

ISTITUTO DI DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

Sezione del Dipartimento di scienze giuridiche della Sapienza, Università di Roma  
I.S.DI.T. — ISTITUTO PER LO STUDIO DEL DIRITTO DEI TRASPORTI  
ANNO XXXV - N. 3



# DIRITTO DEI TRASPORTI 2022



ISSN 1123-5802

ISTITUTO DI DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE  
Sezione del Dipartimento di scienze giuridiche della Sapienza, Università di Roma  
I.S.DI.T. — ISTITUTO PER LO STUDIO DEL DIRITTO DEI TRASPORTI  
ANNO XXXV - 3

# DIRITTO DEI TRASPORTI 2022





**La rivista Diritto dei trasporti, edita in formato elettronico, è disponibile sul sito [www.dirittodeitrasporti.it](http://www.dirittodeitrasporti.it).**

**Eventuali copie cartacee potranno essere richieste all'editore all'indirizzo [edizioniav@edizioniav.it](mailto:edizioniav@edizioniav.it).**

Annate arretrate 1992-2018: .....	{ Italia .....	€ 105,00
	{ Estero .....	€ 130,00
Singolo fascicolo arretrato 1992-2018: .....		€ 50,00
CD indici generali 1988/2009 (per gli abbonati): .....		€ 55,00
CD indici generali 1988/2009 (per i non abbonati): .....		€ 120,00

Pagamenti tramite bonifico bancario Banco di Sardegna S.p.A. Sede di Cagliari  
IBAN IT 89 F 01015 04800 000000035089 per l'estero codice BIC/SWIFT BPMOIT22  
oppure sul c/c postale n. 16720096 entrambi a EDIZIONI AV di Antonino Valveri

Rivista quadrimestrale. Le richieste di fascicoli e gli eventuali reclami per mancato ricevimento vanno indirizzati all'amministrazione presso

EDIZIONI AV di *Antonino Valveri*

Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari

Tel. (segr. e fax) 070/27 26 22

e-mail: [edizioniav@edizioniav.it](mailto:edizioniav@edizioniav.it)

sito web: [www.edizioniav.it](http://www.edizioniav.it)

Direttore responsabile: LEOPOLDO TULLIO

Redazione: [rivista@isdit.it](mailto:rivista@isdit.it)

Sito web: [www.dirittodeitrasporti.it](http://www.dirittodeitrasporti.it)

REGISTRAZIONE TRIBUNALE DI CAGLIARI N. 2 DELL'8 GENNAIO 1992

Finito di comporre nel mese di dicembre 2022

**Direttore emerito:** LEOPOLDO TULLIO, prof. emerito di Diritto della navigazione nella Sapienza, Univ. di Roma.

**Comitato direttivo:** ALFREDO ANTONINI, prof. ordinario di Diritto dei trasporti nell'Univ. di Udine; MASSIMO DEIANA, prof. ordinario di Diritto della navigazione nell'Univ. di Cagliari; MASSIMILIANO PIRAS, prof. ordinario di Diritto della navigazione nell'Univ. di Cagliari; ALESSANDRO ZAMPONE, prof. ordinario di Diritto della navigazione nella Sapienza, Univ. di Roma.

**Comitato scientifico:** IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, catedrático de Derecho mercantil en la Universidad autónoma de Barcelona; MICHELE M. COMENALE PINTO, prof. ordinario di Diritto della navigazione nell'Univ. di Sassari; ENZO FOGLIANI, avvocato; MARIO FOLCHI, presidente de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, catedrático de Derecho mercantil en la Universidad Jaume I de Castellón de la Plana; GERARDO MASTRANDREA, presidente di sezione del Consiglio di Stato; ANNA MASUTTI, prof. ordinaria di diritto aeronautico nell'Univ. di Bologna; FRANCESCO MORANDI, prof. ordinario di Diritto della navigazione nell'Univ. di Sassari; MARÍA VICTORIA PETIT LAVALL, catedrática de Derecho mercantil en la Universidad Jaume I de Castellón de la Plana; JUAN LUIS PULIDO BEGINES, catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Cádiz; ELISABETTA ROSAFIO, prof. ordinaria di Diritto della navigazione nell'Univ. di Teramo; MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA, director del Centro de Estudios en Derecho del Transporte de la Universidad Externado de Colombia; STEFANO ZUNARELLI, prof. ordinario di Diritto dei trasporti nell'Univ. di Bologna.

