

I CREDITI DOCUMENTARI (❖)

DI GIOACCHINO LA ROCCA

SOMMARIO: 1. Le origini ed i presupposti sostanziali – 2. La qualificazione giuridica dell'operazione: delegazione, "atto a schema delegatorio", contratto a favore di terzi - 3. Il mandato tra compratore e banca – 4. L'attività di controllo dei documenti da parte della banca: la questione della strict compliance alla stregua delle NUU 600 – 5. Il credito documentario come promessa unilaterale – 6. Le eccezioni opponibili nella fase di esecuzione della promessa

1. Le origini ed i presupposti sostanziali

Negli studi dedicati all'argomento e nella stessa pratica commerciale la locuzione "crediti documentari" è spesso utilizzata in modo anfibologico: con essa, infatti, si allude sia ad una complessa ed articolata operazione economica che ha il suo fondamento nella vendita su documenti ⁽¹⁾, sia a quella specifica operazione bancaria che si innesta, per l'appunto, nella vendita su documenti ⁽²⁾.

❖ Il presente saggio è destinato al volume su "I Contratti bancari", curato da E. Capobianco, per il Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, in corso di stampa per UTET.

¹) Per esempi significativi v. in giurisprudenza Cass. 24-9-1960, n. 2497, in *Banca, borsa*, 1962, II, 161 ss.: "l'apertura di credito documentata e confermata costituisce un complesso negoziale che, pur manifestando una incontestabile unità sostanziale, determinata dall'unità di origine, di causa e di oggetto, si realizza in tre diversi momenti e consta di tre successivi distinti rapporti ..."; ed in dottrina E. GABRIELLI, *Vendita su documenti, aliud pro alio, revoca del mandato e collegamento negoziale nella vicenda del credito documentario*, in *Banca, borsa*, 1985, II, 160 ss., 162: "l'operazione ... comprende un complesso intrecciato ed articolato di rapporti"; GIAMPIERI, *Il credito documentario. Profili di autonomia e causalità*, Padova, 1993, 62: "lo schema del credito documentario è basato su una serie di diversi rapporti strettamente connessi sotto il profilo economico, sebbene indipendenti sul piano giuridico".

²) Correttamente si puntualizza che, tra le operazioni bancarie, il credito documentario deve classificarsi tra i servizi, dal momento che – come si dirà – esso non comporta necessariamente concessioni di credito al compratore o al venditore (PONTIROLI, *Credito documentario, Digesto*

Nel primo senso essa sottintende un insieme di contratti, di atti, di arrangements: quest'ultimo è il termine utilizzato dalle "Norme ed usi uniformi della Camera di Commercio Internazionale relativi ai crediti documentari NUU 600" (revisione 2007). Questo insieme di atti ha iniziato a formarsi sul mercato a partire dalla seconda metà dell'ottocento con il fine di predisporre un sistema di pagamenti specificamente dedicato agli scambi internazionali di merci e si è affermato definitivamente durante la prima guerra mondiale. Quest'ultima con il suo inevitabile portato di precarietà nei traffici commerciali contribuì non poco alla definizione di talune caratteristiche dell'istituto⁽³⁾, di guisa che le prime norme comuni, volte a predisporre una disciplina uniforme della materia, furono raccolte a New York nel 1920⁽⁴⁾.

Non è, dunque, un caso – mette conto osservare immediatamente – che i primi studi dedicati all'argomento dalla dottrina italiana risalgano proprio a quegli anni⁽⁵⁾.

Come si è anticipato, l'espressione "credito documentario" può essere, poi, utilizzata in una accezione più ristretta rispetto a quella appena indicata. Con essa, infatti, può designarsi quell'atto giuridico dal quale sorge un'obbligazione di vario contenuto a carico dell'autore dell'atto stesso - che è tipicamente una banca – i cui antecedenti storici sono fatti risalire a volte

comm., IV, Torino, 1989, 207). Deve, peraltro, avvertirsi che nel mercato mondiale sono presenti (sia pure in misura ridotta) crediti documentari non emessi da banche: cfr. BYRNE, *Overview of International Banking law & practice*, in *Annual Review of International Banking law and practice*, 2009, 6.

³) Ad esempio per quanto riguarda la preferenza per l'irrevocabilità dell'impegno della banca e la severità nell'esame delle possibili cause di mancato pagamento da parte della banca stessa: cfr. QUARANTOTTI, *L'apertura di credito documentato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1920, I, 490 ss., 518; BRUGI, *Irrevocabilità dell'apertura di credito confermato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1923, II, 575 ss., 578.

⁴) MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXV, t.1, 4^a ed., Milano, 1981, 571; VISCONTI, *I crediti documentari*, Milano, 1985, 44 s.; DI MEO, *Il credito documentario. Le NUU 600 e la nuova prassi bancaria internazionale uniforme*, Milano, 2007, 58. Per un quadro riassuntivo dell'evoluzione delle NUU v. BONELL, *Norma (usi uniformi)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 533 ss.

⁵) V. infatti, oltre ascritti già citati di Quarantotti e di Brugi, ancora BRUGI, *Validità del pagamento di terzo senza conferma del credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II, 530 ss.; ID., *Contratto di apertura di credito bancario confermato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1920, II, 541 ss.; PADIGLIONI, *La natura giuridica della "lettera di credito confermata"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1920, II, 550 ss.; BOLAFFIO, in *Monitore tribunali*, 1920, 345 ss.; ASQUINI, *Pagamenti mediante "rimborso di banca"*, in *Riv. Dir. comm.*, 1922, I, 225 ss.; BRUGI, *Cessione di credito confermato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1922, II, 49 ss.; ID., *Pagamento contro documenti e pagamento con apertura di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1922, II, 681 ss.; FALCO, *Sull'apertura di credito confermato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1922, II, 566 ss.; RAMELLA, *L'apertura di credito presso banca nel commercio marittimo*, in *Dir. Marittimo*, 1923, 1 ss.

alle “commercial letters of credit” dei merchant bankers londinesi della fine del settecento, a volte alle lettere di cambio del XVI secolo ⁽⁶⁾.

Proprio perché il credito documentario si è formato a margine degli scambi internazionali di merci, i suoi meccanismi possono correttamente apprezzarsi solo tenendo presente il complessivo assetto di interessi nel quale si inserisce. E ciò per più motivi: la vendita commerciale internazionale – si è osservato da tempo ⁽⁷⁾ - si compone tipicamente di una pluralità di operazioni alle quali partecipano più soggetti (compratore e venditore, in primo luogo, ma anche spedizionieri, vettori, assicuratori, banche): ognuno di questi soggetti è latore di interessi che fanno da cornice e presupposto alla promessa della banca nella quale propriamente consiste il credito documentario. Orbene, ciascuno di quegli interessi ha riscontro in atti giuridicamente rilevanti e nelle stesse costruzioni teoriche elaborate dalla dottrina nel corso di quasi un secolo per ricomporre in chiave sistematica l’istituto in esame; inoltre, - ed è probabilmente l’aspetto più importante - da ciascuno di quegli interessi non si può prescindere nella ricerca delle possibili soluzioni ai problemi che ricorrono nella fase esecutiva del credito documentario ⁽⁸⁾, con

⁶⁾ MOLLE, *op. cit.*, 570; G. FERRI SR., *Lettera di credito*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 164 ss., 166; VISCONTI, *op. cit.*, 43 s.; DI MEO, *op. cit.*, 57. Il profilo comune può probabilmente essere intravisto nel fatto che il credito documentario soddisfa “quelle esigenze di circolazione rapida e sicura della ricchezza che hanno dato vita alla creazione di titoli di credito quali cambiali ed assegni al fine della loro sottoposizione ad un diverso regime circolatorio dei diritti” (così GALGANO, MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Trattato Galgano*, LIV, Padova, 2010, 588). Per riferimenti alla dottrina di lingua inglese che ha indagato le origini delle lettere di credito v. GIAMPIERI, *op. cit.*, 23 s. Per una sintesi dei tratti essenziali della figura v. LUCANTONI, *Il credito documentario*, in URBANI (cur.), *L’attività delle banche*, Padova, 2010, 286 ss.

⁷⁾ ANGELICI, “Consegna” e “proprietà” nella vendita internazionale, Milano, 1979, 5.

⁸⁾ Non è, pertanto, condivisibile la posizione di chi, nello studio del credito documentario, tende a svalutare l’importanza del contratto di vendita sottostante il medesimo (v. ad es. BALOSSINI, *Il credito documentario nelle teorie prevalenti e nell’ultima revisione delle norme ed usi uniformi*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, II, Milano, 1978, 979 ss., 984). Di contro, la migliore dottrina ha posto in luce come gli interessi delle parti del contratto di vendita orientino l’individuazione dei documenti maggiormente adeguati per l’esecuzione del concreto contratto concluso (F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536*, in *Comm. Schlesinger*, 2^aed., Milano, 2004, 763). Inoltre, tanto la dottrina giuridica (v. ad es. LUCARELLI, *La tutela dell’ordinante nel credito documentario*, Firenze, 1990, 29), quanto gli studiosi che meglio hanno approfondito la pratica commerciale (v. ad es. DI MEO, *op. cit.*, 53 s., 97 ss.) hanno sottolineato la necessità che acquirente/ordinante e venditore/beneficiario prestino attenzione ad inserire già nel contratto di compravendita clausole idonee a strutturare l’impegno di pagamento successivamente assunto dalla banca, in modo tale da salvaguardare al meglio i loro interessi, tenuto anche conto della natura delle merci oggetto del contratto e dei tempi previsti per la consegna. Sotto questo profilo nella pratica commerciale si consiglia al venditore di concordare una regola di consegna della merce tra quelle inizianti con la lettera “C” degli *Incoterms* 2010 ICC (DI MEO, *I documenti a garanzia di un credito documentario*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011/5, 53 ss.,

l'avvertenza che prestare attenzione al rapporto sostanziale sottostante il credito documentario di per sé non implica necessariamente l'adesione ad alcuna delle teorie elaborate in dottrina a proposito del credito documentario stesso.

Per questi motivi in (quasi) tutti gli studi dedicati al credito documentario – non escluso quello per molti versi ancora fondamentale di ASQUINI del 1922 - non si manca di rammentare la fattispecie concreta in cui ha un senso economico valersi di quel particolare atto denominato “credito documentario”: tale operazione economica trae fondamento in un contratto - di fatto, ma non necessariamente ⁹⁾ - di compravendita, il quale ha luogo tra parti dislocate in Stati diversi e spesso prive di una consuetudine d'affari tra loro.

In ipotesi di questo tipo la vendita assume connotati particolari. Invero, quando le parti sono situate in luoghi diversi, o più precisamente quando il compratore ha interesse che la cosa gli sia consegnata in un luogo diverso da quelli indicati nell'art. 1510 c.c., lo schema della vendita tra parti compresenti si altera di pari passo alla modifica strutturale subita dallo scambio. In questi casi, infatti, si rende necessario trasportare la cosa compravenduta dal luogo in cui essa si trova, o dove essa è prodotta, al luogo indicato dal compratore. Per tale via la fattispecie dello scambio si complica perché la realizzazione dell'operazione economica sottintesa nella vendita comprende di necessità il trasporto delle merci: quest'ultimo diviene un momento essenziale per la soddisfazione dell'interesse dedotto dal compratore in contratto e dunque per la realizzazione dell'operazione economica divisata dalle parti.

56; sugli *Incoterms*, riformati nel 2010, v. tra molti FERRANTE, SINIMBERGHI, *Incoterms* [voce aggiornata-2006], in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. XVI; GRAFFI, *Incoterms e Ucp 600 quali usi dei contratti di vendita internazionale*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2011, 147 ss.; FAVARO, *Pubblicata la nuova edizione degli incoterms*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011/1, 43 ss.; ID., *Incoterms: le vendite a catena e i rischi del compratore*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011/9, 53 ss.

⁹⁾ Si rileva, infatti, che il credito documentario è impiegato “oltre che per la fornitura di merci, anche per assicurare la consegna di interi stabilimenti chiavi in mano, la prestazione di servizi o per altri prestazioni” (DI MEO, *Il credito documentario*, cit., 51; BALOSSINI, *op. cit.*, 984; e v. infatti la fattispecie esaminata da Trib. Udine 10 settembre 1999, in *Banca, borsa*, 2000, II, 689 ss.). Questi rilievi rinvengono conferma nell'art. 4, lett. a, NUU 600, dove, nel sancire la c.d. “autonomia” del credito documentario (v. infra § 4), si precisa che “il credito, per sua natura, è operazione distinta dal contratto di vendita o altro contratto su cui può fondarsi”: le NUU riconoscono, dunque, esplicitamente che il rapporto fondamentale, cui accede il credito documentario, può trarre origine da un contratto di vendita, come pure da “altro contratto”. Conseguentemente sempre le NUU ammettono che oggetto del rapporto sostanziale tra ordinante e beneficiario possono essere non solo “merci”, ma anche “servizi o altre prestazioni” (art. 5 NUU).

In questi casi il trasporto, che può essere collegato allo scambio da nessi diversamente configurabili sul piano giuridico ⁽¹⁰⁾, sconvolge il modello del contratto traslativo delineato dagli artt. 1376 e 1465 c.c., nel senso che relega in secondo piano il momento del trasferimento della proprietà ponendo piuttosto l'accento su altri fattori, quali il potere di disporre della merce durante il viaggio, l'incidenza dei rischi di perdita del carico, la consegna della merce all'arrivo, le sue modalità ed i rischi collegati. Tutto ciò, a sua volta, si riflette sui rischi e sulle modalità di pagamento del prezzo ⁽¹¹⁾.

È evidente che un quadro di questo tipo pone a repentaglio la regola d'esperienza – registrata già da POTHIER ⁽¹²⁾ e - riflessa nel secondo comma dell'art. 1498 c.c. ed incentrata sul criterio della contestualità dello scambio, ossia il criterio secondo il quale nello scambio le parti debbono adempiere le reciproche obbligazioni contestualmente: solo attraverso la contestualità dei reciproci adempimenti ciascuna parte può adeguatamente salvaguardare i propri interessi. Tale criterio vede nella consegna del bene compravenduto un momento funzionale essenziale. Invero, il venditore può evitare il rischio di spossessarsi della merce senza ricevere il corrispettivo solo incassando il prezzo contestualmente alla consegna della merce stessa onde potersi in ipotesi giovare dell'eccezione di inadempimento. Di contro, l'acquirente ha interesse a pagare il prezzo solo dopo aver verificato che la merce abbia le qualità pattuite e tale controllo può aver materialmente luogo solo con la consegna dei beni ⁽¹³⁾.

È evidente come la soddisfazione di questi interessi postuli quella compresenza fisica delle parti nello stesso luogo che ovviamente viene meno nella vendita “a distanza”.

Con questa premessa diviene agevole apprezzare il ruolo svolto dall'art. 1528 c.c. Esso, infatti, subordinando il pagamento del prezzo alla consegna

¹⁰) Cfr. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 2 ed., 1971, 517 ss. Sui profili giuridici del trasporto v. anche per riferimenti GALGANO, MARRELLA, *op. cit.*, 501 ss.

¹¹) V. ampiamente BOCCHINI, *op. cit.*, 17 ss., 72 ss., 108 ss. L'importanza assunta dal trasporto e dalle prassi in esso invalse per la vendita di cose mobili (sulla quale v. tra molti SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, 349 ss.; ANGELICI, *op. cit.*, 247 ss.) è tale da riflettersi sia sui profili civilistici della vendita su documenti (cfr. ancora BOCCHINI, *op. cit.*, 761), sia sulle NUU, al punto che la revisione del 2007 di queste ultime è stata determinata proprio dalla necessità di adeguarle alle predette prassi (DI MEO, *op. cit.*, 63): infatti, mentre nella precedente versione delle NUU campeggiava ancora la polizza di carico marittima, le NUU 600 dedicano ampia attenzione al trasporto multimodale.

¹²) V. *Trattato della vendita*, Parte II, sez. I, art. V, § 2, nn. 66 e 67, in *Opere di G.R. Pothier contenenti i trattati del diritto francese*, 1841, 442: “il compratore non è ammesso a dimandare che la cosa venduta gli sia consegnata, se ei non offre di pagarne il prezzo”.

¹³) Cfr. BOCCHINI, *op. cit.*, 103 s.

di “documenti regolari”, tiene presenti le esigenze implicitamente tutelate dal criterio della contestualità dello scambio cui sopra si è fatto riferimento a proposito dell’art. 1498 c.c. Più precisamente, con la consegna di documenti “regolari” il compratore viene in qualche modo “rassicurato” in ordine all’adempimento del venditore per quanto riguarda lo stato e la qualità della merce consegnata al vettore e viene investito del potere di disporre della merce medesima durante il trasporto (¹⁴). A fronte di tutto ciò diviene esigibile l’obbligo di corrispondere il prezzo al venditore.

L’art. 1528 c.c., peraltro, non implica il dissolvimento delle criticità e dei rischi gravanti sulle parti. È osservazione ormai risalente a quasi un secolo fa quella secondo la quale anche nella vendita su documenti resta immutato l’interesse del compratore a corrispondere il prezzo solo dopo avere accertato che la merce abbia le caratteristiche stabilite nel contratto di vendita. In particolare, per il compratore si pone il problema che il controllo sulla regolarità dei documenti relativi alla merce non corrisponde mai ad un effettivo controllo sulla merce e comunque viene effettuato da terzi sostanzialmente estranei al rapporto di vendita in quanto si svolge o presso il domicilio del venditore, oppure nel luogo della consegna al vettore o allo spedizioniere.

Per il venditore, invece, la vendita su documenti lascia immutato il rischio di controparte, ossia il rischio che il compratore per incapacienza, per le mutate condizioni di mercato o per altri motivi non possa o non voglia pagare il prezzo (¹⁵).

Nella vendita internazionale i rischi delle parti sono amplificati perché esse possono incontrare difficoltà e costi maggiori nel far valere i loro diritti. In particolare, i rischi sono percepiti dal venditore in quanto questi procede a spese ed investimenti per l’approntamento della merce, con la conseguenza che preferisce non concludere il contratto per il timore di non ricevere il prezzo e perdere la merce.

Questa situazione di stallo, che si determina nella vendita su documenti, è superata dallo strumento previsto nell’art. 1530 c.c., vale a dire il credito documentario. L’acquirente/importatore chiede ad una banca – di regola la banca di cui è abituale cliente e, quindi, una banca del proprio paese (denominata “banca emittente”) – di impegnarsi al pagamento del prezzo

¹⁴) Salvo il disposto dell’art. 1685 c.c.: v. BOCCHINI, *op. cit.*, 94 ss. E’ inutile aggiungere che comunque si tratta di “rassicurazioni” solo parziali: la “qualità e lo stato delle cose”, la loro effettiva corrispondenza a quanto pattuito in contratto potrà essere verificata solo dopo l’effettiva consegna delle cose stesse al destinatario finale (v. infatti art. 1511 c.c.).

¹⁵) V. QUARANTOTTI, *op. cit.*, 491 s.; BALOSSINI, *Norme ed usi uniformi relativi al credito documentario*, 4° ed., Milano, 1988, 29; GIAMPIERI, *op. cit.*, 25.

direttamente nei confronti del venditore previo controllo della regolarità dei documenti: in tal guisa il compratore ottiene che il controllo sulla regolarità dei documenti sia svolto da un soggetto professionalmente qualificato e presumibilmente in grado di rispondere sul piano patrimoniale per eventuali negligenze (¹⁶).

Peraltro, nell'esperienza del commercio internazionale l'obbligo di pagare il prezzo, assunto da una banca non avente sede o filiale nel paese (anzi nel luogo) di domicilio del venditore, non è stato ritenuto sufficiente ad infondere nel venditore una sicurezza tale da indurlo alla conclusione del contratto. Per superare le residue incertezze è stato introdotto l'intervento di una banca del paese del venditore (meglio se si tratta della banca di cui il venditore è cliente). Questa seconda banca, detta "banca confermante" (¹⁷),

¹⁶) E' osservazione comunemente ripetuta: v. per tutti BIANCA, *La vendita e la permuta.*, in *Trattato Vassalli*, 2^a ed., Torino, 1993, 473; GABRIELLI, *op. cit.*, 162.

È utile sottolineare come l'interesse all'intervento della banca quale soggetto professionalmente qualificato (v. nota 28) sarebbe frustrato, con conseguente indebolimento della declamata funzione di "sicurezza" del credito documentario (v. *infra* nel testo), qualora si riconoscesse efficacia alle esenzioni da responsabilità stabilite dagli artt. 35, 1° comma, ult. parte, e 3° comma, 37, lett. b e d, NUU 600. In realtà, le notevoli esenzioni da responsabilità delle banche tradizionalmente previste dalle NUU sono coerenti con la c.d. *strict compliance*, ossia con il criterio formalistico dell'esame dei documenti (e v. infatti BONELL, *op. cit.*, 542). Venuto meno detto criterio con le NUU 600 (v. *infra* par. 4), le esenzioni da responsabilità in discorso sono in evidente conflitto con gli obblighi di cooperazione con le parti del rapporto fondamentale ormai posti esplicitamente a carico delle banche dalle NUU del 2007. D'altra parte, l'eccessivo favore per le banche ed il conseguente squilibrio determinati da dette esenzioni di responsabilità è ormai contestato anche dalla dottrina che aderisce alla c.d. *strict compliance* (v. PONTIROLI, *Il credito documentario. Esigenze del commercio internazionale e regole nazionali nel diritto delle lettere di credito commerciali e standby*, Milano, 2000,). Si richiede comunque l'approvazione in forma specifica di tali clausole di esonero: BOCCHINI, *op. cit.*, 805

¹⁷) Sul ruolo della "banca confermante" v. nella dottrina recente DI MEO, *op. cit.*, 81 ss.; PONTIROLI, *op. ult. Cit.*, 89 s.; GIAMPIERI, *op. cit.*, 52 e 121. La presenza della "banca confermante" esonera il beneficiario/venditore dal rischio di smarrimento dei documenti dopo che li ha consegnati alla banca confermante, in quanto il viaggio dei documenti dalla banca confermante alla banca emittente avviene a rischio di quest'ultima (cfr. ZEN, *Il credito documentario*, in POLATO, RIGONI, ZEN, *Le operazioni di banca nel commercio con l'estero*, Torino, 1995, 69 ss., 84; BOCCHINI, *op. cit.*, 795).

