilevante del sistema arbitrale inglese è costituito dal fatto che l'Arbitration Act 1996 ammette la possibilità di impugnare un lodo arbitrale solo in casi limitati, e le corti inglesi sono tradizionalmente riluttanti ad interferire con l'operato degli arbitri.

Ai sensi della Section 68.2 dell'Arbitration Act 1996 un lodo può essere riformato solo qualora si sia verificata una *serious irregularity* nella procedura, che per giurisprudenza ormai consolidata è ravvisabile solo in casi di gravi violazioni procedurali.

Resta infine da aggiungere che ad ulteriore presidio della efficacia e della proficua esecuzione dei lodi arbitrali resi in Inghilterra le locali corti possono disporre misure cautelari e d'urgenza di particolare estensione²⁵⁰, in grado di consentire misure di sequestro non solo nel Regno Unito ma su scala mondiale ed in particolare nelle giurisdizioni dove simili provvedimenti sono immediatamente esecutivi.²⁵¹

²⁴⁹ Appello Milano 1 dicembre 1998, Torno c. Kumagai; nello stesso senso Cassazione 21 gennaio 2000 n. 671, Interskins c. De Maio; Corte d'Appello Lecce 21 marzo 1998, Norelf c. Ipem

²⁵⁰ in particolare con la possibilità di conseguire il cd. *World Wide Freezing Order*

²⁵¹ Si vedano sul punto in tempi recentissimi Bunge SA c. Huaya Maritime Corp (2017); Touton Far East Pte Ltd vs. Shri Lal Mahal Ltd (2017)