**Comitato editoriale:** LUCA ANCIS, Univ. di Cagliari, *direttore editoriale*; DONATELLA BOCCHESI, Sapienza, Univ. di Roma; GIUSEPPE REALE, Univ. del Molise; CHIARA TINCANI, Univ. di Verona; SIMONE VERNIZZI, Univ. di Modena e Reggio Emilia; DANIELE CASCIANO, Univ. di Udine; VALENTINA CORONA, Univ. di Cagliari; ROCCO LOBIANCO, Univ. di Udine; GIOVANNI PRUNEDDU, Univ. di Sassari; ANNA SIA, Univ. di Catanzaro; GIOVANNI MARCHIAFAVA, Univ. di Genova; ANDREA AREDDU, Univ. di Sassari; MARIA CRISTINA CARTA, Univ. di Sassari; LAURA MASALA, Univ. di Sassari; LAURA TROVÒ, Univ. di Sassari; ALESSANDRO CARDINALI, Roma; MARTINA CARRANO, Roma; ALESSANDRO DASARA, Sassari; ANNALISA DE GRANDI, Sassari; CRISTINA DE MARZI, Roma; RACHELE GENOVESE, Sassari; SARA GIACOBBE, Roma; FILOMENA GUERRIERO, Roma; FRANCESCO IBBA, Sassari; MARCELLA LAMON, Sassari; FRANCESCO MANCINI, Roma; ELENA NIGRO, Roma; CRISTINA POZZI, PARMA; FIORENZA PRADA, Udine; DANIELE RAGAZZONI, Roma.

## REFERAGGIO

Referaggio non è una brutta parola, ma un neologismo che deriva dal latino *refertum agere* ed ha l'obiettivo di asseverare la dignità scientifica della pubblicazione.

**Procedura.** — Lo scritto che aspira ad essere pubblicato nelle rubriche «Saggi» o «Interventi» è sottoposto a un esame preliminare da parte del direttore della Rivista, concernente:

- la connessione dell'argomento alla materia dei trasporti;
- l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico;
- la corrispondenza del testo alle regole redazionali della Rivista.

In caso di esito positivo dell'esame preliminare, si passa alla successiva fase di referaggio vero e proprio.

Lo scritto è sottoposto alla valutazione di due revisori, professori ordinari o giuristi di chiara fama esperti nella materia oggetto dello scritto medesimo, italiani o stranieri. Il direttore della Rivista può assumere la responsabilità della pubblicazione in assenza di referaggio: nel caso di scritti provenienti da autori di sicuro prestigio o di fama internazionale; nel caso di scritti provenienti da professori ordinari del settore scientifico-disciplinare IUS-06; nel caso di scritti che sono stati oggetto di relazioni a convegni, perché in tal caso il revisore potrebbe identificare l'autore.

È adottato il sistema di referaggio cosiddetto doppio cieco (*double blind peer review*): lo scritto è inviato dal direttore della Rivista ai due revisori in forma anonima e all'autore non sono rivelati i nomi dei revisori, i quali sono vincolati (alla pari del direttore della Rivista) a tenere segreto il loro operato.

Lo scritto che aspira ad essere pubblicato nella rubrica «Giurisprudenza al vaglio» è sottoposto a referaggio con valutazione congiunta di un revisore e del direttore della Rivista. Al revisore è noto l'autore, ma questi può non conoscere il revisore, se costui così decide (*single blind peer review*).