In una prospettiva, per così dire, "bancaria" del rapporto deve tenersi presente che la "banca confermante" assume su di sé il rischio relativo all'inadempimento della "banca emittente" (la dottrina giuridica ne è consapevole: cfr. GUAMPIERI, *op.cit.*, 120), che altrimenti graverebbe sul venditore: in questo senso è corretto affermare che la commissione di conferma è il prezzo pagato dall'esportatore per garantirsi dal rischio connesso alla solvibilità della banca emittente – la quale, deve rammentarsi, solitamente è la banca del compratore - e dal relativo rischio paese. La qualità ed il merito di credito della banca emittente, come pure il rischio connesso al "paese" di cui fanno parte quest'ultima ed il compratore, sono, dunque, elementi che inducono la banca del venditore a "confermare" il credito oppure no. In questo secondo caso (espressamente contemplato nell'art. 8, lett. d, NUU 600), la banca che ha rifiutato di confermare il credito, può emettere una *silent*

assume anch'essa nei confronti del venditore un'obbligazione di pagare il corrispettivo da questi atteso dalla vendita. Tale obbligazione della banca confermante è diretta ad autonoma, nel senso che si aggiunge, pur rimanendone distinta, a quella della banca emittente e a quella del compratore di pagare il prezzo: v. art. 8, spec. lett. b, NUU 600⁽¹⁸⁾. Tutto ciò – si è osservato in dottrina⁽¹⁹⁾ – consegue tra l'altro il risultato di ripristinare la regola secondo la quale il prezzo deve essere pagato contestualmente alla consegna e al domicilio del venditore, in quanto luogo in cui avviene la consegna dei documenti rappresentativi della merce (artt. 1498, 1527 e 1528 c.c.; e v. anche art. 57, 1° comma, lett. b, Conv. Vienna sulla vendita internazionale dei beni).

Quest'ultimo rilievo rinvia conferma nelle NUU, le quali indicano che “il luogo di presentazione”, e dunque il luogo di pagamento, è “il luogo in cui è ubicata la banca presso la quale il credito è utilizzabile” (art. 6, lett. d, ii, prima parte, NUU 600), con la precisazione che per “presentazione” si

confirmation (in proposito v. da ultimo DI MEO, *Conferma e silent confirmation in un credito documentario*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011/10, 42 ss.

Da tempo (cfr. MICHELI, *Problemi attuali del credito documentario*, in *Banca, borsa*, 1958, I, 333 ss., 337; ID., *Misure cautelari ed esecutive aventi per oggetto crediti documentari*, in *Banca, borsa*, 1960, I, 161 ss., 163 in nota, ed ivi ulteriori riferimenti) è stato rilevato che non deve essere riferita alla “banca confermante”, cui si accenna nel testo, l'espressione “la banca che ha confermato il credito” contenuta nell'art. 1530 c.c. (in un equivoco in tal senso incorse Cass. 10 giugno 1983, n. 3999, in *Foro it.*, 1984, I, 1056, con richiami di MACARIO): piuttosto, l'espressione codicistica deve essere estesa a qualsiasi banca che abbia assunto un impegno irrevocabile ad “onorare” verso il venditore, vale a dire la banca emittente e la banca confermante (cfr. GIAMPIERI, *op. cit.*, 14, nota 5; PONTIROLI, *op. ult. Cit.*, 96), ma non la “banca avvisante”, la quale “se non sia anche banca confermante, avvisa il credito e le modifiche senza alcun impegno e negoziazione” (art. 9, NUU 600). Il ruolo della banca avvisante non può, peraltro, essere sottovalutato: essa, “avvisando il credito o una modifica, ... rende palese [sia] il proprio convincimento circa l'apparente autenticità del credito e della modifica sia che l'avviso rispecchia correttamente i termini o le condizioni del credito o della modifica ricevuti” (art. 9, lett. b, NUU 600). In caso di dubbio sull'autenticità delle istruzioni ricevute in ordine al credito (o alla sua modifica, o all'avviso) la banca avvisante deve avvertire la banca dalla quale sembrano provenire le istruzioni; ovvero, se decide di avvisare il beneficiario malgrado i dubbi, deve informarlo “che non è convinta dell'apparente autenticità del credito, della modifica o dell'avviso” (art. 9, lett. f, NUU 600).

Discorso diverso vale per la “banca designata” – ossia la banca, diversa dalla banca confermante, autorizzata ad “onorare” (DI MEO, *Il credito documentario*, cit., 76 s.) – la quale rientra tra le banche cui fa riferimento l'art. 1530 c.c. solo nell'ipotesi in cui abbia assunto un espresso obbligo in tal senso nei confronti del beneficiario (art. 12, NUU 600).

¹⁸) Sull'obbligazione a carico della banca confermante v. A. Milano 14 -1-2004, in *Banca, borsa* 2005, II, 419 ss.: la banca confermante è tenuta verso il beneficiario direttamente ed autonomamente rispetto alla banca emittente, nel senso che deve esaminare i documenti nei tempi e alle condizioni previste nella conferma e nelle NUU. È una prospettazione coerente con gli artt. 8, 14 e 15, lett. b, NUU 600.

¹⁹) V. BIANCA, *op. cit.*, 424; BOCCHINI, *op. cit.*, 795 s.

intende “sia la consegna alla banca emittente o alla banca designata di documenti relativi ad un credito sia i documenti oggetto di tale consegna”⁽²⁰⁾.

Questi sono i tratti essenziali dell’operazione di credito documentario: insieme alla funzione primaria di pagamento essa svolge una importante funzione di garanzia in quanto affianca al debitore originario uno o più debitori ulteriori (le banche “emittente” e “confermante” sicuramente; eventualmente anche la banca “designata”); vi si può poi aggiungere una funzione di finanziamento del compratore, del venditore o di entrambi⁽²¹⁾. Vi è chi, poi, ha rilevato che il credito documentario in qualche modo offre la possibilità di circoscrivere ed aggirare i problemi posti dall’inflazione, dalle restrizioni valutarie e dai provvedimenti di embargo⁽²²⁾.

Vengono, così, sensibilmente ridotti il rischio di controparte, il rischio paese ed il rischio legale corsi dal venditore. Anche il compratore può ottenere la riduzione del rischio di inadempimento da parte del venditore per quanto riguarda la qualità ed il buon funzionamento delle merci richiedendo la presentazione di apposite certificazioni⁽²³⁾.

²⁰) Ne segue che per tale via possono darsi più luoghi in cui per il venditore è possibile presentare i documenti (ed essere pagato), atteso che “*un luogo di presentazione diverso da quello della banca emittente si aggiunge al luogo in cui la stessa è ubicata*” (art. 6, lett. d, ii, seconda parte., NUU 600) e che, al riguardo, occorre tenere conto che – secondo una precisazione introdotta nel 2007 - “*le filiali di una banca in Paesi diversi sono da considerarsi banche distinte*” (art. 3, NUU 600). In questo modo si assiste ad una moltiplicazione dei possibili luoghi di pagamento. Ciò avviene, in particolare, nel caso di “*credito utilizzabile presso qualsiasi banca*” (art. 2 NUU 600): in questo caso “*qualsiasi banca*” è “banca designata”, ossia banca legittimata al pagamento.

²¹) Sono osservazioni diffuse in dottrina: v. per tutti BORRONI, ORIANI, *Le operazioni bancarie*, Bologna, 2008, 210; COSTA, *Il credito documentario*, Torino, 1997, 2 s., il quale, a proposito della funzione di pagamento, perspicuamente pone in luce come modalità di pagamento diverse dal credito documentario esibiscano rischi maggiori per le parti: il bonifico, infatti, presenta l’aspetto negativo di non garantire il compratore qualora sia fatto prima della presentazione dei documenti e di non garantire il venditore se disposto dopo la presentazione stessa. Il pagamento mediante assegno è caratterizzato dagli stessi aspetti negativi del bonifico con, in aggiunta, il pericolo della falsificazione e della possibile emissione allo scoperto. Anche l’accettazione diretta di tratte da parte del compratore estero prolunga il periodo di incertezza rispetto al pagamento mediante assegno o bonifico. Sull’importanza pratica della – teoricamente accessoria – funzione di finanziamento del credito documentario v. BALOSSINI, *op. ult. cit.*, 37 ss., il quale evidenzia il collegamento tra il profilo del finanziamento e quello del trasferimento del credito documentario (sul quale ultimo v. artt. 38 ss. NUU 600; nonché in dottrina FRIGNANI, TORSELLO, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010, 334 ss.).

²²) GIAMPIERI, *op. cit.*, 60 s. Tra i fini leciti del credito documentario viene annoverata la copertura da eventuali “impreviste decisioni dei giudici del paese dell’ordinante circa la validità o meno del contratto di compravendita” (COSTA, *op. cit.*, 33).

²³) Infatti, “nel caso in cui l’ordinante/compratore voglia ottenere la più ampia sicurezza che la merce fornita non sia di valore inferiore rispetto a quella ordinata, che non sia di qualità inferiore e

Non senza ragione ci si è soffermati sugli interessi soddisfatti dal credito documentario. Esso è stato immediatamente riconosciuto come operazione “sorta figlia della diffidenza” e volta a restituire sicurezza alle parti ⁽²⁴⁾.

che rispetti le caratteristiche tecniche e gli standards richiesti in contratto, ... [e] che sia garantito il buon funzionamento del bene ordinato, può richiedere al fornitore la presentazione [alla banca] di certificati rilasciati da enti specializzati (come ad esempio la Società generale di sorveglianza) o garanzie circa la buona esecuzione” (DI MEO, *op. ult. cit.*, 260).

²⁴) E’ un rilievo costantemente evidenziato: v. ad esempio, nell’arco di quasi un secolo, QUARANTOTTI, *op. cit.*, 492; ASQUINI, *op. cit.*, 227; GRECO, COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2 ed., Bologna-Roma, 1981, 466; BALOSSINI, *op. ult. Cit.*, 30 ss.; PONTIROLI, *Il credito documentario*, cit., 12. La sicurezza – si aggiunge (BALOSSINI, *op. ult. Cit.*, 35) – non è circoscritta alla maggiore capienza patrimoniale, al rischio di controparte, ma si estende a sempre possibili “pentimenti” del compratore, cosicché il venditore, una volta preso atto della promessa della banca, può intraprendere le iniziative necessarie per l’adempimento (fabbricazione della merce, eventuali contratti di subfornitura ecc.).

Per questi motivi (e per quelli indicati nel testo) l’assetto assegnato dalla disciplina del credito documentario agli interessi in conflitto non lascia dubbi circa il favore assegnato – in parte secondo alcuni (es. LUCARELLI, *op. cit.*, *passim*), in assoluto, secondo altri (SPANNO, *Crediti documentari e sequestro conservativo*, in *Banche e banchieri*, 1980, 511) – al venditore/beneficiario, il quale – non è inopportuno ricordarlo ancora una volta – anticipa le spese necessarie per realizzare i beni compravenduti.

Questa situazione di favore per il venditore – realizzata grazie al credito documentario – ha talora indotto gli studiosi a descrivere il compratore/ordinante come un “contraente debole”, in quanto parte soggetta “ad una particolare esposizione al rischio del mancato soddisfacimento delle proprie ragioni contrattuali” (LUCARELLI, *op. cit.*, 26). In proposito, conviene formulare qualche precisazione onde evitare equivoci ricorrenti: come si è già ricordato in apertura, il credito documentario si è sviluppato al fine di superare le resistenze del venditore (ossia della parte chiamata in via preventiva ad effettuare gli investimenti necessari per l’esecuzione del contratto) alla conclusione del contratto stesso. Dunque, non vi sono dubbi che i criteri – tra loro collegati – dell’autonomia/astrettezza e del formalismo (v. *infra* § 4) siano preordinati a favorire il beneficiario (e le banche): invero, - si rammenta – “l’obbligazione della banca ha carattere autonomo rispetto al rapporto fondamentale e non può venire meno a seguito della mutata volontà dell’ordinante/compratore sia pure per “giustificati motivi” (MOLLE, *op. cit.*, 591). Sembra, peraltro, improprio qualificare l’ordinante come “contraente debole”. E ciò per più versi: in primo luogo il “rischio del mancato soddisfacimento delle proprie ragioni contrattuali” è un rischio cui è esposto chiunque concluda un contratto e non vale di per sé a caratterizzare la posizione di alcuna parte, tenuto anche conto che la distribuzione dei rischi contrattuali tra le parti è procedimento complesso e mutevole anche sul piano storico-sociale (ALPA, *Rischio (dir. Vig.)*, *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 144 ss.). Nella fattispecie del credito documentario, inoltre, - fatto salvo il profilo governato dall’art. 1528, 2 comma - il compratore, a ben vedere, non corre rischi maggiori di quelli propri della vendita su documenti (cfr. BOCCHINI, *op. cit.*, 749 ss. e 796), di guisa che appare improprio assegnargli una specifica connotazione di “debolezza” in questa fattispecie.

Si conferma, così, la necessità che la locuzione di “contraente debole” sia utilizzata con circospezione onde evitare di privarla di significati giuridicamente apprezzabili abbandonandola a valutazioni soggettive di ciascun interprete (ad esempio, tra gli studiosi del credito documentario si è talora designato “contraente debole” il beneficiario del credito: cfr. PONTIROLI, *op. ult. Cit.*, 146). In questa prospettiva si è mossa la dottrina, la quale, all’esito di un dibattito protrattosi per almeno un quarantennio, sembra ormai orientata a connotare il “contraente debole” non più e non tanto in senso “socio-economico”, quanto piuttosto in termini di asimmetria informativa in funzione dell’efficienza del mercato (v. anche per riferimenti CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e*

Sotto questo profilo, il credito documentario rappresenta una significativa conferma dei più ripetuti insegnamenti di law and economics: applicando al credito documentario le chiavi di lettura del diritto dei contratti, poste a disposizione degli interpreti dall'analisi economica del diritto, è agevole osservare come, a seguito del difetto di informazioni sulla controparte, unito al "rischio paese" e al conseguente incremento del "rischio legale", si ampliano a dismisura le incertezze ed i rischi connessi ad un contratto di compravendita "da piazza a piazza" fino al punto da ostacolarne la conclusione. In alternativa vi è l'incremento dei costi transattivi, segnato dalle commissioni pagate alle banche⁽²⁵⁾: nel credito documentario i costi transattivi conseguono ad un difetto di informazioni, ma abbattano i rischi di controparte, "paese" e "legale" al punto da favorire la complessiva efficienza del sistema, in quanto consentono la conclusione di uno scambio che altrimenti non si sarebbe realizzato⁽²⁶⁾.

In questa prospettiva, ancora recentemente si è ribadito che nella pratica del commercio internazionale il credito documentario permette di concludere affari con controparti non conosciute, operanti in mercati lontani ed in parti del mondo "difficili"⁽²⁷⁾. L'esperienza più recente conferma, pertanto, il ruolo di momento di efficienza giocato dal credito documentario sul mercato internazionale, ruolo riconosciuto da una nota sentenza britannica allorché ha designato il credito documentario stesso "the lifeblood of international commerce".

trasformazioni del contratto, Napoli, 2003; E. GABRIELLI, *Il consumatore ed il professionista*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (cur.), *I contratti dei consumatori*, in questo *Trattato*, Torino, 2005, 4 ss.; ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, 267 ss.; sul rapporto tra (correzione delle) asimmetrie informative ed efficienza del mercato v. anche per riferimenti G. LA ROCCA, *La tutela dell'impresa nella contrattazione in derivati*, Padova, 2011, 7, nota 11).

Al più, pertanto, nella figura contrattuale in esame, piuttosto che affannarsi ad individuare un contraente "debole" da proteggere, sembra corretto limitarsi, con Cass. 8-8-1997, n. 7388, cit., 243, all'esigenza di "contemperare le esigenze oggettive del commercio con la realizzazione degli interessi del compratore ... e del venditore", ad esempio attraverso un'adeguata ricostruzione delle obbligazioni della banca mandataria (v. *infra* nel testo).

²⁵) Le voci di costo possono leggersi in DI MEO, *op. cit.*, 247 ss. La crisi economica di questi ultimi anni sembra aver contribuito all'aumento dei costi soprattutto nelle economie emergenti: cfr. BYRNE, *op. cit.*, 4.

²⁶) Per un recente resoconto sugli studi essenziali di analisi economica del diritto, sulla loro evoluzione, nonché sulla loro incidenza sulla stessa teoria del contratto v., proprio con riferimento alla vendita, MUSY, FERRERI, *La vendita*, in *Trattato Sacco, I singoli contratti*, 1, Torino, 2006, 38 ss.

²⁷) DI MEO, *op. ult. cit.*, 52.

2. La qualificazione giuridica dell'operazione: delegazione, "atto a schema delegatorio", contratto a favore di terzi.

Nel precedente paragrafo si è già accennato come tutta l'operazione sia radicata su un contratto di compravendita. In tale contratto le parti pattuiscono non solo che la loro vendita sia su documenti, ma anche che il prezzo sia pagato "tramite banca": più precisamente, acquirente e venditore prevedono che una o più banche – espressamente individuate in contratto ⁽²⁸⁾ - assumano una precisa obbligazione di pagamento verso il venditore ed accertino che i documenti consegnati al compratore abbiano le caratteristiche convenute dalle parti nel contratto di vendita ⁽²⁹⁾.

²⁸) E' importante sottolineare che di fatto la banca esercita un ruolo significativo già nelle trattative afferenti alla conclusione del contratto di vendita. Al riguardo occorre premettere che gli operatori commerciali soliti "lavorare" con l'estero concludono con la loro banca di riferimento un "contratto quadro" (spesso propedeutico non soltanto ai crediti documentari, ma esteso agli incassi documentari e alle lettere *standby*: sui quali v. nota seguente) con cui si stabiliscono le condizioni che regoleranno i crediti documentari in futuro eventualmente acconsentiti dalla banca: la banca, infatti, non si obbliga immediatamente ad accogliere qualsiasi incarico le pervenga dal cliente, ma si riserva la facoltà di emettere in concreto il credito documentario eventualmente richiestole "all'esito delle opportune verifiche". Su questi presupposti ben si comprende come compratore e venditore – proprio per orientare la loro azione in modo che la verifica della banca abbia esito positivo – di fatto tengano costantemente informate le rispettive banche sulla qualità dei soggetti (ivi compresi banche, spedizionieri, vettori, assicuratori) destinati a intervenire nel successivo rapporto di scambio e sull'evoluzione delle trattative, non senza accogliere eventuali aggiustamenti o modifiche informalmente suggerite dalle banche già in questa fase.

Sono profili che non possono essere sottovalutati: comunemente di ripete (BALLOSSINI, *op. ult. cit.*, 244; PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 122 s) che la banca – anzi le banche, ossia la banca confermate per il venditore e la banca emittente per il compratore – intervengono nell'operazione di credito documentario quali soggetti professionalmente qualificati. L'affermazione è assolutamente condivisibile perché le banche operanti in questo settore sono munite di appositi uffici dedicati solo all'operatività in discorso, con personale altamente qualificato non solo per preparazione teorica, ma anche per l'esperienza "sul campo" acquisita negli anni e sui mercati di tutto il mondo. Come si avrà più volte modo di evidenziare nel testo, in questa loro qualità le banche svolgono un obiettivo ruolo di consulenza verso i clienti che può esporle ad eventuali responsabilità: cfr. PORTALE, DOLMETTA, *Eccezione di "omessa indicazione sulla polizza del nome della nave di carico" e limiti del formalismo*, in *Riv. Dir. Priv.* 1998, 568 ss., spec. 594 ss.

²⁹) Cfr. BOCCHINI, *op. cit.*, 803; COSTA, *op. cit.*, 25 s. Da quanto osservato nel testo consegue che è questione di interpretazione del contratto di vendita stabilire se nel singolo caso concreto è stata convenuta semplicemente una vendita su documenti, nella quale la banca interviene solo per pagare il prezzo e ricevere i documenti (figura, peraltro, non necessariamente coincidente con il credito documentario revocabile), o un credito documentario (v. sul punto una delle prime sentenze emesse in materia: A. Milano 15-3-1922, in *Riv. Dir. Comm.*, 1922, II, 681).

Diversa – ma è questione che si risolve pur sempre alla stregua della volontà delle parti espressa nel contratto di compravendita – è l'ipotesi del c.d. "incasso documentario", che vede la banca intervenire su mandato del venditore per riscuotere il prezzo dal compratore e consegnargli i documenti: v. in proposito BIANCA, *op. cit.*, 430; BOCCHINI, *op. cit.*, 796 ss.; GALGANO,

In esecuzione di tale clausola sulle modalità di pagamento del prezzo⁽³⁰⁾, l'acquirente/importatore "ordina" alla propria banca di impegnarsi nei confronti del venditore /esportatore a "onorare" un credito documentario, vale dire – secondo quanto specificato nell'art. 2 NUU 600" - a "pagare a vista" una determinata somma o ad "assumere un impegno di pagamento differito" anche attraverso l'accettazione di una tratta⁽³¹⁾ ⁽³²⁾, previa

MARRELLA, *op. cit.*, 581 ss. Anche a questa seconda fattispecie si ritiene applicabile l'art. 1530, 1 comma c.c. (BALOSSINI, *op. ult. Cit.*, 63).

Come pure è questione di interpretazione distinguere tra credito documentario e *Stand by letter of credit* (v. DI MEO, SANTILLI, *Lettere di credito Stand by e crediti documentari*, in *Comm. int.*, 2010, 3, 5 ss.; GIAMPIERI, *op. cit.*, 47 ss.), ovvero tra credito documentario e *Garantievertrag* (PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, cit., 1043 ss., 1056). Anche in questi casi l'attenzione dell'interprete deve concentrarsi sulla natura dell'obbligo assunto dalla banca: in particolare, l'atto della banca deve qualificarsi *Stand by letter of credit* quando l'impegno di pagamento della banca è condizionato alla dichiarazione del beneficiario di non aver ricevuto la prestazione dovuta dal debitore principale. La *Stand by*, come pure il *Garantievertrag*, dunque, sono vere e proprie garanzie, nell'adempimento delle quali, peraltro, la banca non è tenuta a verificare la correttezza dei documenti eventualmente richiesti a corredo della dichiarazione del beneficiario prima descritta: la correttezza di quei documenti, infatti, non costituisce un elemento necessario del *Garantievertrag*.

³⁰) Nel senso che il "contratto di apertura di credito confermato" sia previsto da "una clausola del contratto di vendita" v. già BRUGI, *Irrevocabilità dell'apertura di credito*, cit., 580; FOLCO, *Rassegna critica di giurisprudenza sul credito confermato di banca*, in *Banca, borsa*, 1948, I, 93 ss., 94. Correttamente si fa osservare che, alla stregua del contratto di vendita, l'ordine impartito dal compratore alla banca accennato nel testo costituisce un atto dovuto nei confronti del venditore, di guisa che il suo mancato compimento o il suo ritardato compimento integrano un inadempimento del contratto di vendita (FIORENTINO, *op. cit.*, 244; RUBINO, *op. cit.*, 563; GRECO, COTTINO, *op. cit.*, 468 s., i quali sottolineano come il compratore assuma verso il venditore un'obbligazione per il fatto del terzo, consistente nella promessa della banca: detta obbligazione – può aggiungersi - è parte della più complessa obbligazione assunta dal compratore di pagare il prezzo tramite "credito documentario"; BIANCA, *op. cit.*, 476; BOCCHINI, *op. cit.*, 808; COSTA, *op. cit.*, 26; DI MEO, *op. ult. cit.*, 72). Come pure costituisce inadempimento del contratto di vendita, con conseguente responsabilità del compratore, il caso in cui la banca (emittente e/o confermate) non adempia ingiustificatamente la promessa di "onorare" formulata al venditore (per tutti MUSY, FERRERI, *op. cit.*, 346): le conseguenze di tale inadempimento andranno ovviamente valutate caso per caso alla stregua dell'art. 1455 c.c. (sul quale v. recentemente CARNEVALI, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, XIII, *Il contratto in generale*, t. VIII**, *La risoluzione*, Torino, 2011, 22 ss.).

³¹) La clausola di pagamento differito è stata oggetto di particolare attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza a causa dei dubbi circa la sua *ratio*: l'impegno della banca a pagare le somme promesse solo dopo il decorso di un determinato periodo dalla presentazione dei documenti è stato interpretato in funzione dell'interesse del compratore a ricevere e controllare la merce prima che il pagamento risulti esigibile dal beneficiario (v. per riferimenti GIAMPIERI, *op. cit.*, 56 ss.; COSTA, *op. cit.*, 31; PONTIROLI, *Il credito documentario*, cit., 97 ss.). In senso contrario si osserva che nel credito documentario termine di consegna e termine di pagamento non sono in rapporto di necessaria successione cronologica, con la conseguenza che la possibilità di ricevere e controllare la merce prima del pagamento è meramente eventuale. Piuttosto, si aggiunge, scopo del credito dilazionato è il finanziamento dell'ordinante compratore e non il consentire ad esso il controllo sulla qualità della merce (A. MOSSA, *Un effetto "tromp l'oeil" da eliminare (il credito*

ricezione e controllo dei documenti indicati nel contratto di compravendita, che il compratore avrà avuto la diligenza di riportare nell' "ordine" impartito alla banca, la quale, a sua volta, è tenuta a riprodurre l'elenco nel testo della promessa che andrà ad emettere in favore del venditore.

Per lungo tempo l'attenzione dei giuristi si è focalizzata sulla qualificazione giuridica del collegamento esistente tra i contratti e gli atti finora menzionati, vale a dire tra l'accordo intercorso tra acquirente e venditore circa le modalità di pagamento del prezzo, l' "ordine" impartito dal compratore alla banca di obbligarsi nei confronti del venditore, il conseguente impegno assunto dalla banca verso quest'ultimo.

La tesi di gran lunga dominante nella dottrina italiana – seguita dalla giurisprudenza ⁽³³⁾ e con qualche riscontro nella dottrina europea ⁽³⁴⁾ - è quella che ricostruisce i rapporti sopra elencati sul filo della delegazione. Questa tesi fu enunciata dall'ASQUINI nel 1922 ⁽³⁵⁾, il quale precisò trattarsi di una delegazione passiva cumulativa. Egli ritenne, in particolare, che quest'ultima figura rispettasse la struttura economica del "pagamento a mezzo di rimborso di banca". E più precisamente individuò il rapporto di debito tra delegante e delegatario, che costituisce il presupposto della delegazione, nel contratto di compravendita e nel conseguente obbligo del compratore/delegante di pagare il prezzo al venditore/delegatario; e inquadrò nella delegatio promittendi l'obbligazione assunta dalla banca/delegata nei confronti del venditore/delegatario ⁽³⁶⁾, il quale così aggiunge all'originario

documentario "non confermato" e un "credito irrevocabile"), in *Foro it.*, 1984, I, 1057 ss.; PURPURA, *In tema di credito documentario differito (e non): indipendenza del rapporto, rilievo della frode e "pagamento anticipato" del beneficiario*, in *Banca, borsa*, 2006, II, 303 ss. spec. 313, ivi riferimenti ulteriori).

³²) Sulle diverse implicazioni di ciascuno dei possibili impegni che la banca può assumere v. BORRONI, ORIANI, *op. cit.*, 211 s.; MOLLE, *op. cit.*, 596 ss.

³³) V. ad es. recentemente Cass. 29-01-2003, n. 1288, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Vendita*, n. 73; Cass. 15-01-1999, n. 372, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Vendita*, n. 82; Cass. 8-8-1997, n. 7388, in *Banca, borsa*, 1998, II, 237 ss.; Cass. 28-11-1996, n. 10569, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Vendita*, n. 65.

³⁴) V. i riferimenti in COSTA, *op. cit.*, 15 ss.; GIAMPIERI, *op. cit.*, 85.

³⁵) Per la verità BALOSSINI, *op. ult. Cit.*, 85, riferisce che la teoria della delegazione si legge già in MORAGLIA, *Sulla clausola C.I.F. nella compravendita*, in *Il diritto commerciale*, Torino, 1919, 340.

³⁶) ASQUINI distinse – secondo tradizione – tra *delegatio promittenti*, di cui si dirà *infra* nel testo, e *delegatio solvendi* (sulla quale v. RESCIGNO, *Delegazione*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1986, 929 ss., 939 ss.): quest'ultima è stata individuata nel credito documentario "revocabile", con il quale la banca si obbliga solo nei confronti del compratore/ordinante ad emettere la promessa di pagamento, mentre non assume alcun obbligo di pagare di fronte al venditore/beneficiario (ASQUINI, *op. cit.*, 244), di guisa che il credito può essere modificato o revocato dalla banca stessa al ricorrere di una giusta causa (art. 1727 c.c.). Sui relativi problemi v. per tutti MOLLE, *op. cit.*, 585 ss.; VISCONTI, *op. cit.*, 80 ss.; ZEN, *op. cit.*, 76 ss.; più in generale sul mandato di pagamento caratterizzato dall'assenza di un impegno del mandatario verso il terzo v. anche per riferimenti

debitore, il nuovo, nel senso che conserva, malgrado l'obbligazione assunta dalla banca, immutato il proprio diritto al pagamento del prezzo da parte del compratore fin quando la banca non adempie alla sua promessa di pagamento⁽³⁷⁾.

Come si è accennato, la tesi di ASQUINI ha avuto larghissimo seguito nella dottrina italiana⁽³⁸⁾, la quale, secondo un atteggiamento dogmatico assai diffuso⁽³⁹⁾, rilevati nel credito documentario la presenza di taluni caratteri propri della delegazione, ne ha automaticamente ed apoditticamente esteso tutta la disciplina al credito documentario, senza verificare fino a che punto detta estensione fosse giustificata alla stregua dello stesso art. 1530 c.c.

La delegazione, tuttavia, già sul piano strutturale appare di difficile conciliazione con il credito documentario. Invero, dottrina e giurisprudenza configurano la delegazione a volte come negozio unitario trilaterale, a volte come frutto di un procedimento di più atti coordinati verso un'unica causa (per un recente esempio in tal senso v. Cass. 17-05-2000, n. 6387, in

SANTAGATA, *Mandato. Obbligazioni del mandatario. Obbligazioni del mandante*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1998, 398 ss.: anche in questi casi, peraltro, la banca è obbligata a controllare i documenti prima di pagare (BOCCHINI, *op. cit.*, 813).

Il credito documentario revocabile è assai raro nella pratica ed è indice di una particolare forza contrattuale del compratore rispetto alla sua controparte: ciò può accadere quando il venditore sia il fornitore di una qualche impresa multinazionale o una grande impresa di distribuzione. In questi casi il venditore è in condizione di dover accettare i termini del contratto dettati dal compratore, il quale tende ovviamente ad abbattere i costi transattivi a suo carico imponendo alla sua controparte di rinunciare ad affiancare l'obbligazione della banca a quella del compratore a pena di esclusione dall'affare e della sua sostituzione con altro fornitore. La rarità della fattispecie ha fatto sì che la sua esistenza sia riscontrata dalle NUU 660 solo in modo indiretto: in forza della regola secondo la quale "le NUU, salvo espresse modifiche o esclusioni previste dal credito, vincolano tutte le parti interessate" (art. 1), è rimessa alle parti la facoltà di escludere esplicitamente l'irrevocabilità dell'obbligazione della banca; in altre parole, la banca emittente emette il credito con l'espresa clausola della revocabilità del medesimo.

³⁷) ASQUINI, *op. cit.*, 239 ss.: più precisamente, ASQUINI configurò il rapporto tra il delegante (compratore/ordinante) ed il delegatario (venditore/beneficiario) come un rapporto di *autorizzazione*, in grado di assegnare al delegatario la facoltà, e non l'obbligo, di riscuotere/accettare il pagamento del delegato (la banca); egli individuò un mandato senza rappresentanza nel rapporto tra ordinante e banca; ed infine intravide un contratto con obbligazioni per il solo proponente nel rapporto tra banca/delegata e venditore/beneficiario/delegatario. Egli restrinse, poi, la fattispecie "nei limiti categorici della delegazione pura" in ragione dell'autonomia del rapporto rispetto tra banca e venditore rispetto al rapporto causale di vendita intercorrente tra compratore/delegante e venditore/delegatario.

³⁸) FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, Napoli, 1952, 241; MICHELI, *op. ult. cit.*, 164; RUBINO, *op. cit.*, 562; GRECO, COTTINO, *op. cit.*, 467; BIANCA, *op. cit.*, 473 e 477; BOCCHINI, *op. cit.*, 809.

³⁹) E che è stato, peraltro, rilevato tanto in Italia (v. ad es. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, Padova, 1989, 161 ss.), quanto all'estero (v. ad es. BERTRAMS, *Bank guaranties in international trades*, 3^a ed., Paris-New York, 2004, 67). Allude recentemente al fenomeno GALGANO, *I dogmi del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2010, 905 ss.

Rep.Foro it., 2001, *Obbligazioni in genere*, n. 49); in ogni caso – secondo una tradizione risalente a Cujas e Doneau⁽⁴⁰⁾ – è assegnato rilievo di “fulcro dell’operazione” all’iniziativa del delegante (e v. infatti l’incipit dell’art. 1268 c.c. e lo stesso art. 1269 c.c.)⁽⁴¹⁾.

Come anticipato, nessuna di queste configurazioni della delegazione è riducibile al credito documentario.

In primo luogo, il credito documentario non condivide la nota distintiva della delegazione, ossia la circostanza che l’operazione nella quale consiste la delegazione, prende tipicamente le mosse da un interesse sostanziale del delegante⁽⁴²⁾. Al contrario, il credito documentario risponde soprattutto ad un’esigenza del venditore, presunto delegatario (v. § 1), che lo impone alla controparte come un costo ulteriore per concludere il contratto, di guisa che nel credito documentario non si intravede il duplice vincolo – assunto nella delegazione dal delegatario verso il delegante – ad accettare la futura promessa del delegato e a non richiedere al delegante l’adempimento se non dopo essersi rivolto al delegato⁽⁴³⁾.

Più chiaramente, malgrado l’ambigua formula dell’art. 1530 c.c., è assolutamente inappropriato e non rispondente all’effettiva sostanza dell’operazione di credito documentario configurare la posizione del venditore (presunto delegatario) in termini di “vincolo” ad accettare la promessa della banca delegata e a non rivolgersi al compratore (presunto delegante) prima di aver richiesto il pagamento alla banca delegata. Il venditore, infatti, lungi dall’essere “vincolato” in questo senso, pretende dal compratore la promessa della banca delegata perché è interessato a ricevere il pagamento soprattutto da quest’ultima. Come si è ripetuto più volte, il credito documentario viene pattuito proprio perché il venditore (presunto delegatario) ha interesse – che è determinante per l’operazione - a che il prezzo sia corrisposto dalla banca presunta delegata e non dal presunto delegante, ossia dal compratore, del quale il presunto delegatario in buona sostanza non si fida⁽⁴⁴⁾. In altre parole, se “vincolo” in questo caso vi è, esso

⁴⁰) Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III,2, Milano, 1955, 94 s.

⁴¹) Cfr. RESCIGNO, *op. cit.*; MAGAZZÙ, *Delegazione*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1988, 155 ss.; G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, 6 ss.; BIANCA, *L’obbligazione*, 4, *Diritto civile*, Milano, rist. 1993, 630; PARENTE, *Delegazione*, in *Diritto*, 4, Milano, 2007, 689 ss.

⁴²) V. in particolare BETTI, *op. cit.*, 95, testo e nota 24, il quale precisa, infatti, che alla base della delegazione non v’è solo “consenso” o consapevolezza” del debitore delegante, ma qualcosa di più.

⁴³) Così a proposito della delegazione BIANCA, *op. ult. cit.*, 635.

⁴⁴) L’attenzione verso gli interessi sostanziali delle parti – che si è cercato di tener viva nel testo - è centrale per il corretto inquadramento dell’istituto in esame: essa è in linea con l’insegnamento,

grava sul compratore e non sul venditore, presunto delegatario, come vuole la tradizione civilistica della delegazione per motivi economici ben precisi (v. infra nota 46 e testo corrispondente).

Con più specifico riguardo, poi, all'orientamento secondo il quale la delegazione sarebbe l'effetto di un contratto trilaterale, può aggiungersi che nel credito documentario la banca presunta terza delegata non è parte del contratto tra debitore e creditore, ma assume la propria obbligazione verso il presunto delegatario con un atto autonomo per più versi dal rapporto tra debitore e creditore del prezzo.

Ad esiti non diversi si perviene seguendo la teoria c.d. atomistica, la quale, peraltro, strutturando la delegazione su tre negozi autonomi, collegati da una funzione unitaria, sembra meno lontana dal credito documentario della teoria prima considerata. Occorre, però, avvertire che la teoria atomistica di fatto enfatizza il contenuto "autorizzatorio" degli atti posti in essere dal delegante: il delegato sarebbe "autorizzato" a disporre di diritti dell'autorizzante e ad ingerirsi nella sua sfera privata, come pure il delegatario sarebbe investito del potere di accettare il pagamento da un soggetto diverso dal debitore⁽⁴⁵⁾.

Al pari della precedente, anche questa costruzione della delegazione non si attaglia al credito documentario: in particolare, rappresenta una forzatura sia intravedere "atti di autorizzazione" nel credito documentario, sia, soprattutto, rappresentarlo come una sequenza di atti autonomi aventi, quale unico collante, la contemporanea estinzione di più rapporti: nella delegazione, infatti, - in connessione con precise esigenze storiche derivanti dalla carenza di liquidità endemica non solo nel Medio Evo, ma per tutta l'Età Moderna⁽⁴⁶⁾ - si assume che per effetto del pagamento effettuato dal delegato al delegatario si estinguerebbero sia il rapporto tra delegante e delegatario, sia il rapporto tra delegante e delegato. Senonché, sarebbe una forzatura applicare queste prospettazioni al credito documentario: quest'ultimo, infatti, è frutto di una trattativa tra delegante e delegatario, affinché la banca futura delegata – la quale, benché informalmente, è pur sempre consapevole della trattativa e coinvolta nella stessa (v. sopra nota 28) – sia parte essenziale dell'assetto di interessi definito tra loro. È improprio, dunque, assumere che le parti si rilascino "autorizzazioni" nei loro rapporti interni, atteso che nella fattispecie

secondo il quale l'analisi degli interessi e delle aspettative delle parti è indispensabile per un corretto inquadramento delle diverse fattispecie caratterizzate dal comune denominatore dell'intervento di un terzo nel rapporto obbligatorio (cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, 952 s.).

⁴⁵) BETTI, *op. cit.*, 89 s.; RESCIGNO, *op. cit.*, 951. V. già in diritto romano TALAMANCA, *Delegazione (dir. Romano)*, *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 918 ss.

⁴⁶) v. per tutti VAN DER WEE, *Sistemi monetari, creditizi e bancari*, in *Storia Economica Cambridge*, 3, *Economia e società in Europa nell'Età moderna*, a cura di RICH e WILSON, 340 ss.

in esame tali “autorizzazioni” non sono configurabili: piuttosto, presunto delegante e presunto delegatario si vincolano l’un l’altro a che il debito del primo sia estinto dalla banca futura delegata; mentre il rapporto tra quest’ultima ed il presunto delegante (ossia il compratore) – lungi dal configurarsi alla stregua di una “autorizzazione” – assume contenuti diversi e più complessi.

Sul punto, è utile anticipare quanto segue al fine di dimostrare che è inesatto collegare – sulla falsariga della delegazione - alla prestazione della banca l’effetto di estinguere contemporaneamente sia il rapporto tra compratore e venditore, sia il rapporto di essa banca con il compratore: invero, il pagamento della banca non comporta di per sé l’estinzione del rapporto intercorrente tra essa ed il suo cliente (vale a dire il compratore presunto delegante). Rispetto a tale rapporto, anzi, quel pagamento può ben fungere da fonte di un’ulteriore obbligazione, ovvero di evento in vario senso modificativo di un’obbligazione preesistente. Nel credito documentario, dunque, passa in secondo piano la *celeritas coniungendarum inter se actionum* propria della tradizione romana e ancor viva nella disciplina codicistica della delegazione, la quale – se estesa al credito documentario - interferirebbe in modo improprio sul regime delle eccezioni rilevanti ⁽⁴⁷⁾: nell’istituto qui in esame momento centrale è esclusivamente il rapporto commerciale fondamentale e la sua corretta attuazione, rispetto al quale il credito documentario conserva, peraltro, una ampia (ma non assoluta, come si vedrà) autonomia.

Alla teoria della delegazione hanno conteso il campo due diverse proposte: da un lato, già nel 1920 si rilevò come il credito documentario “non [potesse] inquadarsi in alcune delle figure contrattuali codificate”, dal momento che in esso “il banchiere diventa nomine proprio debitore verso un creditore con cui non ha precedenti rapporti”.

Oltre a questo primo scostamento si osservò una seconda peculiarità dell’istituto in esame rispetto alle “figure contrattuali codificate”: si rilevò, infatti, che detta obbligazione tra banchiere e “creditore” ha per oggetto di “pagare la somma disposta ... secondo le clausole e nei termini stabiliti nella dichiarazione [della banca] indipendentemente dal particolare rapporto interceduto tra chi ordina l’apertura del credito e colui a favore del quale è ordinata”. Per tale via il banchiere assume “un impegno contratto direttamente e personalmente, e non come mandatario o come debitore delegato, alla cui esecuzione in difetto del consenso da parte del creditore, ovvero in mancanza di legittimo impedimento (sequestro o legale

⁴⁷) V. fin d’ora GIAMPIERI, *op. cit.*, 91.

opposizione), poteva rifiutarsi soltanto ove avesse avuto ad opporre eccezioni sue personali o derivanti dalla natura del suo titolo, ma mai mutuandosi eccezioni [dell'ordinante]" (48). Nei confronti dell'ordinante – si aggiunse – il banchiere assume l'obbligo di non pagare senza avere prima controllato che i documenti indicati dall'ordinante stesso corrispondano “nella loro apparente materialità alle condizioni stabilite [nella lettera d'incarico]” (49).

Sulla base delle osservazioni appena esposte si è costruita la tesi secondo la quale il credito documentario si configura come un “contratto sui generis”, ossia un contratto che sarebbe errato definire “atipico” perché in realtà possiede una “disciplina particolare” (secondo le parole dell'art. 1322, 2 comma, e dell'art. 1323 c.c.). Tale “disciplina particolare” è stata individuata talora nelle “regole oggettive del diritto internazionale”, le quali integrerebbero “un vero e proprio ordinamento giuridico distinto da quello dei singoli stati”: in questa prospettiva si è qualificato il credito documentario come “contratto plurilaterale tipico del diritto consuetudinario” (50). Altri, di contro, ha individuato la “disciplina particolare” del credito documentario nell'art. 1530 c.c. e nelle NUU 600 (51), intese queste ultime come esempio di “nuova lex mercatoria”, e ha qualificato la fattispecie come “atto a schema delegatorio” (52).

⁴⁸) A. Bologna 20-3-1920, in *Monitore tribunali*, 1920, 345 ss., spec. 346 (merita sottolineare che il giudizio che si concludeva in appello con la riportata sentenza era iniziato con “citazione 17 gennaio 1919”: all'epoca poco più di un anno era sufficiente per primo e secondo grado !). Da notare, poi, come la sentenza riportata sottolineasse la diversità tra l'obbligazione del comune mandatario e l'obbligazione assunta dalla banca nel credito documentario: ottanta anni dopo la giurisprudenza continua a porre in luce lo stesso aspetto: v. Cass. 30-7-2002, n. 11287, *Rep. Foro it.*, 2002, *Mandato*, n. 10, secondo la quale anche in presenza di controparti situate in Stati diversi la banca mandataria per il pagamento non assume per ciò solo la veste di condebitrice in solido con il mandante verso il creditore di quest'ultimo, essendo a tal fine necessario “un meccanismo legale che dal mandato di pagamento faccia derivare un'obbligazione del mandatario verso il terzo creditore”.