**Criteri.** — I criteri seguiti dai revisori, che devono compilare un'apposita scheda di referaggio, sono i seguenti:

- la correttezza dell'impostazione metodologica;
- l'adeguatezza della bibliografia essenziale, ad eccezione degli scritti volutamente privi di riferimenti bibliografici;
- la chiarezza espositiva;
- il contributo di novità apportato allo stato di avanzamento degli studi sull'argomento; nelle note a sentenza, il contributo di novità è quello apportato alla motivazione della sentenza stessa, in senso critico o migliorativo.

**Esito.** — L'esito del referaggio può portare alla:

- accettazione dello scritto per la pubblicazione;
- accettazione subordinata a modifiche migliorative, che sono sommariamente indicate dal revisore; in questo caso lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare; l'adeguatezza delle modifiche apportate è valutata dal direttore della Rivista;
- non accettazione dello scritto per la pubblicazione.

In caso di valutazione divergente dei due valutatori, la decisione finale è presa dal direttore della Rivista.



# indice sommario

## Saggi

FIORENZA PRADA, <i>L'utilizzazione delle unità da diporto per finalità alberghiere, enogastronomiche, di intrattenimento – Use of pleasure crafts as accommodation facilities, restaurants and venues for events</i> .....	Pag.	531
CHIARA TINCANI, <i>La nuova disciplina della spedizione – The new regulation of the shipping contract</i> .....	»	561
ANDREA LA MATTINA, <i>Il limite risarcitorio del vettore dopo le modifiche del codice civile – The limit of liability of the carrier after the amendments to the Italian civil code</i> .....	»	581

## Interventi

PIERGUIDO CARMAGNANI, <i>Clausola di adeguamento del corrispettivo al costo del carburante e costi indicativi di esercizio: spunti critici sul nuovo intervento del legislatore – Fuel surcharge clause and indicative operating costs: critical points on the new legislative intervention</i> .....	Pag.	603
DANIELE CASCIANO, <i>Cost and risk in cross border transactions: Incoterms 2020</i> .....	»	623

## Fatti e Misfatti

LUCA PICOTTI, <i>«Prigioniera» dello skipper in mare aperto: tra Capitaneria di porto e vincoli contrattuali</i> .....	Pag.	633
LAURA TROVÒ, <i>Volano farfalle e non solo...</i> .....	»	636

## Giurisprudenza al vaglio

C. giust. UE 1 agosto 2022, C-14/21 e C-15/21 .....	Pag.	643
con nota di GIOVANNI CALVELLI, <i>Le navi ONG destinate al soccorso privato e il potere ispettivo dello Stato di approdo – NGO vessels intended for private rescue and the port state inspection power</i> .....	»	669
Cass., sez. III, 26 aprile 2022 n. 12975 .....	»	695
con nota di ALESSANDRO CARDINALI, <i>Abbandono della merce agli assicuratori: la non riparabilità della nave – Abandonment of Cargo to Insurers: does art. 451 of Italian Navigation Code Require the Ship to be Unrepairable?</i> .....	»	703



Cass., sez. VI pen., 16 dicembre 2022 n. 15869 .....	»	713
con nota di GIULIA CILIBERTO, <i>Lo sbarco in un «luogo sicuro» tra obbligo degli Stati e diritto soggettivo: alcune considerazioni a margine della sentenza sul caso Vos Thalassa – Disembarking rescued people in a «place of safety» as a State obligation and an individual right: some considerations on the Italian Supreme Court judgement concerning the Vos Thalassa case</i> .....	»	729
App. Napoli 24 maggio 2021 .....	»	741
con nota di MATTEO FALCONI, <i>In tema di onere della prova nell'azione di responsabilità per danni all'imbarcazione da diporto all'ormeggio – On the burden of proof in the liability action for damages to the pleasure boat</i> .....	»	760
England and Wales Court of Appeal, Civil Division, 23 luglio 2021 .....	»	767
con nota di ANNA MONTESANO, <i>L'interpretazione delle garanzie di pagamento nell'ambito dei contratti di costruzione di nave: garanzia «see to it» vs. «demand guarantee» – Interpretation of payment guarantees in shipbuilding contracts: «see to it» guarantee vs. «demand guarantee»</i> ..	»	773
<b>Massimario</b> .....	Pag.	791
<b>Osservatorio legislativo</b> .....	Pag.	829
<b>Segnalazioni bibliografiche</b> .....	Pag.	835
<b>Materiali</b>		
Parere di ANNA MASUTTI, <i>Eccezione di forza maggiore ed eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti di vendita di soft commodities</i> .....	Pag.	849
Parere di STEFANO POLLASTRELLI, <i>Sulle autorizzazioni temporanee all'uso di beni demaniali</i> .....	»	859
Quotazioni del DSP, del franco Poincaré e del franco Germinal .....	»	864
<b>Collaboratori</b> .....	Pag.	865
<b>Indici annuali</b>		
Indice degli autori .....	Pag.	867
Indice sistematico .....	»	871
Indice cronologico .....	»	879