Sempre in senso conforme alla sentenza del 1920 prima citata nel vigore del presente codice si è osservato che l'art. 1271, 2 comma, c.c. consente al delegato di opporre la nullità dei rapporti sottostanti, mentre il credito documentario appare “istituto ordinato in modo da far respingere le conseguenze derivanti dalla disposizione stessa”.

⁴⁹) V. ancora A. Bologna 20-3-1920, cit. In dottrina QUARANTOTTI, *op. cit.*, 495; BALOSSINI, *Il credito documentario nelle teorie prevalenti*, cit., 987;

⁵⁰) BALOSSINI, *op. ult. cit.*, 983 e 990.

⁵¹) Che questo sia il perimetro normativo del credito documentario è riconosciuto anche dalla giurisprudenza recente: v. Trib. Firenze 23 settembre 2005, in *Riv. Di diritto internaz. Privato e proc.*, 2006, 766.

⁵²) GALGANO, MARRELLA, *op. cit.*, 271 e 587 (e v. riferimenti ulteriori in GIAMPIERI, *op. cit.*, 33), secondo i quali la “nuova lex mercatoria” è “diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli stati, formato da regole destinate a disciplinare, in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati” (pag. 267).

Le tesi menzionate nel testo introducono il tema della natura delle norme emanate dalla Camera di commercio internazionale in materia di crediti documentari. È un problema del quale, ovviamente, non si è fatta carico solo la dottrina italiana (v. in proposito riferimenti in BONELL, *op. cit.*, 536 ss.; GIAMPIERI, *op. cit.*, 32 ss.): le NUU sono state qualificate ora come condizioni generali di contratto (FERRARA jr, *Questioni in tema di crediti documentari*, in *Riv. Banc.*, 1952, 23 ss.), ora come usi normativi (MICHELI, *Problemi attuali del credito documentario*, cit., 35), ora come clausole d'uso (tesi fatta propria dalla giurisprudenza italiana: v. recentemente Cass. 14 ottobre 2009, n. 21833, in *Dir. Commercio internaz.*, 2010, 397, con nota di DIALTI, *Ancora sulla natura delle norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari della Camera di Commercio Internazionale*; in dottrina MOLLE, *op. cit.*, 582); spesso, poi, è stata proposta l'adozione di soluzioni differenziate a seconda delle singole norme (v. S.M. CARBONE, And. D'ANGELO, *Lettera di credito e compravendita internazionale*, in *Dir. Commercio Internaz.*, 1993, 249 ss., 259 ss.; COSTA, *op. cit.*, 8; MOLLE, *op. cit.*, 578; MICHELI, *Considerazioni sulle "regole e usi uniformi relativi ai crediti documentari"*, in *Banca, borsa*, 1952, I, 127 ss., 128). Le NUU sono state, inoltre, qualificate, secondo quanto si è accennato nel testo, quali "regole oggettive del commercio internazionale", ovvero quale "nuova *lex mercatoria*". Queste ultime prospettive oggettivamente svincolano le NUU dai diritti degli Stati ed in tal modo rafforzano una disciplina dell'istituto uniforme (sull'importanza di questo aspetto per la diffusione del credito documentario v. per tutti ZEN, *op. cit.*, 69 ss.) aderente all'ispirazione di fondo delle stesse NUU.

A fronte della molteplicità delle tesi, e degli argomenti recati a favore di ciascuna, ben si comprende la posizione di incertezza registrata sul punto in dottrina (FERRI, *op. cit.*, 167; CAPALDO, CAVALLI, *I contratti bancari. 2 Il credito documentario – Lo sconto*, Milano, 1993, 7).

Peraltro, alcuni criteri di orientamento tra le varie teorie possono essere rinvenuti nelle stesse NUU. Esse, infatti, offrono almeno tre elementi meritevoli di attenzione: I) l'art. 1, rev. 2007, stabilisce che le NUU si applicano solo quando "il testo del credito indica espressamente che esso è soggetto alle presenti norme" (e v. anche art. 13, lett. a): a fronte di questa disposizione appare neutra la circostanza che il formato Swift MT 700, oggi comunemente utilizzato dagli operatori per il rilascio del credito, inserisca automaticamente il richiamo alle NUU 600; II) l'art. 37, lett. d, rev. 2007, nello stabilire che "l'ordinante assume tutti gli obblighi e le responsabilità derivanti da leggi ed usi vigenti all'estero ed è tenuto a risarcire le banche per le relative conseguenze", sottintende che le NUU non escludono, ed anzi presuppongono, l'applicazione dei diritti statali anche nell'ipotesi in cui essi dettino una disciplina confliggente con quella delle NUU (nel senso che ciò sarebbe "pressoché inevitabile" v. MOLLE, *op. cit.*, 577); III) nella rev. 1993 l'art. 13, lett. a, indicava chiaramente che le norme uniformi riflettevano la "international standard banking practice" (per cenni su tale nozione v. recentemente DI MEO, *I documenti a garanzia di un credito documentario*, cit., 54). Non diversamente, le NUU 600 (artt. 2 e 14) richiamano la "International standard banking practice" per stabilire quando una presentazione è "conforme" (ossia tale da determinare l'esigibilità del credito da parte del beneficiario). In tal guisa, la "International standard banking practice" finisce per costituire il parametro per determinare il contenuto dell'obbligazione assunta dalla banca con l'emissione del credito.

Da questi elementi sembra possibile trarre alcune indicazioni di fondo: in primo luogo, la necessità di un'espressa volontà delle parti per l'applicabilità delle NUU esclude che esse possano ritenersi fonti di diritto consuetudinario alternativo a quello statale e dunque in grado di prevalere su questo; anzi, la possibilità che il diritto dello Stato intervenga nei rapporti disciplinati dalle NUU alterando la distribuzione tra le parti di responsabilità ed obblighi effettuata dalle NUU è espressamente contemplata da queste ultime. Infine il loro riflettere la prassi bancaria internazionale (PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 147) ne fa norme orientate a risolvere i conflitti di interesse tendenzialmente nel senso più favorevole alle banche e per ciò solo conferma la necessità di sottoporre le NUU al test di ragionevolezza e buona fede (v. anche il successivo par. 4).

Sempre in opposizione alla tesi della delegazione fu prospettata la teoria del contratto a favore di terzo. In particolare, secondo questa ulteriore tesi, il contratto tra ordinante e banca sarebbe un contratto a favore di terzi: nell'ambito di questo contratto la banca assumerebbe un impegno irrevocabile a pagare a favore del terzo venditore/beneficiario (⁵³).

Le obiezioni mosse alla prospettazione appena accennata si sono sviluppate su piani distinti: in primo luogo si è rilevato che nel contratto a favore di terzi il diritto del terzo nasce direttamente dal contratto tra promittente e stipulante (v. oggi l'art. 1413 c.c.) e non v'è necessità di quella apposita dichiarazione del promittente verso il terzo, che è invece propria della "apertura di credito confermato" (⁵⁴). Si è, poi, più recentemente rilevato che, ai sensi dell'art. 1413 c.c., "il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto": ciò significa – si è aggiunto – che, se questa disposizione fosse applicata al credito documentario, la banca/promittente potrebbe opporre al terzo/venditore/beneficiario le eccezioni relative al rapporto interno tra banca ed ordinante, con conseguente violazione del principio dell'astrattezza

Al fine della qualificazione delle NUU non sembra, poi, rilevante l'art. 9 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili. Tale disposizione prevede che "*le parti sono vincolate dagli usi che hanno accettato e dalle pratiche che hanno accettato tra loro. Salvo patto contrario, le parti si reputano avere implicitamente reso applicabile al loro contratto o alla sua formazione gli usi dei quali esse erano a conoscenza o che avrebbero dovuto conoscere e che nel commercio internazionale sono generalmente conosciuti e regolarmente osservati dalle parti dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato*".

A proposito di questa disposizione si è sostenuto che essa testimonierebbe una applicabilità automatica delle NUU imponendole quale apparato normativo immediatamente applicabile al contratto di vendita internazionale di beni mobili (cfr. GRAFFI, *op. cit.*, 160 ss.). Queste affermazioni non possono essere condivise perché gli usi e le pratiche di cui parla l'art. 9 cit. non sono le NUU. L'art. 9, infatti, fa riferimento ad usi e pratiche invalsi nei contratti di vendita internazionale di beni mobili e più precisamente nello specifico settore commerciale reso palese dalla natura delle parti di tali contratti commerciali, ovvero dalla natura dei beni compravenduti. Come anticipato, le NUU non possono essere comprese tra questi usi e pratiche commerciali perché esse rappresentano non già gli usi propri del settore commerciale di riferimento del contratto commerciale fondamentale, ma la "*International standard banking practice*", ossia gli usi seguiti dalle banche nei rapporti con i loro clienti, i quali rapporti sono declamati come assolutamente estranei a quelli nascenti dal contratto commerciale fondamentale cui – come si è detto – allude l'art. 9 cit.

⁵³) BOLAFFIO, *op. cit.*, 345. Anche questa tesi non è stata affacciata solo in Italia: v. BALOSSINI, *Norme ed usi uniformi relativi al credito documentario*, cit, 80.

⁵⁴) ASQUINI, *op. cit.*, 237; FIORENTINO, *op. cit.*, 242. BOLAFFIO, ovviamente, era ben consapevole di questa circostanza e in proposito precisò che "la irrevocabilità che nella figura ordinaria del contratto a favore di terzo deriva dall'accettazione di costui, è invece senz'altro inerente alla natura stessa del contratto di credito confermato", ma non s'avvide che per tale via ricadeva nella teoria del "contratto *sui generis*" e ciò gli fu immediatamente contestato: v. infatti BRUGI, *op. ult. cit.*, 579; ASQUINI, *op. loc. cit.*

dell'obbligazione della banca verso il venditore (⁵⁵), sul quale principio v. infra nel testo.

Non è certamente questa la sede per approfondire l'aspetto teorico sopra accennato, come pure gli altri (tanti) profili di questo genere esibiti dall'istituto in esame: l'obiettivo di queste poche pagine riservate al credito documentario può essere solo quello di fornire al lettore un quadro di sintesi delle questioni cui si presta la materia. Con riguardo al problema della qualificazione del credito documentario gli sforzi compiuti per inserirlo in fattispecie già note non devono meravigliare più di tanto: costituisce, infatti, un tratto fisiologico costante della dottrina e della giurisprudenza – non solo italiane – tentare di assimilare gli istituti via, via emergenti dalla prassi e dall'evoluzione del mercato a quelli preesistenti e noti, esaltando le caratteristiche delle nuove operazioni che sembrano in qualche modo comuni con quelle preesistenti e ponendo (almeno in un primo tempo) in secondo piano i caratteri discrepanti (⁵⁶). Nel caso del credito documentario solo presso gli autori più recenti sembra prevalere la consapevolezza delle difficoltà di costringere l'istituto in schemi già noti, che inevitabilmente si rivelano insoddisfacenti perché formati sulla spinta di esigenze sostanziali diverse da quelle che animano il credito documentario (⁵⁷), anche se deve comunque tenersi conto che quest'ultimo, al pari della delegazione, dell'accollo, della fideiussione, della garanzia autonoma, ecc., costituisce una fattispecie particolare di ingresso del terzo all'interno del rapporto obbligatorio, di guisa che le figure elencate rappresentano inevitabilmente il terreno sul quale misurare la portata e la struttura dell'istituto in esame.

⁵⁵) FIORENTINO, *op. cit.*, 242; BALOSSINI, *Il credito documentario nelle teorie prevalenti*, cit. 985.

⁵⁶) Cfr., anche per riferimenti, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 1 ss., che ascrive questo metodo alla “mentalità conservatrice dei giuristi e [a] esigenze obiettive di certezza”. Gli esempi dell'approccio accennato nel testo non mancano, né sul piano storico (si veda la categoria dei c.d. “contratti irregolari” nel diritto intermedio: v. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1984), né nel recente passato (per i contratti di *engeneering*, *factoring*, *leasing*, *franchising* v. ancora DE NOVA, *Nuovi contratti*, 2^a ed., Torino, 1994), né in tempi recentissimi (le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sent. n. 26725 del 19 - 12-2007, in *Foro it.*, 2008, I, 724, hanno definito il contratto di intermediazione mobiliare “quasi un mandato” occultandone per tale via l'incompatibilità con le figure contrattuali codicistiche: v. per qualche indicazione sul punto v. il mio *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. Critica dir. Priv.*, 2009, 107 ss.; con riferimento ai contratti conclusi nel mercato mobiliare aveva già constatato la “singolare figura di mandato” intravista nel rapporto tra società di gestione e partecipanti ai fondi SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali, Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1985, 3, in nota).

⁵⁷) V. ad es. GIAMPIERI, *op. cit.*, 71.

3. Il mandato tra compratore e banca.

Sempre ASQUINI qualificò il rapporto tra banca e cliente come mandato senza rappresentanza⁽⁵⁸⁾. L'oggetto di questo mandato fu individuato "in un complesso di servizi": nelle NUU 600 questi servizi sono descritti come consistenti nell'assunzione di un impegno, da parte della banca emittente o designata o confermante, ad "onorare" (come pure a "negoziare o adempiere qualsiasi altra obbligazione derivante dal credito": art. 4, lett. a) "una presentazione conforme" (art. 2). Per "presentazione conforme" si intende – come si è già accennato – "la consegna alla banca emittente o alla banca designata dei documenti relativi ad un credito" (art. 2), "da parte o per conto del beneficiario" (art. 6). In particolare tale "presentazione" deve essere "conforme ai termini ed alle condizioni del credito, alle disposizioni applicabili alle presenti norme e alla prassi bancaria internazionale uniforme" (art. 2).

In altre parole, alla banca viene conferito il mandato di assumere nei confronti del beneficiario l'obbligo di pagargli una determinata somma a condizione che questi consegna alla banca i documenti precisati nel mandato stesso (riportati nella lettera di credito e già concordati tra venditore ed acquirente nel sottostante contratto commerciale). Momento caratterizzante del mandato conferito dalla banca è costituito dall'incarico di riscontrare la regolarità dei documenti ricevuti e la loro conformità a quelli elencati nel credito documentario⁽⁵⁹⁾

In questa particolare articolazione del mandato conferito alla banca un autore ha intravisto la sostanziale differenza tra delegazione e credito documentario: mentre, "nel quadro della delegazione, l'unico esame che il delegato dovrebbe compiere sarebbe quello della quietanza", nel credito documentario la banca sarebbe investita di un "potere discrezionale" relativamente all'esame dei documenti ed alla conseguente decisione di pagare o meno. Di qui – si argomenta – la conseguenza che nella banca non potrebbe ravvisarsi un "nuovo debitore" alla stregua dell'art. 1268 c.c. poiché essa non potrebbe definirsi tale in quanto è "investita di una funzione ... da cui in un certo modo dipende ... l'utilità del credito documentario", la quale "funzione", come si ripete, consiste nell'esame della regolarità dei documenti⁽⁶⁰⁾.

⁵⁸) ASQUINI, *op. cit.*, 232 ss., il quale, peraltro, ne rilevò l'insufficienza al fine di descrivere l'operazione complessiva, essendo quest'ultima "a tre soggetti".

⁵⁹) GABRIELLI, *op. cit.*, 172; PONTIROLI, *op. cit.*, 116.

⁶⁰) BALOSSINI, *Norme ed usi uniformi relativi al credito documentario*, cit., 84.

Nei rilievi (non chiarissimi, per la verità) appena riportati sembra di intravedere una qualche assonanza con la questione – dibattuta, ad esempio, a proposito dell’obbligo di concludere un contratto - sulla possibilità di assegnare al debitore un potere di valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza delle condizioni per l’esigibilità del diritto fatto valere verso di lui: così, a proposito dell’obbligo nascente da preliminare, si è sostenuto che – se si ritiene che il trasferimento del diritto non si perfeziona già con il preliminare – non può non riconoscersi al soggetto passivo un margine di discrezionalità nella valutazione dell’incidenza delle eventuali sopravvenienze sull’obbligo di concludere il contratto definitivo ⁽⁶¹⁾.

Nella fattispecie del credito documentario, però, tali questioni sono inconferenti: qui, più semplicemente, si tratta di stabilire se – con riguardo alla condizione di esigibilità del credito rappresentata dalla regolarità dei documenti - la posizione della banca sia astrattamente diversa da quella del compratore/originario debitore. E sotto questo profilo la risposta è negativa: il compratore, al pari della banca emittente/confermante, è tenuto al pagamento solo in presenza di “documenti regolari” (v. art. 1528 c.c.), ossia di documenti la cui regolarità deve essere riscontrata esclusivamente sul piano formale senza che in questa fase il compratore possa far riferimento allo stato materiale nel quale si trova la merce ⁽⁶²⁾. Ne segue che – fatto salvo il caso di già dimostrata inadempienza del venditore e tenendo presenti le precisazioni offerte nel prossimo paragrafo - non v’è alcuna differenza tra la posizione del compratore/debitore originario e la posizione della banca delegata/“nuovo debitore”: entrambi sono tenuti al pagamento solo previa verifica della regolarità formale dei documenti.

La qualificazione dell’incarico conferito alla banca come mandato è sostanzialmente condivisa in dottrina ⁽⁶³⁾ ed in giurisprudenza ⁽⁶⁴⁾. Al più, di recente, si è affermato che la figura in esame integrerebbe un mandato “peculiare”: secondo alcuni la “peculiarità” consisterebbe nella più ristretta possibilità di revoca del mandato da parte dell’ordinante ⁽⁶⁵⁾; mentre altri

⁶¹) Per riferimenti essenziali rinvio al mio scritto *L’esercizio in via surrogatoria del diritto nascente dal contratto preliminare*, in *Foro it.*, 1996, I, 882, spec. Note 60 ss. e testo corrispondente.

⁶²) Cfr. RUBINO, *op. cit.*, 548.

⁶³) V. infatti per tutti FOLCO, *op. cit.*, 93; MICHELI, *Problemi attuali del credito documentario*, cit., 337 s.; FIORENTINO, *op. cit.*, 246; GRECO, COTTINO, *op. cit.*, 466; BIANCA, *La vendita*, cit., 473 s.; MOLLE, *op. cit.*, 586; GABRIELLI, *op. cit.*, 169; BOCCHINI, *op. cit.*, 799 s. Non manca chi, nella dottrina di *common law*, considera il contratto tra ordinante e banca come “contratto *sui generis*” (cfr. GIAMPIERI, *op. cit.*, 67).

⁶⁴) V. ad es. Cass. 8-8-1997, n. 7388, cit.

⁶⁵) GIAMPIERI, *op. cit.*, 64 ss.

deduce la predetta peculiarità da un “attento giudizio di compatibilità” tra la disciplina codicistica del mandato con la struttura dell’operazione, la volontà delle parti e la disciplina contenuta nelle Regole Uniformi”⁽⁶⁶⁾. Più precisamente, in questa seconda prospettiva le regole particolari alle quali sarebbe assoggettato questo “peculiare mandato” sarebbero quelle secondo le quali a) l’ordinante dovrebbe fornire alla banca precise istruzioni per l’emissione del credito⁽⁶⁷⁾; b) egli, inoltre, avrebbe a disposizione un termine “ragionevolmente breve” per contestare l’operato della banca mandataria⁽⁶⁸⁾; c) la banca mandataria godrebbe di un corposo esonero di responsabilità⁽⁶⁹⁾.

⁶⁶) COSTA, *op. cit.*, 28. PONTIROLI, *Il credito documentario*, cit., 53, sembra ritenere che la “riconduzione [della fattispecie] allo schema tipico del mandato sia ... controvertibile” in quanto “inconciliabile con l’idea che il mandato sia configurabile solo rispetto a quegli atti nei quali l’incaricato possa fungere da sostituto del gerito”. Peraltro, la dottrina cui si fa riferimento (LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, 45), non sembra richiamata a proposito: come si è accennato, e come si avrà modo di ribadire, nel credito documentario la banca è incaricata di pagare il prezzo previo controllo dei documenti, vale a dire previo il compimento di azioni che nella vendita su documenti sono funzionalmente proprie di chi riveste la posizione di compratore (v. ancora BOCCHINI, *op. cit.*, 770 s.), di guisa che non sussistono i presupposti per dubitare – almeno sotto il profilo considerato – della configurabilità di un mandato nell’incarico conferito alla banca dall’ordinante: la banca mandataria, infatti, è chiamata a svolgere atti che il gerito/ordinante/compratore dovrebbe e potrebbe svolgere in prima persona.

⁶⁷) Non è agevole comprendere in quale misura nel rilievo riportato nel testo possa rinvenirsi un elemento di difformità rispetto all’ordinaria disciplina del mandato: al riguardo mette conto osservare che gli stessi artt. 1326, 1325 nn. 1 e 3, e 1346 c.c. pongono la necessità che le caratteristiche degli “atti giuridici” oggetto dell’attività del mandatario siano specificati nelle “istruzioni” impartite dal *dominus* in modo sufficientemente dettagliato affinché gli “atti giuridici” medesimi possano soddisfare l’interesse del mandante nel singolo caso concreto. Diversamente il mandatario non sarebbe in grado di esprimere un valido consenso per la conclusione di un contratto di mandato del quale rimarrebbe oscuro il contenuto, ossia gli atti giuridici che il mandatario dovrebbe compiere. Nel caso del credito documentario, dunque, il mandante, a pena di nullità, non può non fornire alla banca mandataria i dati senza i quali la banca stessa non potrebbe assumere un valido impegno di pagamento. Questi dati sono, oltre a copia della fattura pro-forma o di qualsiasi altro documento idoneo a provare l’avvenuta conclusione del contratto “principale” tra ordinante e beneficiario, il nome del beneficiario, il termine di scadenza del credito, la piazza di utilizzo, la prestazione della banca, la descrizione dei documenti che devono essere presentati affinché scatti l’obbligo della banca di “onorare” (ZEN, *op. cit.*, 81 s.; DI MEO, *Il credito documentario*, cit., 99).

Ad ogni buon conto è opportuno aggiungere fin d’ora che la richiesta di istruzioni precise da parte dell’ordinante verso la banca non è neutra: infatti, è esplicitamente volta a ridurre quell’area di discrezionalità della banca nell’esecuzione del mandato, area di discrezionalità che, peraltro, è insopprimibile in qualsiasi attività gestoria. Ne segue che – come si dirà – l’aspirazione a ridurre i margini di discrezionalità della banca oggettivamente dissimula l’intento di circoscrivere la prestazione della banca. Sugli aspetti sopra accennati v. anche *infra* il testo immediatamente successivo ed il § 4.