## L'interpretazione delle garanzie di pagamento nell'ambito dei contratti di costruzione di nave: garanzia «*see to it*» vs. «*demand guarantee*».

SOMMARIO: — 1. La qualificazione della garanzia: garanzia a prima richiesta oppure garanzia «*see to it*»? — 2. L'iter-logico-argomentativo seguito dalla Corte in primo grado — 2.1. Sulla natura giuridica della garanzia. La cosiddetta «*Paget's presumption*» — 2.2. La seconda questione: le circostanze in presenza delle quali il garante è «*entitled to withhold or defer payment*» — 3. La riforma della sentenza nel giudizio di appello — 4. Considerazioni conclusive.

1. *La qualificazione della garanzia: garanzia a prima richiesta oppure garanzia «see to it»?* — La sentenza che si annota affronta la questione della interpretazione delle garanzie di pagamento nei contratti di costruzione di nave <sup>(1)</sup>, consentendo di ricostruire i canoni dell'ermeneutica contrattuale utilizzati nell'ordinamento inglese <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Nel Regno Unito il contratto di costruzione di nave è tradizionalmente configurato come vendita di cosa futura. Sul punto, la *section 20(1)* del *Sale of Goods Act 1979* prevede quanto segue: «*Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether the delivery has been made or not*». In dottrina si vedano: F. LORENZON-A.C. VELASCO, *Shipbuilding, sale, finance and registration*, in Y. BAATZ (edited by), *Maritime Law*, Abingdon, Oxon, 2014, 68: «*a shipbuilding contract is one directed towards the regulation of a substantial and complex construction project involving the supply of workmanship and materials. The final product however – the ship – is not excluded from the definition of "goods" contained in the Sale of Goods Act and under English law the traditional view is that shipbuilding contracts are in fact agreements to sell future goods by description. This proposition however should be handled with care as it has been doubted twice by the House of Lords in more recent years*» (il riferimento è ai casi *Hyundai Heavy Industries Co v Papadopoulos* [1980] 2 Lloyd's Rep 1, e *Stocznia Gdanska SA v Latvian Shipping Co* [1998] 1 Lloyd's Rep 609). Si veda anche, B. SOYER-A. TETTENDORN (edited by), *Ship Building, Sale and Finance*, Abingdon, 2021, 80: «*Under English law, a shipbuilding contract is viewed as a contract for the sale of goods and, unless it is otherwise provided in the contract itself, the risk of loss of or damage to the ship during construction until delivery to the buyer is borne by the builder. The existence of a builders' risks cover provides peace of mind to the buyer who will operate in the knowledge that in the event of an unexpected casualty, the builder will secure adequate funds to repair the damage and keep the building contract on track*». Per un approfondimento della tematica si rinvia a: S. CURTIS-I. GAUNT-W. CECIL, *The Law of Shipbuilding Contracts*, Abingdon, 2020; A. MANDARAKA SHEPPARD, *Modern Maritime Law (Volume 2): Managing Risks and Liabilities*, London, 2013; A.S. BURROWS-E. MCKENDRICK-J. EDELMAN, *Cases and Materials on the Law of Restitution*, Oxford, 2007; M.G. BRIDGE, *The Sale of Goods*, Oxford, 1998; M. CLARKE, *In consideration of Building Ships*, in *LMCLQ*, 1981, 235; A. CLARKE, *Shipbuilding contracts*, London, 1992, 14. Si veda anche *Mc Dougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd* [1958] 1WLR 1126, «*it seems well settled by authority that, although a shipbuilding contract is, in form, a contract for the construction of the vessel, it is in law a contract for the sale of goods*». Per un'analisi della natura giuridica del contratto