⁶⁸) Sul punto va, però, richiamato il secondo comma dell’art. 1712 c.c., secondo il quale “il ritardo del mandante a rispondere dopo aver ricevuto tale comunicazione di eseguito mandato] per un tempo superiore a quello richiesto dalla natura dell’affare o dagli usi, importa approvazione

I rilievi da ultimo accennati in ordine alla diversità corrente tra il comune mandato e il rapporto intravisto nell'art. 1530 c.c. tra compratore e banca si espongono alle obiezioni rappresentate nelle note immediatamente precedenti.

Di contro, la specificità dell'obbligazione assunta dalla banca nella fattispecie di cui all'art. 1530 c.c. rispetto a quella del comune mandatario può essere colta – oltre che nella peculiare attività di controllo dei documenti - nella circostanza che solitamente il mandatario non assume un'obbligazione in proprio, autonoma rispetto a quella del mandante, come, invece, accade nel credito documentario ormai quasi di regola (v. supra nota 36).

I “mezzi necessari” affinché la banca mandataria possa eseguire il mandato (v. art. 1719 c.c.) possono consistere o in somme appositamente versate dal compratore/ordinante, ovvero in somme anticipate dalla banca in esecuzione di un rapporto creditizio con il compratore, che può o essere preesistente al mandato, ovvero può essere costituito appositamente per l'operazione con l'estero nella quale si inserisce il credito documentario (⁷⁰). La scelta tra queste alternative non è casuale: essa molto spesso dipende dalle valutazioni condotte dalla banca sul merito dell'operazione e sulla qualità delle parti che vi intervengono, vale a dire lo stesso ordinante, l'esportatore, l'eventuale banca indicata dalle parti per la “conferma” e, non ultimo, il vettore. Se la valutazione di tutti questi aspetti ha esito positivo la banca può accettare il rischio di emettere il credito senza che l'ordinante abbia posto a sua disposizione le relative somme (⁷¹). In ogni caso la banca non è mai formalmente obbligata ad accettare l'incarico.

I “mezzi necessari per l'esecuzione del mandato” conferito alla banca non sono solo “pecuniari”, ma comprendono altresì le cose ed i documenti

anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni o ha ecceduto i limiti del mandato” (cfr. BIANCA, *op.ult. cit.*, 474, in nota 5).

⁶⁹) Sul quale v. già nota 16.

⁷⁰) Riscontrano quanto avviene nella pratica sia la dottrina (ASQUINI, *op. cit.*, 233 e 249; FIORENTINO, *op. cit.*, 247 e 251; MESSINEO, *Operazioni borsa e di banca*, Milano, 1954, 362 ss.; RUBINO, *op. cit.*, 562, GRECO, COTTINO, *op. cit.* 466; PONTIROLI, *Credito documentario*, voce cit., 211; BOCCHINI, *op. cit.*, 803), sia la giurisprudenza (v. ad es. Cass. 10-2-1990, n. 975, *Rep. Foro. It.*, 1990. *Obbligazioni in genere*, n. 36).

⁷¹) Una volta che la banca abbia pagato il credito ed abbia, al tempo stesso, ritirato i documenti si apre il concorso dei creditori dell'ordinante sulle merci trasferite a quest'ultimo. La banca, nella sua qualità di mandataria, è assistita da privilegio speciale sui documenti e quindi sulle merci (art. 2761 c.c.) ed ha diritto di ritenzione fino a soddisfazione del proprio credito con facoltà di far vendere la merce secondo le norme stabilite per la vendita della cosa data in pegno (FIORENTINO, *op. cit.*, 248.). Per il riconoscimento di un *pledge* a favore della banca che abbia “onorato” il credito v. *Sale Continuation Ltd. V. Austin Taylor & Co Ltd*, in [1967] 2 *Lloyd's Rep* 403 [England]; *United City Merchants (Investments)Ltd. V. Royal Bank of Canada*, in [1983] 1 AC 168 [England].

necessari affinché il mandante possa non soltanto adempiere correttamente l'incarico ricevuto, ma anche compiere tutte le attività connesse all'incarico stesso tenuto conto della particolare natura di esso nel singolo caso concreto (⁷²). Si rammenta, inoltre, che i “mezzi necessari per l'esecuzione del mandato”, tanto pecuniari, quanto non pecuniari, devono essere messi a disposizione del mandatario in tempo utile per la tempestiva esecuzione del mandato (⁷³).

4. L'attività di controllo dei documenti da parte della banca: la questione della strict compliance alla stregua delle NUU 600.

Caratteristica costante del mandato è che la complessiva prestazione dovuta dal mandatario non è mai completamente specificata (⁷⁴). Questa caratteristica si riscontra anche nel credito documentario con riguardo al rapporto intercorrente tra ordinante e banca, dove è ampiamente dibattuto il grado di diligenza – e dunque la qualità e la quantità – dell'attività dovuta dalla banca nell'esecuzione del mandato ricevuto dall'ordinante (⁷⁵). Oggetto

⁷²) V. per esempi e riferimenti SANTAGATA, *Mandato. Obbligazioni del mandatario*, cit., 394 ss.

⁷³) SANTAGATA, *op. ult. Cit.*, 397.

⁷⁴) LUMINOSO, *op. cit.*, 128 ss.; SANTAGATA, *op. ult. cit.*, 22 ss.; DE LORENZI, *Il mandato alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Contratto e impresa*, 1993, 965 ss.; D'ARRIGO, *Mandato*, in *Diritto*, 9, Milano, 2007, 351 ss., 354.

⁷⁵) Come noto, è controverso in dottrina se la diligenza sia solo “misura della responsabilità”, ovvero (anche) strumento di integrazione della prestazione, come si sottintende nel testo: in questo caso si pone il problema della distinzione tra diligenza e buona fede, il quale, peraltro, non è solo dogmatico, ma anche di diritto positivo (v. artt 1375 e 1710 c.c.: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004, 152). La soluzione è strettamente collegata al contenuto che si assegna al principio di correttezza e buona fede: se si enfatizza la valenza conformativa dell'autonomia privata cui quest'ultimo si presta (in questo senso v. ad es. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, *passim*, ad es. 401 ss.), se ne accentua la differenza con la diligenza (v. infatti RODOTÀ, *op. cit.*, 177 ss.). Al contrario, la differenza è meno percepibile se ci si sofferma soprattutto sul profilo di strumento di integrazione degli effetti del contratto, pure riconosciuto alla buona fede: in questa diversa prospettiva anche chi tende a tenere distinti i due concetti ammette che “i confini sono mobili e non rigidi” (DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1988, 298). In particolare, i confini tra diligenza e buona fede tendono a sfumare nelle ipotesi in cui la prestazione dovuta dal debitore sia determinata con minore precisione (BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 90). Questo aspetto è precisato sul piano storico da chi ha rilevato che la *contaminatio* tra le due regole si determinava nei rapporti nei quali il soggetto passivo era tenuto ad esercitare un'attività positiva in vista di un interesse del creditore (CANCELLI *Diligenza (dir. Romano)*, *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 523 ss.), vale a dire nei rapporti di cooperazione, tra i quali, per l'appunto, spicca il mandato. Questo dato strutturale – che giustifica la particolare importanza assunta dalla diligenza in tali rapporti - si ripropone ovviamente anche nel diritto odierno e ciò spiega la funzione integrativa del mandato

del mandato della banca – si è sopra anticipato – consiste non solo nel pagamento del prezzo, ma soprattutto nell’attività di controllo dei documenti, che costituisce momento prodromico del pagamento stesso.

Problema particolarmente grave e delicato è quello relativo al grado di diligenza cui la banca è tenuta nello svolgimento dell’attività di controllo dei documenti esibiti dal beneficiario al momento della richiesta di pagamento. In proposito, si è già accennato come la soluzione di tale problema sia cruciale per l’equilibrata composizione degli interessi sottesi al credito documentario. Solo grazie ad una attenta graduazione della diligenza richiesta alla banca è, infatti, possibile “contemperare le esigenze oggettive del commercio con la realizzazione degli interessi del compratore ... e del venditore” (Cass. 8-8-1997, n. 7388, cit.).

L’importanza di questi profili è ovviamente ben chiara alla pratica commerciale, la quale sottolinea che “la presentazione dei documenti alla banca” – ed il loro esame da parte della banca medesima – “rappresenta senz’altro il momento più critico dell’intera operazione di credito documentario sia per il venditore/beneficiario che per la banca chiamata ad esaminare gli stessi”⁽⁷⁶⁾.

In materia, nella tradizione degli studi sul credito documentario si fronteggiano due teorie. L’una, detta della strict compliance, predica che il controllo della banca deve essere strettamente formalistico, sicché qualsiasi difformità tra il contenuto dei documenti effettivamente presentati e la loro descrizione nel credito imporrebbe alla banca di rifiutare il pagamento. Questa prospettazione è in qualche modo attenuata nella c.d. substantial o reasonable compliance, secondo la quale l’applicazione del principio formalistico dovrebbe essere temperata attraverso “un accertamento intelligente e non automatico della corrispondenza formale tra titolo e documenti”⁽⁷⁷⁾.

Comunemente i sostenitori della teoria della strict compliance affermano che la stessa rinvenga il proprio fondamento nell’interesse della banca a non

assegnata alla diligenza dalla dottrina (LUMINOSO, *op. cit.*, 389 ss.; SANTAGATA, *op. ult. cit.*, 24) e dallo stesso legislatore.

⁷⁶⁾ DI MEO, *I documenti a garanzia di un credito documentario*, cit., 54.

⁷⁷⁾ V. anche per riferimenti SANTAGATA, *Osservazioni a Cass. 8-8-1997, n. 7388 in tema di limiti del formalismo nel credito documentario*, in *Banca, borsa*, 1998, II, 244 ss.; PORTALE, DOLMETTA, *op. cit.*, 573 ss.; COSTA, *op. cit.*, 46 ss.; PONTIROLI, *Il credito documentario*, cit., 116 ss.; PURPURA, *Controllo dei documenti e limiti del formalismo nel credito documentario*, in *Banca, borsa*, 2004, II, 700 ss., spec. 708 ss., il quale rileva a ragione che i due orientamenti “non si pongono in termini di inconciliabilità”, atteso che, a ben vedere, la c.d. *substantial compliance* “pone in luce la necessità di un esame dei documenti condotto in modo adeguato alle caratteristiche professionali delle banche, di tal ché sia dato distinguere, tra le discrepanze comunque riscontrate, quelle prive di qualsiasi offensività”.

assumere rischi connessi al rapporto commerciale tra ordinante e beneficiario⁽⁷⁸⁾.

In realtà, come si è già accennato, la strict compliance si presta a ben altra lettura: essa, infatti, al dichiarato intento di ridurre i margini di incertezza e di discrezionalità della banca nell'esame dei documenti, di fatto comprime la qualità e la quantità della attività posta in essere dalla banca stessa nell'esame dei documenti presentati per il pagamento: la banca non deve fare altro che limitarsi alla lettura dei documenti e a rifiutare il pagamento in presenza di una qualsiasi discordanza tra gli stessi e quanto previsto nel credito. È evidente, dunque, che la strict compliance persegue l'obiettivo di limitare la prestazione dovuta dalla banca nell'espletamento del servizio richiesto dal cliente, con il corollario di circoscrivere i rischi corsi da questa. Senonché, - ed è questo precisamente il punto - tale limitazione dei rischi della banca ha luogo, nella prospettiva della strict compliance, non già nel senso di escludere per la banca rischi connessi al rapporto fondamentale, ma nel senso che si tende ad alleviare la posizione della banca in relazione ai rischi connessi all'attività direttamente svolta dalla banca stessa⁽⁷⁹⁾. E la conferma che questo sia il senso oggettivo del criterio formalistico si rinviene nella ripetuta osservazione che esso si presta ad essere utilizzato strumentalmente dalle banche. Ad esempio, la banca emittente può ricorrere al criterio formalistico quando sia venuto meno il merito creditizio dell'ordinante nel tempo intercorrente tra l'apertura del credito e la presentazione dei documenti: in questo caso, infatti, la banca può avere interesse a non pagare il credito qualora ciò si traduca nell'aumento dell'esposizione della banca stessa verso l'ordinante. Oppure, discrepanze sostanzialmente irrilevanti - quale la menzione "zona franca" nel corpo del documento e non nella rubrica a ciò riservata⁽⁸⁰⁾ - possono essere utilizzate dalla banca confermante qualora la banca emittente sia inibita nei pagamenti per un qualsiasi motivo.

Si pone, per tale via, l'urgenza di verificare se la normativa, così come modificata dalle NUU 600, effettivamente giustifichi questa sorta di "fuga" dalla responsabilità del ceto bancario interessato alle operazioni di credito

⁷⁸) PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 120; PURPURA, *op. ult. cit.*, 709.

⁷⁹) V. infatti PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 123. Nel senso che "il grado di diligenza richiesto ... non [avrebbe] nulla a che fare con la possibilità di un giudizio più o meno elastico nel merito dei documenti" e dunque con la qualità e la quantità della prestazione effettivamente dovuta dalla banca, v. BALOSSINI, *Astrattezza, formalismo e letteralità nel credito documentario, e principio di buona fede*, riprodotto anche in *Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari*, cit., 450 ss., 457 (ma v. in proposito le osservazioni formulate in apertura di questo paragrafo e le note corrispondenti).

⁸⁰) V. per riferimenti CAPALDO, CAVALLI, *op. cit.*, 106.

documentario, con la precisazione che le banche interessate all'operazione in esame sono in larghissima parte quelle di più elevato standing a livello mondiale.

I riferimenti, sui quali condurre la verifica (e dai quali le teorie sopra accennate proclamano la loro origine), sono le norme che oggi esprimono i criteri che la banca deve utilizzare per stabilire “se una presentazione è conforme”, con conseguente esigibilità del pagamento da parte del beneficiario (art. 15, NUU 600).

I tradizionali presupposti di fondo sono ribaditi dagli artt. 4 e 5 NUU 600: “le banche operano su documenti e non su merci, servizi o altre prestazioni, cui i documenti possono riferirsi” (art. 5, NUU 600). Questo principio, a sua volta, è collegato con l'altro, secondo il quale “il credito, per sua natura, è operazione [nel testo inglese: Transaction] distinta dal contratto di vendita o altro contratto su cui può fondarsi. Tale contratto non riguarda e non impegna in alcun modo le banche, anche se un qualsiasi riferimento ad esso è incluso nel credito” (art. 4, lett. a). Coerentemente, l'art. 14, lett. a, NUU 600, stabilisce che le banche “devono esaminare la presentazione per accertare, esclusivamente sulla base dei documenti, se tali documenti costituiscano o meno, per quel che appare [nel testo inglese: on their face], una presentazione conforme”.

Queste norme delineano le regole – tra loro collegate – dell'astrattezza, o meglio dell'indipendenza, e del formalismo ⁽⁸¹⁾, che in linea di principio improntano l'obbligazione della banca, tanto nei confronti dell'ordinante, quanto nei confronti del beneficiario ⁽⁸²⁾.

⁸¹) Tali regole sono rafforzate dall'art. 4, lett. b, NUU 600, secondo il quale “la banca emittente deve scoraggiare qualunque tentativo dell'ordinante di includere, quale parte integrante del credito, copie del sottostante contratto, fatture proforma e simili”. L'intento di questa disposizione è evidente: essa mira ad evitare che possano porsi le premesse per argomentare un qualche collegamento contrattuale tra i contratti inerenti all'operazione commerciale cui inerisce il credito. Ed ancora astrattezza e formalismo sono precisati dall'art. 14, lettere g e h, secondo le quali, rispettivamente, “un documento presentato ma non richiesto dal credito non sarà preso in considerazione e sarà restituito al presentatore” e “se un credito contiene una condizione senza stabilire il documento dal quale desumere la conformità a tale condizione, le banche considereranno detta condizione come non prevista e non la prenderanno in considerazione” (c.d. “ignore NDCs [non-documentary conditions] rule”. Peraltro, si discute se l'inserimento nella lettera di credito di riferimenti al rapporto sottostante determini solo l'applicazione della “ignore NDCs rule”, ovvero possa imporre una diversa qualificazione dell'atto quale ordinaria promessa o “suretyship undertaking”, vale a dire un atto analogo alla nostra fideiussione: cfr. BARNES, *Non documentary conditions and LC Independence Principle*, in *Annual Review*, cit., 16 ss.; GIAMPIERI, *op. cit.*, 101 ss., ivi riferimenti ulteriori.

⁸²) V. infra par. 5. Per il momento è utile rammentare che, secondo lo stesso art. 14, lett. a, l'impegno della banca “derivante dal credito non è soggetto ad azioni o eccezioni dell'ordinante fondate sui suoi rapporti con la banca emittente o con il beneficiario”. Per quanto riguarda

Riguardo ai predetti principi mette conto osservare che le NUU delineano l'indipendenza dell'impegno della banca in modo netto: nelle NUU non si riscontrano aperture in grado di collegare formalmente l'obbligazione della banca (né quella verso l'ordinante, né quella verso il beneficiario) al rapporto sottostante, alla transaction sulle merci che il credito mira a perfezionare con il promesso pagamento⁽⁸³⁾.

Occorre, peraltro, verificare fino a che punto tale principio di indipendenza sia a perfetta tenuta.

Sotto questo profilo l'attenzione va rivolta verso il c.d. formalismo. In proposito deve immediatamente avvertirsi che, alla stregua delle NUU 600, "ciò che appare" nei documenti presentati non deve essere preso alla lettera per stabilire se la presentazione è "conforme" al credito. Più precisamente, l'art. 14, lett. d, NUU 600 avverte (e stabilisce) che il contenuto dei documenti presentati può non essere coincidente con quello del credito: quel che si richiede, affinché la presentazione sia correttamente e senza esitazione giudicata "non conforme", è che vi sia "incompatibilità", ossia che il contenuto di uno o più dei documenti presentati sia in conflitto (nel testo inglese è utilizzata l'analoga espressione "in conflict") con altri documenti o con il contenuto del credito⁽⁸⁴⁾.

quest'ultimo, egli "non può in alcun caso avvalersi dei rapporti contrattuali esistenti fra le banche e fra l'ordinante e la banca emittente".

⁸³) È opportuno rammentare che l'indipendenza del credito non preclude che nel contesto del credito stesso siano descritte anche in modo non generico le merci (o i servizi, o qualsiasi altra prestazione) oggetto del contratto sottostante (arg. *Ex*. art. 14, lett. e, su cui v. *infra*), come pure non preclude l'inserimento nella presentazione di documenti dei quali non sia precisato il contenuto (v. art. 14, lett. f: il punto sarà meglio chiarito *infra* nel testo). Si discute, invece, se, alla stregua della "ignore NDCs rule" (v. nota 81), tra i documenti da presentare possa essere ammesso un documento contenente l'affermazione formulata dal beneficiario e diretta alla banca emittente, con la quale il beneficiario conferma di aver adempiuto alle sue obbligazioni verso l'ordinante (per una fattispecie nella quale era prevista la presentazione di una dichiarazione del beneficiario attestante il completamento della spedizione del materiale dovuto v. Trib. Udine 10 settembre 1999, cit.). Qualora si ritenga che la banca emittente debba verificare la veridicità di tale affermazione, ciò violerebbe il principio di indipendenza del credito: v. ancora BARNES, *op. cit.*

⁸⁴) La disposizione ha il seguente testo: "i dati di un documento, quando letti nel contesto del credito, del documento stesso e della prassi bancaria internazionale uniforme, possono non essere identici ai dati del documento stesso, a quello di ogni altro documento prescritto o a quelli del credito, ma non devono essere incompatibili con tali dati". Come si dirà anche nel testo in linea più generale, le NUU 600 esibiscono una sensibile differenza rispetto alle NUU 500, nel senso che, pur riecheggiando spunti già presenti nella versione precedente, ne offrono una formulazione tale da sconvolgerne il significato. L'art. 13, NUU 500, ad esempio, dopo aver prescritto che "le banche devono esaminare con ragionevole cura tutti i documenti prescritti dal credito, per accertare se, nella forma, essi appaiono conformi ai termini ed alle condizioni del credito", aggiungeva: "i documenti che, nella forma, appaiono discordanti fra loro saranno considerati non conformi ai termini ed alle condizioni del credito"; nelle NUU 600, invece, l'eventuale "discordanza" non è rilevante se non si traduce in una vera e propria incompatibilità.

Del pari (e con la sola eccezione della fattura commerciale), l'art. 14 lett. e, avverte (e stabilisce) che la descrizione delle merci contenuta nei documenti presentati può essere generica e può, pertanto, non coincidere con l'eventualmente più precisa descrizione delle merci contenuta nel credito senza che per ciò solo possa considerarsi la presentazione "non conforme". Anche in questo caso il limite, che impone la dichiarazione di "non conformità" della presentazione, è quello dell'incompatibilità, del conflitto tra la descrizione delle merci contenuta (o desumibile) dai documenti e quella contenuta nel credito (⁸⁵).

Dunque, non ogni difformità abilita la banca a respingere la presentazione. Un'ulteriore conferma in questo senso si rinviene nell'art. 14 lett. i e j, le quali stabiliscono che non ha valore decisivo la non coincidenza degli indirizzi del beneficiario e dell'ordinante riportati nei documenti e/o nel credito: l'importante è che il Paese sia lo stesso.

Altra norma meritevole della massima attenzione è contenuta nella lett. f dell'art. 14, NUU 600 (⁸⁶).

Essa, in primo luogo, sembra tracciare una importante bipartizione tra i documenti afferenti al credito documentario: da un lato il documento di trasporto, il documento di assicurazione e la fattura commerciale, rispetto ai quali non sono ammesse incertezze o lacune quanto a contenuto e provenienza. Per quanto riguarda questi documenti deve essere ribadita l'esigenza di esatta corrispondenza tra il loro contenuto ed il contenuto del

⁸⁵) Come si dirà anche nel testo, è soggetto a sindacato di ragionevolezza il giudizio effettuato dalla banca in ordine alla incompatibilità tra il contenuto di uno o più dei documenti in concreto presentati ed il contenuto di altri documenti o il contenuto del credito. Tale sindacato di ragionevolezza non può prescindere dalla concreta situazione soggettiva nella quale versa ciascuna banca che interviene nell'operazione: ad esempio, la valutazione effettuata dalla banca emittente potrebbe essere soggetta ad un sindacato di ragionevolezza più severo rispetto a quello cui è soggetta altra banca per effetto della maggiore intensità dei rapporti con l'ordinante. Più chiaramente, quest'ultimo potrebbe dimostrare che la banca emittente aveva acquisito *aliunde* tale consapevolezza della natura delle merci da non poter essere ragionevolmente tratta in inganno dalla genericità della descrizione delle merci stesse contenuta nei documenti presentati. Non è inutile aggiungere che questa eccezione dell'ordinante non è preclusa dal già ricordato art. 4, lett. a, NUU 600, dal momento che tale disposizione fa riferimento alle eventuali eccezioni che l'ordinante faccia valere per paralizzare il pagamento al beneficiario. L'art. 4, lett. a, non vale, invece, nei rapporti tra ordinante e banca mandataria, ai quali qui si fa riferimento. In altre parole, nella fattispecie ipotizzata la *strict compliance* è dovuta dalla banca in ragione della sua particolare scienza delle caratteristiche del rapporto tra ordinante e beneficiario.

⁸⁶) Secondo la quale "se il credito richiede la presentazione di un documento diverso dal documento di trasporto, dal documento di assicurazione o dalla fattura commerciale, senza prescrivere da chi deve essere emesso tale documento o i dati che deve contenere, le banche accetteranno tale documento così come presentato se il suo contenuto appare adempiere alla funzione del documento richiesto e se, per il resto, risulta conforme alla art. 14 (d)".

credito ⁽⁸⁷⁾; per gli altri documenti la norma ammette che nel credito non siano precisati il contenuto o l'autore. In questi casi, la lett. f dell'art. 14 assegna alla banca un compito assai delicato, dal momento che essa è chiamata ad indagare la possibile “funzione del documento richiesto” anche in rapporto agli altri documenti presentati, onde stabilire se accettare il documento medesimo oppure no.

La disposizione in esame si presta a più osservazioni. La prima riguarda la stessa fattispecie considerata: la disposizione fa riferimento al caso in cui l'ordinante abbia condizionato il pagamento alla presentazione di un documento del quale viene offerta solo una descrizione molto generica, ma comunque idonea ad orientare le parti verso il suo contenuto; ad esempio si richiede una “weight list” o un certificato di analisi senza dare indicazioni circa i pesi accettabili per i vari colli, ovvero senza indicare la natura ed i risultati delle analisi richieste ⁽⁸⁸⁾.

Ciò premesso, occorre prendere atto che, nella parte in cui ammette che “il credito richiede la presentazione di un documento [diverso da quelli ivi indicati] ... senza prescrivere i dati che deve contenere”, l'art. 14, lett. f, non fa altro che lasciare spazio all'autonomia negoziale delle parti interessate, vale a dire ordinante, beneficiario e banca emittente (e confermante). Alle parti è riconosciuta la libertà di ritenere congrua, in rapporto alle caratteristiche del caso concreto, la presentazione di un particolare documento (purché diverso dal documento di trasporto, dal documento di assicurazione o dalla fattura commerciale), il quale peraltro non sia completamente determinato nel contenuto (o nell'autore).

Tutto ciò si riflette sulla posizione della banca mandataria sia nella fase antecedente l'emissione del credito, sia nella fase di esecuzione dello stesso. Come suggerito dallo stesso Drafting Group delle NUU 660 nel Commentary da esso predisposto, la banca emittente non può e non deve rimanere passiva di fronte alla richiesta del cliente/ordinante di condizionare il credito alla presentazione di documenti privi dei contenuti necessari per soddisfare gli interessi dell'ordinante stesso. In altre parole, già in questa fase prodromica si profila la necessità di una collaborazione della banca emittente con il cliente/ordinante affinché il credito documentario che la banca andrà ad

⁸⁷) E ciò non per spirito meramente formalistico, ma perché, ad esempio, la fattura commerciale reca “la descrizione delle merci, dei servizi o delle altre prestazioni” eventualmente rese (art. 18, lett. c, NUU 600) e, dunque, riflette aspetti essenziali dell'operazione commerciale sottostante il credito. In altre parole – come fu già notato a suo tempo da MICHELI, *Considerazioni su “regole e usi uniformi”*, cit., 139 s. – in questi casi l'attenzione rigorosa a ciò che è riportato nei documenti mira ad evitare che il pagamento abbia luogo a fronte della prestazione di merci diverse da quelle pattuite.

⁸⁸) Gli esempi sono tratti da *Commentary on UCP 600*, curato dalla ICC, 65.

emettere preveda la presentazione di documenti aventi requisiti descritti in modo non ambiguo, così che tali documenti possano essere funzionali all'interesse dell'ordinante medesimo.

Più chiaramente, la banca può e deve intervenire – se, come è frequente nella pratica (v. nota 28), ne ha la concreta possibilità – al momento delle trattative tra le parti onde evitare che siano richiesti documenti dal contenuto non adeguatamente precisato perché ciò renderebbe particolarmente arduo il compito di essa banca e potrebbe nuocere agli interessi dello stesso ordinante. Di qui, mette conto aggiungere, un interesse dell'ordinante a raccogliere un materiale probatorio in grado di ricostruire i rapporti con la banca nella fase delle trattative antecedenti la conclusione del contratto commerciale e l'emissione del credito documentario.

A questa prima forma di collaborazione con l'ordinante (o più in generale, con le parti) l'art. 14, lett. f, ne affianca una seconda, situandola, questa volta, nella fase esecutiva del credito: l'art. 14, lett. f, infatti, prevede che la banca proceda ad un'indagine sulla funzione che oggettivamente e ragionevolmente appare assegnata al documento nel contesto della presentazione. All'esito di tale indagine, la banca è chiamata a stabilire se il documento può essere accettato e se il contenuto del documento è in conflitto con altri documenti o con il credito, oppure no.

Quel che va segnalato è che l'art. 14, lett. f, assegna un vero e proprio potere alla banca di accettare il documento de quo: nella disposizione in esame, infatti, si legge che “le banche accetteranno tale documento così come presentato se il suo contenuto appare adempiere alla funzione del documento richiesto”⁸⁹). Tale potere di accettazione, ovviamente, non è arbitrario, ma il suo esercizio è collegato ad una valutazione di coerenza del documento in concreto presentato a quella che, ad una analisi oggettiva del documento medesimo, del complesso dei documenti richiesti e dell'interesse dell'ordinante, possa ragionevolmente apparire “la funzione del documento richiesto”.

I rilievi fin qui condotti sono di grande importanza perché permettono di estrarre le regole generali che debbono guidare la banca nella valutazione della “conformità” della presentazione. In particolare, le disposizioni delle NUU 600 sopra esaminate segnano una notevole soluzione di continuità rispetto alle precedenti versioni. Invero, le NUU 600 pretendono che la banca

⁸⁹) La disposizione appare in contrasto con l'art. 34 NUU 600 nella parte in cui questo prevede che “*le banche non assumono alcuna responsabilità per la forma, la sufficienza, la correttezza, l'autenticità, la falsificazione, la portata legale di qualsiasi documento, né per le condizioni generali o particolari predisposte o aggiunte nei documenti*”: questo esonero di responsabilità è in evidente contrasto con la proclamata natura di operatore esperto nel credito documentario riconosciuta alla banca (nota ed è quanto meno soggetto all'applicazione dell'art. 1229 c.c.

proceda ad una analisi funzionale dei documenti concordati dalle parti nel contratto sottostante il credito documentario e presentati dal beneficiario. Più precisamente, le disposizioni sopra passate in rassegna mostrano che la banca richiesta di “onorare” il credito è tenuta ad indagare quali scopi concreti le parti mirassero a soddisfare con i documenti in questione, onde stabilire se la difformità esibita in concreto dai documenti possa effettivamente incidere sugli interessi sostanziali delle parti ⁽⁹⁰⁾.

Non solo: l’art. 14, lett. d, nel pretendere che venga accertata la incompatibilità tra loro dei documenti presentati, offre chiaramente un’ulteriore indicazione in ordine al metodo che la banca deve seguire nell’analisi dei documenti stessi. Invero, per poter stabilire che il contenuto di un dato documento è “in conflitto” con un altro documento, è necessario che l’analisi di ciascun documento abbia luogo attraverso un confronto critico con gli altri documenti, tenendo sempre presenti i ragionevoli interessi di ciascuna parte.

⁹⁰) In altre parole, il controllo della banca deve essere condotto su “ciò che appare” dai documenti in concreto presentati. L’esito di questa prima indagine deve essere confrontato con ciò che è richiesto dalla lettera di credito e con gli interessi delle parti quali la banca è in grado di ricostruire secondo la sua professionale esperienza. Da notare, sotto questo ultimo profilo, che la necessità che nell’esame dei documenti la banca presti attenzione agli interessi delle parti, affiora anche dall’analisi sia di chi sembra aderire alla *strict compliance*, sia di chi sostiene la contrapposta tesi della *reasonable compliance*: v. PURPURA, *op. ult. cit.*, 711, che accenna alla rilevanza dell’eventuale differente “offensività” delle diverse discrepanze rilevabili nei documenti; PORTALE, DOLMETTA, *op. cit.*, 576, secondo i quali non dovrebbero ammettersi rifiuti sulla base di discrepanze formali di cui “risulti chiaramente la sostanziale irrilevanza per l’esito dell’operazione economica legata al credito documentario”.

A ben vedere il procedimento non è nuovo: v., ad esempio, la motivazione di Trib. Udine 10 settembre 1999, *cit.*, 695; nonché in dottrina PORTALE, DOLMETTA, *op. cit.*, 577; SANTAGATA, *Brevi note in tema di eccezioni pretestuose e limiti del formalismo nel credito documentario*, in *Banca, borsa* 2000, II, 70 ss.: gli autori citati evidenziano che l’indicazione della nave, prevista nell’ipotesi oggi contemplata nell’art. 20, lett. b, NUU 600, è preordinata ad individuare con certezza lo specifico mezzo prescelto dal vettore al fine di stabilire con precisione eventuali responsabilità di quest’ultimo per i danni subiti dalla merce a causa del loro imbarco in navi inadeguate alle caratteristiche delle merci stesse tenuto anche conto della rotta percorsa. Con la conseguenza che l’eventuale omissione del nome della nave nella polizza di carico è assolutamente irrilevante quando la presentazione dei documenti abbia avuto luogo dopo che la merce sia pervenuta a destinazione senza che siano state mosse contestazioni relative alle modalità della sua spedizione: in questo caso è ingiustificato il rifiuto di “onorare” motivato con l’assenza del nome della nave nella polizza di carico.

È coerente con l’impostazione del testo Trib. Napoli 10-10-2002, in *Banca, borsa* 2004, II, 695 ss.: anche in questo caso l’esame dei documenti e della presentazione è condotto in funzione degli interessi sostanziali delle parti ragionevolmente argomentabili dai documenti richiesti per il pagamento; più precisamente, nella fattispecie si è assegnata rilevanza all’interesse del compratore a che le delicate operazioni di spedizione e caricamento fossero in concreto seguite dallo spedizioniere di fiducia del compratore indicato (nel contratto fondamentale e) nel credito.

La conferma che i poteri e le valutazioni condotte dalle banche in ordine alla presentazione effettuata dal beneficiario non sono arbitrari ed anzi sono soggetti ad uno stringente sindacato da parte del giudice, si rinviene nell'art. 16, lett. c, il quale prescrive che la banca che “decide di rifiutare di onorare o negoziare una presentazione, ... deve informarne il presentatore con una singola notifica”, la quale “deve specificare ... ogni discordanza in base alla quale la banca rifiuta di onorare o negoziare”.

La disposizione appena riportata, dunque, prevede un vero e proprio onere di dettagliata motivazione da parte della banca, altrimenti la stessa decade dal “diritto di eccepire che i documenti non costituiscono una presentazione conforme” (art. 16, lett. f, NUU 600). Anche quest'ultima disposizione contribuisce alla ricostruzione dei profili giuridici della fattispecie. In particolare, le lett. c e f dell'art. 16 confermano che il rapporto intercorrente tra le banche e le parti deve essere ricondotto alla coppia “diritto-obbligo”, nel senso che la banca, quando rifiuta una presentazione esercita un suo diritto ed è espressamente tenuta, a pena di decadenza, a giustificare le modalità di esercizio di tale diritto. Con la conseguenza che tale diritto della banca – al pari di tutte le situazioni soggettive riconosciute ai privati, in tutti gli ordinamenti - è soggetto ad un duplice sindacato, che riguarda, per un verso, i suoi fatti costitutivi (ossia l'effettiva esistenza e la rilevanza delle denunciate discordanze tra i documenti presentati ed il credito) e per altro verso la valutazione di tali fatti, vale a dire la correttezza del procedimento logico attraverso il quale la banca è pervenuta alla conclusione di “inconciliabilità” dei dati offerti dai documenti tra loro ed in rapporto con il contenuto del credito (⁹¹). Si è già accennato (v. nota 85) ed è ammesso in dottrina (⁹²), che nelle valutazioni loro assegnate le banche tengano conto delle notizie comunque in loro possesso attinenti al rapporto sottostante.

A questo punto si impongono alcune possibili conclusioni rispetto a quanto detto fin qui.

Nella lett. d dell'art. 14, NUU 600, si stabilisce che la banca non deve fermarsi a valutare il contenuto letterale dei documenti presentati. Più precisamente, qualora il contenuto di un documento esibisca – valutato singolarmente o in collegamento con il credito – elementi di difformità con il credito stesso, la banca non può ritenere per ciò solo conclusa la sua attività e dichiarare la non conformità della presentazione; al contrario, in questo caso la banca è tenuta a compiere un'ulteriore attività, nel senso che deve

⁹¹) Cade così uno dei timori dei sostenitori della *stric compliance*, vale a dire che l'assegnazione alla banca di poteri/doveri di valutazione sui documenti apra margini per l'arbitrio della banca: v. PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 123.

⁹²) v. PORTALE, DOLMETTA, *op. cit.*, *passim*; PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 124.

confrontare i dati complessivamente a sua disposizione per stabilire se tra tali dati vi sia incompatibilità: solo nel caso in cui ravvisi un conflitto, può dichiarare “non conforme” la presentazione, precisando i motivi di tale suo convincimento (art. 16, lett. c, ii).

Il senso di queste disposizioni è evidente e riflette quella che sembra attualmente essere l’ispirazione complessiva delle NUU, vale a dire favorire il pagamento ed il compimento dell’affare. Sul punto occorre chiarezza: escludere il pagamento ad ogni difformità dei documenti – come preteso da molti autori - equivale oggettivamente ad aumentare le probabilità di mancato perfezionamento dell’operazione anche qualora non sussistano esigenze sostanziali di salvaguardia delle parti. Con il risultato di non assecondare le esigenze del commercio internazionale che vanno, invece, nel senso del perfezionamento dell’operazione, piuttosto che nel senso della sua frustrazione.

Sul punto la scelta di campo delle NUU 600 è netta e non sembra essere stata ancora adeguatamente colta dalla dottrina. Dismesse le esitazioni e le ambiguità ancora presenti nelle NUU 500, le NUU 2007 non offrono alcun supporto testuale alla dottrina della strict compliance. Al contrario, le norme oggi vigenti sono assolutamente consequenziali con il già accennato riconoscimento che i rapporti tra le banche e le parti del rapporto commerciale fondamentale sono riconducibili alla coppia “diritto-obbligo” e di questa categoria giuridica riflettono il tratto fondamentale, vale a dire la natura cooperativa del rapporto (⁹³): più precisamente, la condotta della banca, nell’esame dei documenti, è ormai conformata nel senso che essa deve cooperare alla realizzazione degli interessi delle controparti.

Sotto questo profilo mette conto aggiungere che, in assoluta coerenza con il rilievo appena formulato, le NUU – e segnatamente l’art. 14, lett. d - integrano il mandato conferito dall’ordinante alla banca e per tale via contribuiscono a precisare l’esatto contorno dell’interesse dell’ordinante che la banca è chiamata a perseguire: alla stregua delle NUU 600, questo interesse dell’ordinante non si configura, semplicisticamente, come l’interesse a dar corso al pagamento e, dunque, al perfezionamento dell’operazione solo nel caso in cui i documenti presentati siano perfettamente conformi a quanto indicato nel credito. Al contrario, le NUU 600, integrando il mandato conferito alla banca e la promessa da questa formulata al beneficiario, ridefiniscono l’interesse dell’ordinante nel senso di un interesse al perfezionamento dell’operazione commerciale attraverso il pagamento tramite banca a meno che i documenti in concreto presentati

⁹³) RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, Milano, 182.

rechino dati in esplicito conflitto tra loro (v. ancora il tenore letterale dell'art. 14).

Dalla lettura delle NUU 600 sopra tratteggiata emerge il ruolo assegnato alle banche. In particolare, non si ravvisano conferme dell'assunto dottrinale secondo il quale la banca assumerebbe una posizione "neutrale", quasi "notarile" ⁽⁹⁴⁾, rispetto alle parti del rapporto sostanziale e agli interessi di queste ultime. Al contrario, si è avuto modo di prendere atto che la qualità di soggetto dall'elevata professionalità da riconoscersi alla banca è pienamente valorizzata dalle NUU 660, le quali – in coerenza con quanto avviene nella pratica (v. supra, nota 28 e per una conferma Trib. Udine 10 settembre 1999, cit., 694) - assegnano alle banche stesse un ruolo di supporto nei confronti dei rispettivi clienti interessati all'operazione commerciale.

Il risultato evidentemente perseguito è di elevare la qualità complessiva del mercato mondiale, dal momento che è posto a suo servizio l'expertise delle grandi banche internazionali onde favorire il corretto funzionamento del mercato attraverso il perfezionamento delle operazioni in assenza di consistenti segnali circa il mancato rispetto delle condizioni del credito. Funzionale a questo interesse – di ordine pubblico economico internazionale – al perfezionamento e allo sviluppo delle operazioni commerciali è l'assegnazione alla banca emittente di precisi obblighi di collaborazione con l'ordinante sia nella fase antecedente l'emissione del credito, sia nella fase esecutiva dello stesso ⁽⁹⁵⁾.

È, infine, assolutamente coerente con il quadro fin qui delineato l'art. 27 NUU 600, secondo il quale "le banche accettano solo documenti di trasporto netti. Un documento di trasporto netto è tale se non reca clausole o annotazioni attestanti espressamente lo stato difettoso delle merci o del loro imballaggio. Non è necessario che il termine "netto" appaia sul documento di trasporto, anche se nel credito figura la richiesta che tale documento sia "netto a bordo". L'importanza di questa disposizione è evidente in quanto essa fa riferimento alla corretta realizzazione dell'operazione commerciale,

⁹⁴) Cfr., ad esempio, BONELL, *op. cit.*, 542, secondo cui il compito delle banche "si riduce ad un semplice controllo formale ed esteriore dei documenti".

⁹⁵) Alla stregua delle considerazioni svolte nel testo e nelle note precedenti a margine delle NUU 600 sembra francamente superato il risalente dibattito dottrinale sull'applicabilità degli obblighi di correttezza e buona fede in materia di crediti documentari (v. ad es. MICHELI, *op. ult. cit.*, 341 ss.; BALOSSINI, *op. ult. cit.*, 460 ss.; PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 139 ss.). Le NUU 600 pongono a carico delle banche condotte improntate alla collaborazione con la controparte in vista della salvaguardia della realizzazione dei rispettivi interessi così come conformati dalle stesse NUU. Si tratta all'evidenza di risultati generalmente riportati dalla giurisprudenza e dalla dottrina all'applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.: v. per tutti And. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato Bessone*, XIII, t. IV **, Torino, 2004; e con riferimento specifico al credito documentario COSTA, *op. cit.*, 54 s.

che – secondo quanto si è segnalato sopra – costituisce ormai il polo sul quale le banche devono orientare la loro attività nella prestazione del credito documentario. In linea con questo principio l'art. 27 prescrive che le banche rifiutino il pagamento quando risulti che gli interessi dedotti nell'operazione economica siano frustrati a causa dello stato difettoso delle merci, ovvero rischino di essere frustrati a causa del difettoso imballaggio delle merci medesime.

In conclusione, dalle disposizioni fin qui esaminate può ricavarsi l'indicazione secondo la quale le banche devono rifiutare il pagamento quando il contenuto complessivo dei documenti presentati possa giustificare il dubbio sulla mancata corrispondenza delle merci spedite a quelle previste nel credito documentario. Come pure, le banche devono rifiutare il pagamento quando non risultino coinvolti nell'operazione i soggetti, quali ad esempio spedizionieri, vettori, assicuratori, espressamente designati dalle parti ed indicati nel credito, sempre che, ovviamente, al momento della presentazione le merci siano già state consegnate al compratore senza che questi abbia riscontrato vizi sostanziali nella fornitura.

Nella direzione qui indicata, ossia nella prospettiva della collaborazione della banca con le parti per la corretta realizzazione dell'operazione economica sottostante e, dunque, in vista di un mercato mondiale delle merci e dei servizi corretto ed efficiente, deve essere, poi, valorizzato l'art. 16, lett. b, NUU 600, il quale prevede che “se la banca emittente stabilisce che la presentazione non è conforme essa può, a sua esclusiva discrezione, contattare l'ordinante per accertare se è disposto rinunciare ad avvalersi delle discordanze riscontrate”.

5. Il credito documentario come promessa unilaterale

In esecuzione del mandato ricevuto dall'ordinante la banca emette una dichiarazione ⁽⁹⁶⁾, con la quale si obbliga ad effettuare una determinata

⁹⁶) Di secondo piano è il problema della forma che deve avere la dichiarazione della banca. È diffusa nella dottrina del credito documentario l'affermazione secondo la quale non sarebbe richiesta “una forma particolare” (v. ad es. MOLLE, *op. cit.*, 591; PONTIROLLI, *op. ult. cit.*, 58, il quale specifica di ritenere irrilevante nella fattispecie il requisito della forma scritta richiesto per i contratti bancari dall'art. 118 TUB, di guisa che – si potrebbe aggiungere in questa prospettiva – alle condizioni previste dall'art. 2721 c.c. potrebbe ancora valere la tesi a suo tempo avanzata da QUARANTOTTI, *op. cit.*, 494, circa l'ammissibilità in materia della prova testimoniale). In realtà nella prassi commerciale è assolutamente impensabile un credito documentario assunto a forma non scritta: è sufficiente scorrere gli artt. 1 (“*il testo del credito indica espressamente ...*”), 3 (“*un documento può essere firmato ...*”), 5 (“*le banche operano su documenti ...*”), 11 (“*la*

prestazione di pagamento a condizione che siano presentati documenti “regolari”. Ad esempio, la banca emittente dichiara che “upon receipt of documents at our counters in full conformity with all credit terms we will credit as per your remittance’s instructions”. Al riguardo si è affermato che la dichiarazione della banca deve contenere almeno “la tipologia della prestazione liquidatoria, ... il tipo di documenti da presentare, la data di scadenza ed il luogo di presentazione dei documenti”⁹⁷); inoltre, “il credito deve indicare la banca presso cui è utilizzabile o se esso è utilizzabile presso qualsiasi banca” (art. 6, lett. a, NUU 600).

Si discute se questo atto sia di per sé vincolante, ovvero necessiti dell'accettazione tacita o espressa del destinatario della stessa⁹⁸). La definizione di credito documentario riportata nelle NUU 600 non è tale da consentire di risolvere il problema. Invero, secondo la più volte riportata versione italiana delle NUU 600 il sintagma “credito” “significa” “qualsiasi pattuizione irrevocabile, comunque denominata o descritta, che costituisce un

teletrasmissione autenticata di un credito o di una modifica è da considerarsi quale credito o modifica operativi ...) ecc. NUU 600, per escludere che possa esistere un credito documentario che non sia scritto (o quanto meno formato su “supporto durevole”). Questo rilievo è assolutamente coerente con le indicazioni offerte dalla dogmatica civilistica con riguardo all'indispensabile correlazione tra “requisiti formali” e “riconoscimento di effetti alla promessa indipendente dall'affare” di cui è complemento: cfr. ad es. And. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, 9; RESCIGNO, *Delegazione*, cit., 935.

⁹⁷) ZEN, *op. cit.*, 79. Dall'art. 2, e precisamente dalla definizione di “credito” (riportata nel testo immediatamente *infra*) si desume che non sono richieste formule particolari, nel senso che la banca è libera di utilizzare le parole che desidera con il solo vincolo che dalla loro interpretazione sia desumibile l'assunzione di un “*impegno inderogabile*”: cfr. MOLLE, *op. cit.*, 591.

⁹⁸) Rammenta GIAMPIERI, *op. cit.*, 68, che il problema è stato posto dalla dottrina di *common law* anche in funzione dell'apparente assenza di una *consideration* in grado di giustificare l'impegno assunto dalla banca. In realtà, nell'ambito della teoria del contratto il problema della “accettazione” da parte dell'oblato è più complesso e coinvolge, come si vedrà *infra* nel testo, per più versi il tema del credito documentario. Come in qualche modo rappresentato da GIAMPIERI l'accettazione della promessa dell'offerente si profila quale “*vestmentum*” richiesto per la vincolatività della promessa medesima, al pari della *cause suffisante*, della *cause raisonnable*, della forma solenne, della controprestazione del destinatario, del pregiudizio da questi subito per aver riposto affidamento sulla promessa ecc. (cfr. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955, 168 ss., 464 s.; DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988, 33 ss., 36 s.). Per altro verso, la presenza della “accettazione” del promissario è richiesta in funzione del dogma della bilateralità del contratto, il quale, a sua volta, è riportato al principio della sovranità formale del soggetto sulla propria sfera giuridica, con conseguente impossibilità che quest'ultima possa essere alterata in alcun senso senza il consenso dell'interessato (SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, I, 3 ed., Torino, 2004, 245; D'ANGELO, *op.ult. cit.*, 12 s. e 77 ss.). La dottrina recente sembra ormai in fase di superamento di questi dogmi: v. anche per riferimenti BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2 ed., Milano, 2000, 11 ss.; PARDOLESI, *Conclusioni*, in GITTI, VILLA (cur.), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 331 ss., 335.

impegno inderogabile della banca emittente di onorare una presentazione conforme”.

L'inadeguatezza di tale definizione dipende dal fatto che essa non è in grado di svolgere l'effettiva funzione che può essere assegnata alle “definizioni” nel mondo del diritto. Da tempo la dottrina ha posto in luce che esse non mirano a descrivere – secondo la nozione aristotelica di “definizione” - l'essenza della “cosa” definita. Piuttosto, le definizioni giuridiche dovrebbero tendere a riassumere una disciplina, un rapporto giuridico (⁹⁹). Non è chi non veda, tuttavia, come la riportata definizione di “credito documentario” fallisca questo fine: infatti, numerosi termini presenti in essa hanno significati particolari che debbono a loro volta essere chiariti. Si tratta, precisamente, dei termini “banca emittente”, “onorare”, “presentazione conforme”, cui si è già accennato nelle pagine precedenti. Solo dopo aver decifrato tali ulteriori espressioni si può confermare quanto già anticipato, vale a dire che con l'espressione “credito documentario” si designa un impegno irrevocabile di una banca a pagare - a vista o decorso un ulteriore periodo di tempo - determinate somme dietro presentazione di documenti aventi un contenuto predeterminato che la banca stessa è tenuta a verificare (¹⁰⁰).

La nozione di “credito documentario” ricavabile dalle definizioni delle NUU lascia, poi, in penombra la fonte di tale impegno irrevocabile della banca. Ciò non avviene per caso: nella versione inglese delle NUU si utilizza

⁹⁹) TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, I, t. 2, Milano, 1980, 187 ss.; BELVEDERE, *Definizioni*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, 149; SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, 52. Più in generale sul tema delle definizioni giuridiche v. recentemente DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato*, Torino, 2004.

¹⁰⁰) La dottrina ha immediatamente osservato che la presentazione di documenti “regolari” costituisce una condizione per l'esigibilità del credito da parte del beneficiario e costituisce un onere nella prospettiva di quest'ultimo (ASQUINI, *op. cit.*, 254; sul punto non sono mancati approfondimenti nella dottrina meno recente: cfr. MICHELI, *Considerazioni sulle “regole e usi”*, cit., 135 s.). Sempre MICHELI, *Misure cautelari ed esecutive*, cit., 164 s. e 168 ss., ha posto in luce che la descritta struttura del diritto del beneficiario è opponibile ai creditori del beneficiario che facciano valere i loro crediti su tale diritto: la banca (emittente e, ove presente, confermate: *ibidem*, 178) debitrice esecutata deve dichiarare detta struttura condizionata del diritto riveniente dal credito documentario nella dichiarazione di terzo ex art. 547 c.p.c. La banca può opporre al creditore precedente le eccezioni opponibili al beneficiario ex art. 1530 c.c. Qualora la banca valuti negativamente la presentazione del beneficiario, ciò non determina l'estinzione del credito del beneficiario con le conseguenze previste dall'art. 2917 c.c., ma costituisce fatto impeditivo dell'esigibilità del credito stesso e ne determina, pertanto, la non assoggettabilità ad esecuzione forzata (v. art. 474 c.p.c.). Il creditore del beneficiario può contestare tale valutazione della banca agendo in via surrogatoria in caso di inerzia del beneficiario, suo debitore diretto, ovvero può intervenire ai sensi dell'art. 105, 1 comma, c.p.c., nel giudizio di contestazione della valutazione della banca promosso dal beneficiario stesso.

una formula a ben vedere ambigua e generica, quale è l'espressione "any arrangement", che può anche essere resa in italiano come equivalente a "qualsiasi assetto di interessi". La versione italiana delle rules non semplifica il problema: vi si legge, infatti, che l'impegno irrevocabile della banca deriverebbe da "qualunque pattuizione". Nella versione italiana, dunque, si utilizza un sintagma ("pattuizione"), che nel diritto italiano tiene generalmente luogo di "accordo", ossia di atto cui partecipano due o più persone. È inutile aggiungere che la presenza dell'aggettivo "qualunque" certamente non contribuisce a rendere meno vago il senso della definizione.

Si comprende, dunque, come questo accenno ad una "pattuizione", quale fonte dell'impegno della banca, deve essere immediatamente verificato alla stregua del complesso delle "Norme uniformi", dal momento che il significato da attribuirsi al termine in esame proietta innegabili riflessi sul numero e sulla qualità delle parti che devono intervenire nella formazione della "pattuizione" da cui sorgerebbe il credito documentario e dunque sulla struttura della sua fonte.

L'analisi deve prendere le mosse dall'attuale art. 7, lett. b, delle "Norme ed usi uniformi della Camera di Commercio Internazionale relativi ai crediti documentari – NUU 600" secondo il quale "la banca emittente è irrevocabilmente impegnata ad onorare dal momento in cui emette il credito".

La norma appena riportata esibisce più motivi di interesse: in primo luogo, essa configura l'impegno irrevocabile ad "onorare" – in cui consiste l'oggetto del credito – quale atto direttamente ed esclusivamente riportabile alla banca obbligata: si legge, infatti, nell'art. 7, lett. b, che l'effetto vincolante per la banca si determina nel momento in cui essa banca "emette il credito". Di conseguenza – ed è questo il secondo motivo di interesse della norma - l'art. 7, lett. b, cit., esclude che possano seguirsi le teorie avanzate in passato per accreditare il credito documentario come frutto di un contratto tra le parti interessate. E ciò vale tanto per le tesi volte a sostenere l'esistenza di una delegazione (assumendo quest'ultima quale negozio plurilaterale), quanto per le tesi che intravedono nel "credito documentario" un contratto a favore di terzo, come pure, infine, per la tesi che qualifica il credito documentario come "negozio plurilaterale tipico del diritto consuetudinario" (v. supra § 2). Alla stregua delle NUU 600, infatti, il credito documentario sembra consistere in un atto unilaterale.

Peraltro, avuto riguardo al diritto italiano, si tratta di atto unilaterale apparentemente assai particolare. Nel senso che tale atto unilaterale sembra avere una disciplina tale da non potersi facilmente inserire nelle coordinate dettate dal codice civile per questa categoria di atti.

Questo scostamento dalla disciplina degli atti unilaterali – scostamento, tuttavia, da non enfatizzare, come si vedrà immediatamente infra – è segnalato dall’art. 7, lett. b, NU 600, secondo la quale “la banca emittente è irrevocabilmente impegnata ad onorare dal momento in cui emette il credito”. Alla stregua di questa norma la banca è vincolata alla sua dichiarazione nel momento stesso in cui la emette, senza necessità del concorso diretto o indiretto, esplicito o tacito di altri soggetti. Ciò sembra, dunque, escludere spazi per la disciplina prevista dall’art. 1334 c.c. in quanto diretta a collegare il prodursi degli effetti dell’atto al tempo in cui l’atto stesso giunge a conoscenza del beneficiario. Per lo stesso motivo – ma, come si vedrà presto, vi è anche altro - alla stregua delle norme uniformi, non assumono rilevanza gli artt. 1987 e 1333 c.c. con le loro note implicazioni teoriche correlate al problema della vincolatività della promessa unilaterale e al dogma della bilateralità del contratto ⁽¹⁰¹⁾.

In altre parole, l’art. 7, lett. b, NUU 600, ha posto nel nulla l’accesso dibattito apertosi nella dottrina italiana tra chi ha ritenuto che alla promessa della banca (emittente e confermante) potesse applicarsi l’art. 1334 c.c. e che, dunque, la promessa medesima fosse vincolante nel momento in cui fosse giunta a conoscenza del venditore/beneficiario ⁽¹⁰²⁾, e chi, invece, ha ritenuto che dovesse farsi riferimento alla figura del contratto con obbligazioni per il solo proponente, il quale, come noto, si perfeziona, nel silenzio dell’oblato, solo dopo l’inutile decorso del termine fissato per l’eventuale rifiuto dell’oblato stesso ⁽¹⁰³⁾. Questa figura, infatti, consentirebbe al beneficiario

¹⁰¹⁾ Per un quadro della relativa problematica v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 124 ss.; D’ANGELO, *op. ult. Cit.*, 1 ss. Il tema è connesso alla problematica accennata nella nota 98.

¹⁰²⁾ Giurisprudenza e dottrina in passato hanno ritenuto che il credito documentario potesse considerarsi “aperto” quando l’avviso o la conferma fossero stati comunicati al beneficiario: v. FIORENTINO, *op. cit.*, 250; BALOSSINI, *Il credito documentario nelle teorie prevalenti*, cit., 83. Cass. 17-05-2000, n. 6387, in *Rep.For. it.*, 2001, *Obbligazioni in genere*, n. 49, ha ritenuto che “la promessa del delegato, come atto unilaterale, si perfeziona con la relativa dichiarazione di volontà ed è efficace (art. 1334 c.c.) dal momento in cui perviene a conoscenza del delegatario”. Aderisce a questo orientamento D’ANGELO, *op. ult. Cit.*, 232 ss., il quale, peraltro, muove dal presupposto che le NUU configurino la vincolatività della promessa della banca secondo il modello dell’art. 1334 c.c.

¹⁰³⁾ ASQUINI, *op. cit.*, 246, il quale riporta tale figura al secondo comma dell’art. 36 cod. comm. 1882, il quale disponeva che “qualora il proponente richieda l’esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l’altra parte ne abbia impresa l’esecuzione”. Deve, peraltro, precisarsi che – in accordo con l’ultimo comma dell’art. 36 cod comm. – secondo ASQUINI “il contratto di conferma ... si perfeziona presso il venditore [beneficiario] all’atto in cui questi prende conoscenza della lettera di credito” (p. 251). La dottrina che ha aderito a questo orientamento successivamente al 1942 fa riferimento all’art. 1333 c.c.: GIAMPIERI, *op. cit.*, 97; PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 65 ss.

uno spazio per poter rifiutare l'obbligazione della banca: solo dopo lo spirare del termine per il rifiuto del beneficiario, la "promessa di onorare", nella quale consiste il credito documentario, sarebbe vincolante per la banca. In particolare, quest'ultima soluzione si raccomanderebbe per salvaguardare l'esigenza sostanziale di dar modo al beneficiario di rifiutare una promessa di pagamento difforme rispetto a quanto stabilito nel contratto di vendita sottostante¹⁰⁴).

Come si è detto, tutti questi rilievi sono difficilmente conciliabili con l'art. 7, lett. b, NUU 600.

Al riguardo mette conto ribadire che l'impossibilità di far riferimento alle coordinate codicistiche dell'atto unilaterale, vuoi all'art. 1334 c.c. (costantemente richiamato, invece, negli studi meno recenti sul credito documentario), vuoi all'art. 1333 c.c., non deve essere enfatizzata. Essa, infatti, non è tale da trasformare la promessa della banca in un atto dalle logiche assolutamente inconciliabili con quelle fatte proprie dalla dogmatica civilistica.

Per chiarire meglio questo profilo è utile richiamare ancora una volta la nozione essenziale di "credito documentario" già sopra delineata: si è detto che il credito documentario consiste nella promessa irrevocabile di una banca di pagare a vista, o di assumere "un impegno di pagamento differito", al ricorrere delle condizioni espressamente indicate nel credito stesso. In proposito è utile rammentare che detta promessa della banca non è un atto isolato, ma, al contrario, presuppone un assetto di interessi ulteriore al cui perfezionamento il credito documentario è funzionale.

L'assetto sostanziale rammentato ancora una volta contribuisce a rendere ragione del motivo per il quale la "promessa di onorare" da parte della banca non è atto recettizio ai sensi dell'art. 1334 c.c. e neppure "proposta di contratto" ex art. 1333 c.c.: essa, al contrario, come si è detto, è vincolante per la banca dal momento in cui "è emessa".

Per quanto riguarda il primo profilo (quello segnato dagli artt. 1334 e 1335 c.c.), occorre rammentare che la natura recettizia della dichiarazione contrattuale – e più in generale della "dichiarazione diretta ad una persona determinata" (così l'art. 1335 c.c.) – è frutto, come sempre accade nelle scelte legislative, del tentativo di conciliare interessi contrapposti: da un lato, si configura un interesse dell'oblato a che la dichiarazione a lui diretta sia ferma e vincolante - se non dal momento in cui fu concepita (secondo

¹⁰⁴) Così PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 67, il quale precisa di ritenere "necessario" l'inquadramento del credito documentario nella fattispecie dell'art. 1333 c.c. "a salvaguardia della libertà contrattuale" del beneficiario.

un'impostazione, a ben vedere, fedele al dogma giusnaturalistico della "volontà che obbliga" fin dalla sua formazione) - certamente dal momento dell'emissione, vale a dire nel momento in cui il dichiarante ne affidi ad altri il controllo.

A questo interesse dell'oblato si contrappone l'interesse dell'autore della dichiarazione medesima di procrastinarne gli effetti quanto più possibile nel tempo onde avere margini di resipiscenza.

Se si tengono presenti questi due interessi contrapposti, si comprende come la soluzione adottata dal legislatore con gli artt. 1334 e 1335 c.c. rappresenti un punto di equilibrio di cui costituisce momento centrale il principio di affidamento: la dichiarazione unilaterale produce gli effetti suoi propri nel momento in cui giunge al destinatario perché da tale momento si può presumere che il destinatario ne abbia conoscenza e, quindi, si può presumere che da tale momento egli faccia affidamento sul contenuto della dichiarazione stessa (¹⁰⁵) ed orienti i suoi affari in modo coerente alla dichiarazione che gli è pervenuta.

Queste esigenze di tutela, che – si ripete – ispirano gli artt. 1334 e 1335 c.c., non sussistono a proposito di quella particolare dichiarazione nella quale consiste il credito documentario. Infatti, in quest'ultimo non assume rilevanza un interesse della banca a ritardare in qualche modo l'efficacia vincolante della sua promessa, né sussiste un'esigenza di salvaguardare l'affidamento in ipotesi riposto dal beneficiario. La banca, infatti, ha già ricevuto dall'ordinante la provvista, ovvero quest'ultima si inserisce nel rapporto di credito esistente tra banca ed ordinante stesso (v. par. 3), di guisa che essa non ha un interesse giuridicamente rilevante a procrastinare l'efficacia vincolante della sua dichiarazione.

Inoltre, - ed è questo l'aspetto decisivo della vicenda in esame - con la sua promessa la banca non assegna al beneficiario una attribuzione patrimoniale nuova o comunque per lui ignota, della quale egli prende conoscenza solo dopo averla ricevuta e sulla quale il beneficiario stesso possa e debba orientare la sua successiva condotta nel mercato.

Al contrario, per il beneficiario la promessa della banca di "onorare" è un atto dovuto ed atteso, in quanto rappresenta l'esecuzione di un contratto commerciale già stipulato. In altre parole, per il beneficiario la promessa della banca di "onorare" rappresenta il pagamento del prezzo, o più

¹⁰⁵) SACCO, DE NOVA, *op. cit.*, 140 ss.

Nel testo il termine "affidamento" è utilizzato nel senso di aspettativa di adempimento della promessa (GORLA, *op. cit.*, 192 ss.) e non in quello di "erronea opinione di un certo soggetto intorno ad una determinata situazione di fatto o di diritto" a causa di una "apparenza ingannevole", alla quale sia rimasto estraneo (SACCO, *Affidamento, Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661).

precisamente un atto di quel procedimento nel quale – secondo quanto convenuto dalle parti nel contratto di compravendita da loro concluso - si risolve il pagamento del prezzo. In questa prospettiva, ben si comprende come l'interesse del beneficiario ad un'immediata efficacia vincolante del credito documentario non trovi ostacoli ragionevoli: il credito documentario rappresenta per il beneficiario non già una novità da valutare, ma il corrispettivo di una prestazione già concordata e in fase di adempimento.

Questa prospettiva è perfettamente coerente con l'approccio adottato dalla giurisprudenza britannica ai temi del credito documentario: secondo tale giurisprudenza è necessario accostarsi alla problematica del credito documentario rispettando “the mercantile practice of treating rights thereunder [letters of credit] as being equivalent to cash in hand”⁽¹⁰⁶⁾.

Se si adotta questa prospettiva, va riconsiderata l'esigenza posta da parte della dottrina a fondamento della necessità di inquadrare il credito documentario tra le “proposte di contratto con obbligazioni del solo proponente” (art. 1333 c.c.). Come si ricorderà, il ricorso all'art. 1333 c.c. è giustificato per il caso del credito documentario con l'affermazione che per tale via si fa salva la possibilità per il beneficiario di reagire ad una dichiarazione della banca difforme alle intese. Di contro, è possibile osservare che, a tal fine, non è necessario il ricorso alla fattispecie di cui all'art. 1333 c.c., dal momento che una dichiarazione della banca difforme rispetto a quanto stabilito nel contratto di vendita equivale ad un inesatto adempimento che il venditore è sempre legittimato a far valere in quanto tale. Ne segue che non v'è nessuna necessità di ricorrere alla fattispecie ex art. 1333 per tutelare il venditore⁽¹⁰⁷⁾: è sufficiente che quest'ultimo eccepisca al compratore la non rispondenza del contenuto del credito con gli accordi intercorsi nel contratto di vendita.

La necessità di un'accettazione da parte del destinatario del credito documentario non ha, dunque, alcuna giustificazione, né strutturale, né funzionale. Questa conclusione non viene meno neppure con riguardo al

¹⁰⁶) *Intraco Ltd. V Notis Shipping Corp f Liberia. The Bhoja Trader*, [1981] Com. L.R. 184, *Donaldson L.J. and Ackner L.J.*; e v. infatti nella dottrina italiana: “il diritto di credito verso la banca dev'essere equivalente al possesso del denaro perché la circolazione non sia paralizzata” (PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 12). Affermazioni analoghe sono state formulate a proposito del *Garantievertrag* (PORTALE, *Fideiussione “Garantievertrag”*, cit., 1055), a proposito del quale, peraltro, sembrano maggiormente congrue in quanto nel credito documentario la prestazione della banca è condizionato all'esito del controllo (ormai non più solo formale: v. par. 4) dei documenti.

¹⁰⁷) Vale anche in questo caso quanto la dottrina ha osservato a proposito della delegazione: “l'asserita necessità dell'accettazione del delegatario trae unico argomento dal principio secondo il quale il nostro ordinamento non conosce di regola l'efficacia vincolante della promessa unilaterale” (BIANCA, *Obbligazione*, cit. 643).

ruolo che talora la dogmatica civilistica ha riconosciuto all'accettazione: si afferma in proposito che l'accettazione dell'oblato svolgerebbe il ruolo di "vestmentum" della promessa, ossia di "meccanismo" volto a giustificare in qualche modo l'attribuzione patrimoniale e la vincolatività della promessa per il promittente (v. ancora nota 98).

Al riguardo mette conto rammentare l'avvertimento a suo tempo formulato da Gino GORLA, e successivamente sviluppato da Adolfo DI MAJO (¹⁰⁸), secondo il quale la necessità di un vestimentum per supportare la vincolatività di una promessa ha motivo di porsi in caso di atti atipici: è in questi casi che può revocarsi in dubbio la nascita di un vincolo giuridico a carico del promittente. Senonché, si tratta di una situazione che certamente non sussiste nella vicenda del credito documentario, il quale è atto ormai da tempo tipizzato dal legislatore e dalla prassi mercantile.

D'altro canto, anche a voler prescindere da questa osservazione, deve convenirsi che la necessità di un vestimentum della promessa della banca nella fattispecie non si pone: non soltanto il credito documentario, come si è appena detto, è atto dotato di "disciplina particolare", e dunque i suoi effetti sono ben noti alle parti e al mercato, ma in esso non si pone neppure il problema - che pure aleggia nella dogmatica della promessa unilaterale - della eventuale gratuità della promessa stessa, con conseguente dubbio circa la sua giustificazione causale.

A questo riguardo assume rilievo decisivo la circostanza che la promessa della banca rappresenta la modalità di pagamento del corrispettivo di una vendita (ovvero di altra operazione economica). Tale circostanza, unita al fatto che per l'emissione del credito documentario la banca percepisce commissioni, esclude ogni dubbio sull'esistenza di una giustificazione causale dell'impegno della banca stessa (¹⁰⁹): è escluso, infatti, che la promessa di pagamento formulata dalla banca rappresenti un "arricchimento" per il beneficiario, dal momento che questi, a fronte della promessa della banca, esegue (o eseguirà, o si accinge ad eseguire) una prestazione in favore

¹⁰⁸) Cfr. DI MAJO, *op. cit.*, 42 ss., dove connette al profilo della atipicità della promessa il problema della vincolatività della stessa: secondo l'A., il problema deve risolversi indagando se nel singolo caso concreto la promessa sia diretta alla realizzazione di un 'interesse meritevole di tutela, di tal che, in caso di esito positivo di detta indagine, nella promessa medesima può intravedersi un "atto ... idoneo a produrre [un'obbligazione] in conformità con l'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.). Il legislatore recente sembra essersi posto su questa direttrice con l'art. 2645 *ter* c.c.: cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, 335.

¹⁰⁹) E' stato correttamente osservato in dottrina che il termine "astrazione" può essere utilizzato sia nel senso che la giustificazione dell'obbligo dell'emittente sarebbe individuabile all'esterno del "rapporto di conferma", sia nel senso che la promessa delle mittente sarebbe "indipendente" dai rapporti sottostanti, "ai quali risulta legata da un nesso economico" (GIAMPIERI, *op. cit.*, 93).

del compratore/ordinante; come pure è escluso che la promessa effettuata al beneficiario rappresenti per la banca una “liberalità”, in quanto essa manifesta detta promessa nell’esercizio della sua attività economica professionale, dall’esercizio della quale la banca trae i suoi utili.

Per più versi, dunque, la promessa della banca è assistita da una “causa ragionevole” che esclude la necessità di un’accezione del beneficiario.

La prospettata natura unilaterale del credito documentario risulta rafforzata dalla lettura a contrariis dell’art. 10 NUU 600 sulle modifiche del credito. Secondo l’art. 10, lett. a, “ ... il credito non può essere né modificato, né annullato senza l’accordo della banca emittente, dell’eventuale banca confermate e del beneficiario”. A proposito di questa disposizione interessa osservare che – a differenza che nell’art. 7 cit., per il caso dell’emissione della lettera di credito – l’assenso del beneficiario deve necessariamente essere manifestato attraverso un’accezione esplicita della modifica e tale accezione deve essere diretta “alla banca che ha avvisato tale modifica” (art. 10, lett. c), ovvero attraverso un comportamento concludente assolutamente inequivocabile quale è quello consistente nel fatto che il beneficiario effettui una “presentazione conforme al credito e a qualsiasi modifica non ancora accettata” (art. 10, lett. c).

La circostanza che per la modifica del credito sia richiesto l’esplicito consenso del beneficiario e per l’emissione no, conferma che la prassi commerciale rappresentata nelle NUU configura l’emissione del credito e le sue condizioni come un atto esecutivo del contratto commerciale fondamentale e precisamente come un atto dovuto verso il beneficiario, rispetto al quale non ha senso richiedere un’accezione o un rifiuto del credito: infatti, se il credito è emesso in difformità degli accordi intercorsi, il beneficiario non indirizza un “rifiuto” alla banca, ma reagisce all’inadempimento del compratore. Al contrario, la modifica del credito intervenuta successivamente all’emissione costituisce una modifica dell’assetto complessivo di interessi pianificato con il compratore nel contratto commerciale fondamentale: di qui la necessità di un’espressa accezione da parte del beneficiario.

Per quanto riguarda l’ordinante, può osservarsi che le NUU relegano nell’assoluta irrilevanza la sua posizione. Il fondamento di questa scelta deve individuarsi nella funzione espletata dal credito documentario nell’economia dell’operazione commerciale fondamentale: si è già evidenziato più volte come il credito documentario rappresenti un procedimento per il pagamento del prezzo dovuto al beneficiario per la fornitura di beni o servizi. Di guisa che il beneficiario è l’unico, tra i vari soggetti che intervengono nel credito

documentario, ad essere interessato alle eventuali modifiche delle modalità di corresponsione di tale prezzo.

6. Le eccezioni opponibili in sede di esecuzione della promessa.

Nel corso di questo studio più volte si è avuta occasione di accennare al delicato ruolo svolto dal credito documentario nell'ambito di importanti operazioni commerciali internazionali: il credito documentario rappresenta una particolare e complessa modalità di corresponsione del prezzo. Questa dimensione funzionale fa del credito documentario e dell'attività delle banche che lo eseguono, un momento delicatissimo per la corretta realizzazione dell'operazione commerciale cui accede. Più chiaramente, la funzione svolta dal credito documentario rende palese che entrambe le parti hanno interesse a che il credito sia pagato solo in connessione con la corretta esecuzione dell'operazione commerciale.

La descritta centralità dell'attività della banca per la riuscita dell'operazione commerciale fa sì che tale attività sia dedotta in obbligazione tanto verso il compratore/ordinante, quanto verso il venditore/beneficiario, di guisa che entrambi – ordinante e beneficiario – sono legittimati, sia pure da prospettive opposte, a far valere l'eventuale violazione dei criteri per la valutazione dei documenti accennati nel paragrafo precedente.

Ai contrapposti interessi delle parti si affianca l'interesse della banca a non essere coinvolta nelle questioni relative al rapporto commerciale sottostante e a (tentare di) circoscrivere il proprio intervento all'esecuzione di un mero servizio di pagamento.

Vi è, infine, l'interesse degli Stati in cui hanno sede o agiscono le parti e le banche coinvolte nell'operazione. L'interesse degli Stati è che le operazioni commerciali e la correlata circolazione della ricchezza che ha luogo nel loro territorio, non realizzi assetti disapprovati dagli Stati stessi e che pertanto non violi o eluda interessi degli Stati medesimi presidiati da norme inderogabili.

L'impianto normativo chiamato a risolvere il conflitto tra gli interessi sopra riassunti è rappresentato dall'art. 4, lett. a, NUU 600 e dall'art. 1530 c.c. Secondo il primo, "il credito per sua natura è operazione distinta dal contratto di vendita o altro contratto su cui può fondarsi. Tale contratto non riguarda e non impegna in alcun modo le banche anche se un riferimento ad esso è incluso nel credito. Conseguentemente, l'impegno della banca ... non è soggetto ad azioni o eccezioni da parte dell'ordinante fondate sui suoi rapporti con la banca emittente o con il beneficiario. Il beneficiario non può

in alcun caso avvalersi dei rapporti esistenti fra le banche o fra l'ordinante e la banca" (¹¹⁰).

La disposizione rende evidente la caratteristica precipua del regime delle eccezioni. Nei rapporti tra la banca e, rispettivamente, l'ordinante e il beneficiario possono essere sollevate esclusivamente le eccezioni fondate sul rapporto intercorrente tra la banca medesima e ciascuno di essi. Al contrario, né l'ordinante, né il beneficiario possono avvalersi nei confronti della banca delle eccezioni fondate sul rapporto commerciale o su altri rapporti intercorrenti tra loro (¹¹¹). Come pure, né l'ordinante, né il beneficiario possono opporre alla banca vizi fondati sul rapporto intercorrente tra la banca e l'altra parte.

Lo schema così delineato dalle NUU è certamente applicabile alle parti del rapporto fondamentale. Questa affermazione trae fondamento nelle osservazioni svolte nella nota 52, nella quale si è esaminato il tema della natura delle NUU e si è concluso che comunque esse costituiscono un corpo

¹¹⁰) Sia pure con formulazioni mutevoli a seconda delle varie edizioni delle NUU la norma fa parte della tradizione della disciplina del credito documentario, della quale, anzi, rappresenta storicamente lo "zoccolo duro". Alla stregua delle NUU 600 non sembra, tuttavia, più possibile leggere in termini assoluti questa disposizione. Per un verso è ora di prendere atto che l'enfasi che la caratterizza, le conferisce un sapore quasi tautologico laddove esclude che il contratto commerciale fondamentale possa in qualche modo "impegnare" la banca che a quel contratto è rimasta estranea: in proposito, è agevole constatare che nessuno ha mai preteso dalla banca l'adempimento di obbligazioni inserite nel contratto commerciale di base. Discorso diverso, merita la parte della disposizione secondo la quale la banca è "*in no way concerned*" (così la versione in inglese delle NUU 600) rispetto al contratto fondamentale. È una disposizione di cui non può sfuggire l'estrema genericità, tale da imporre all'interprete alcune precisazioni: si è già accennato nel testo e nelle note precedenti come le NUU 600 abbiano ridisegnato la distribuzione tra le parti di rischi ed oneri. Dalle NUU 600, in particolare, emerge che la banca non può (più) essere considerata quale meccanico esecutore di un pagamento: al contrario, essa è esplicitamente chiamata a collaborare con le parti alla realizzazione del rapporto commerciale. In questo senso depongono senza equivoci i rilievi svolti soprattutto nel par. 4. Di qui la necessità di ridimensionare l'affermata estraneità della banca al rapporto fondamentale; estraneità – mette conto rammentare ancora una volta – che risponde più ad un postulato teorico, che non al reale andamento dei rapporti nella prassi di mercato: come si è già avuto modo di sottolineare, le parti tengono sempre conto del fatto che la banca può rifiutare di emettere il credito e così frustrare le loro aspettative in quanto hanno concluso il contratto sul presupposto che il controllo dei documenti ed il conseguente pagamento fossero effettuati da una determinata banca prescelta sulla base del rapporto fiduciario intercorrente con essa. Per evitare che la banca, successivamente alla definizione del contratto, non partecipi all'operazione, le parti di fatto la coinvolgono nelle trattative e nella scelta dei documenti e dei soggetti che a vario titolo saranno chiamati a prendere parte alla transazione economica (vettori, spedizionieri, assicuratori ecc.): tutto ciò fa sì che la banca non possa dirsi "*in no way concerned*" in un rapporto fondamentale che ha contribuito a costruire.

¹¹¹) GIAMPIERI, *op. cit.*, 81.

normativo al quale le parti fanno esplicito rinvio ⁽¹¹²⁾. Di conseguenza le NUU sono applicabili agli atti posti in essere nel corso dell'operazione, ma esse sono subordinate alle leggi vigenti nei singoli stati in cui si svolgono le varie fasi dell'operazione stessa. In particolare, come si ricorderà, in quella sede si è assegnato particolare rilievo alla duplice circostanza che le stesse NUU condizionano la loro applicazione ad un'espressa previsione delle parti in tal senso e che sempre le NUU ammettono che la legge degli Stati possa incidere sulla loro applicazione.

Questo impianto è esplicitamente confermato dalla parte finale dell'art. 1530 c.c. ⁽¹¹³⁾, il quale – pur avendo quale oggetto specifico i rapporti tra banca e beneficiario – offre spunti tali da potersi proficuamente utilizzare anche riguardo al rapporto tra banca ed ordinante. Più precisamente, l'art. 1530, 2 comma, dopo aver stabilito che la banca può sollevare le eccezioni derivanti dall'incompletezza e dall'irregolarità dei documenti, aggiunge che è altresì rilevante il “rapporto di conferma”, ossia il rapporto instauratosi tra la banca e il beneficiario a seguito della promessa della banca ⁽¹¹⁴⁾. Con ciò, a ben vedere, l'art. 1530 delimita l'area dell'eventuale responsabilità delle banche che a vario titolo intervengono nell'operazione di credito documentario: le questioni sollevabili con ciascuna banca devono essere circoscritte, oltre che all'attività di controllo dei documenti ⁽¹¹⁵⁾, al rapporto

¹¹²) In particolare, quando nel “*contratto di vendita o altro contratto su cui [il credito documentario] può fondarsi*” le parti prevedono che il pagamento del prezzo abbia luogo attraverso un credito documentario, si assoggettano alla disciplina del medesimo quale risulta dalla normativa emanata dalla CCI. Ne segue che è auspicabile che una clausola di esplicito rinvio alle NUU sia inserita nel contratto “fondamentale”. Peraltro, nel caso in cui quest'ultimo ne sia privo, conclusione analoga può essere argomentata dal riferimento alle NUU contenuto sia nell' “ordine” impartito alla banca dal compratore (riferimento sempre contenuto nella modulistica bancaria), sia nella promessa della banca.

¹¹³) In senso contrario MICHELI, *Problemi attuali del credito documentario*, cit., 337, secondo il quale l'art. 1530 non proclama espressamente l'indipendenza dell'operazione di credito documentario rispetto al negozio intercorso tra ordinante e beneficiario.

¹¹⁴) Ne segue che è coerente con l'art. 1530, 2 comma, c.c. la dottrina che esclude che la banca possa opporre al beneficiario eccezioni comunque attinenti al mandato intervenuto con l'ordinante: GIAMPIERI, *op. cit.*, 79 s.; BOCCHINI, *op. cit.*, 816; in senso contrario RUBINO, *op. cit.*, 565.

¹¹⁵) Mette conto rammentare che, alla stregua delle NUU 600, l'irregolarità si configura quando i documenti siano in conflitto tra loro, salvo il caso di quei documenti dai quali, per loro natura, si desumono qualità e quantità delle merci (ad esempio la fattura): in questo caso, si è detto, deve confermarsi la tesi della *strict compliance*. Secondo la dottrina la “regolarità” dei documenti comprende “a) il numero e la specie dei documenti pattuiti o stabiliti dagli usi; b) l'esistenza in essi dei requisiti di forma necessari al loro tipo; c) l'assenza di alterazioni sospette o di clausole o indicazioni contrarie ai patti contrattuali” (GRECO, COTTINO, *op. cit.*, 463; sull'ipotesi di falsificazione dei documenti v. GIAMPIERI, *op. cit.*, 234 ss.).

specificamente intercorso tra ciascuna delle banche coinvolte nell'operazione e l'ordinante o il beneficiario.

In concreto ciò, ad esempio, significa che le eventuali responsabilità della banca sorte nella fase antecedente all'emissione del credito (v. il precedente paragrafo), possono essere fatte valere esclusivamente dalla parte che in quella fase ha avuto rapporti con la banca della cui eventuale negligenza si discute: più precisamente, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'ordinante potrà sollevare questa tipologia di eccezioni verso la banca emittente, il beneficiario verso la banca confermate.

Il quadro risultante dalle considerazioni fin qui svolte non sembra discostarsi dal tradizionale principio dell'indipendenza del credito documentario dal rapporto commerciale sottostante. Del pari, appartengono alla tradizione degli studi del credito documentario i problemi relativi ai limiti del principio di indipendenza in rapporto ai casi di nullità del rapporto fondamentale e di frode, rispetto ai quali non è ancora dato intravedere un orientamento nettamente prevalente (¹¹⁶).

Dibattuto è, altresì, il profilo della eventuale nullità del credito per violazione delle leggi dello Stato nel quale si svolge l'operazione economica fondamentale. In proposito assume rilevanza l'interesse degli Stati – sopra accennato – a non consentire che nel loro territorio si realizzino operazioni economiche contrarie all'ordine pubblico economico e non: è il caso della violazione di norme valutarie, di divieti di embargo, di divieti di intrattenere operazioni commerciali con controparti appartenenti a Stati verso i quali vi sia uno "stato di guerra" (¹¹⁷). Come si è detto, in materia non è dato

¹¹⁶) V. ad es. nella dottrina recente, anche per riferimenti al vivace dibattito in materia, GIAMPIERI, *op. cit.*, 117 ss.; PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 175 ss.; BOCCHINI, *op. cit.*, 810. A suo tempo Cass. 30-4-1942, in *Banca, borsa*, 1942, II, 133, ritenne che la banca potesse opporre al venditore il sopravvenuto stato di guerra a seguito del quale era divenuta delittuosa l'attività commerciale col nemico.

¹¹⁷) BOCCHINI, *op. cit.*, 816. Alla base vi è un'esigenza non dissimile da quella a suo tempo evidenziata da BETTI, *op. cit.*, 92, quando, a proposito dell'art. 1271, 2 comma, c.c., fece notare che la possibilità per il delegato di eccepire la nullità del rapporto tra delegante e delegatario era già contemplata nel diritto romano ed è "posta al fine che il meccanismo della delegazione ... possa funzionare senza che concorrano i presupposti che lo rendono meritevole di tutela".

BALOSSINI, *Norme ed usi uniformi*, cit., 92, intese sottolineare la sua contrarietà all'opinione (manifestata in particolare da MOLLE, *op. cit.*, 534) secondo la quale la nullità del rapporto sottostante potesse rilevare al momento dell'esecuzione del credito, osservando come – una volta ammessa l'eccezione di nullità – per lui fosse "incomprensibile" escludere la rilevanza dell'annullabilità. In proposito mette conto rammentare la nozione istituzionale secondo la quale la differenza di fondo tra nullità ed annullabilità si articola sulla diversa qualità dell'interesse pregiudicato nelle due ipotesi: nel caso della nullità il vizio incide su un interesse generale o comunque estraneo alla specifica sfera d'interesse delle parti, di guisa che "la conseguente cancellazione degli effetti contrattuali è desiderabile dal punto di vista della società" (ROPPO, *op. cit.*, 728; BONILINI, *L'invalidità del contratto*, in BESSONE (cur.), *Lineamenti di diritto privato*, 10

intravedere un orientamento nettamente prevalente, salvo che per il caso in cui vi sia un espresso divieto di pagamento: in questo caso la banca non può fare altro che adeguarsi, con la precisazione che essa non può invocare a giustificazione del mancato adempimento della promessa norme imperative vigenti in paesi diversi da quelli in cui è tenuta a pagare.

Nel caso in cui il perfezionamento dell'operazione economica sia impedito da una norma espressa, che, ad esempio, escluda l'esportazione di determinate merci (o di tutte le merci in un determinato Stato), è universalmente ammesso che la parte interessata chieda un provvedimento d'urgenza che inibisca il pagamento del credito e avvii successivamente l'azione per la risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per la dichiarazione di nullità del contratto commerciale fondamentale. Non diversamente, l'inibitoria del giudice è universalmente ammessa, sia pure con modulazioni e sensibilità differenti a seconda dei vari ordinamenti, per il caso di frode a danno del compratore (¹¹⁸).

In chiusura non possono non richiamarsi alcuni dati emersi nelle pagine precedenti: in particolare, assumono rilevanza sia la partecipazione di fatto delle banche alla fase delle trattative relative al contratto commerciale, sia l'attività di collaborazione pretesa, alla stregua delle NUU 600, dalle banche in funzione della corretta esecuzione del rapporto commerciale fondamentale. Sotto entrambi i profili si tratta di aspetti che impongono al sistema bancario internazionale di porre a disposizione della clientela la sua professionalità onde prevenire o frustrare le eventuali frodi, a tutela, a ben vedere, di interessi di ordine pubblico economico che a maggior ragione si raccomandano in epoca di globalizzazione: la correttezza e l'integrità del mercato (¹¹⁹).

ed., Torino, 2011, 480): è per questo che una diversa incidenza delle ipotesi di nullità rispetto a quelle di invalidità è tutt'altro che "incomprensibile".

¹¹⁸) V. anche per riferimenti CAPALDO, CAVALLI, *op. cit.*, 151 ss.; GIAMPIERI, *op. cit.*, 147 ss.; PONTIROLI, *op. ult. cit.*, 175 ss.; BERTRAMS, *op. cit.*, 405 ss.; LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2007, 145 ss.

¹¹⁹) In proposito è utile richiamare le condizioni storiche che hanno giustificato l'affermarsi delle caratteristiche più controverse del credito documentario, vale a dire l'incremento della produzione industriale determinatasi tra la fine dell'ottocento ed i primi del novecento (cfr. LUZZATTO, *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, II, *L'età contemporanea*, 4 ed., Padova, 1960, 423 ss.), nonché le condizioni di insicurezza dei traffici determinate dalla prima guerra mondiale (v. nota 3): venute meno queste condizioni e abbattute le distanze nel mondo con lo sviluppo dei trasporti e delle comunicazioni trovano inevitabilmente sempre maggiore spazio comprensibili esigenze di riequilibrio dell'assetto di interessi determinato dal credito documentario.