La prima questione sottoposta alla Corte riguarda la natura della garanzia e, in particolare, se la stessa possa qualificarsi come una «*demand guarantee*»<sup>(3)</sup>, tale da rendere il garante obbligato al pagamento alla semplice

---

di costruzione di nave nel quadro normativo italiano, si rinvia a: P. ASCOLI, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Torino, 1923; F. BASSI, *Il contratto di costruzione di nave*, in *Dir. mar.*, 1947, 215; P. CELLE, *Cenni sull'acquisto della proprietà della nave in costruzione*, in *Dir. mar.*, 1998, 362-365; F. D'ORSI, *Ancora in tema di proprietà della nave in costruzione*, in *Dir. trasp.*, 1999, 593-596; M. GRIGOLI, *Ancora in merito all'acquisto della nave in costruzione*, in *Giust. civ.*, 1999, 874-876; M. MARESCA, *Passaggio della proprietà della nave in costruzione in caso di pagamenti del prezzo in base allo stato di avanzamento*, in *Dir. mar.*, 2003, 1364-1367; F. BERLINGIERI, *Costruzione di nave*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* (a cura di G. Visintini), II, Padova, 2009, 1007; M. CHIRCO, *La costruzione di nave (aspetti civilistici)*, in *Trattato breve di diritto marittimo* (a cura di A. Antonini), Milano, 2010, 9; V. CUCCU, *La rilevazione dei vizi e difetti di costruzione della nave consegnata ma custodita in cantiere*, in *Dir. trasp.*, 2018, 154; F. SICCARDI, *Costruzione di nave. La legge, i contratti, la prassi*, Milano, 2021.

(2) Si evidenzia come le parti abbiano previsto l'applicazione della legge inglese al contratto di garanzia («12. *This Letter of Guarantee shall be construed in accordance with and governed by the Laws of England*»).

(3) Le «*Demand guarantees*» sono «*essentially unconditional undertakings to pay a specified amount to a named beneficiary*» (G.M. ANDREWS-R. MILLET, *Law of Guarantees*, London, 2011, §16-001). Si qualificano come garanzie indipendenti dal contratto sottostante, emesse dal garante su indicazioni del cosiddetto *applicant*. In altre parole, «*under a demand guarantee the issuer assumes primary liability to pay on demand notwithstanding any dispute between the parties to the underlying contract*» (N. ENONCHONG, *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees*, Oxford, 2011, § 3.62). Per un approfondimento sul tema delle *demand guarantees*, si vedano: S.M. KIM, *Payment Methods and Finance for International Trade*, Singapore, 2020; K. MARXEN, *Demand guarantees in the construction industry. A comparative legal study of their use and abuse from a South African, English and German perspective*, Baden, 2018; M. DAVIS, *Refund Guarantees*, London, 2015; I. CARR-P. STONE, *International Trade Law*, London, 2014; J. CHUAH, *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, London, 2013; J. CHUAH, *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees*, in *Banking & Finance Law Review*, 1/2012, 161 ss.; A. GRATH, *The Handbook of International Trade and Finance. The Complete Guide to Risk Management, International Payments and Currency Management, Bonds and Guarantees, Credit Insurance and Trade Finance*, London, 2012; R.K. CHHINA, *Standby Letters of Credit in International Trade*, Alphen aan den Rijn, 2012; D. HOROWITZ, *Letters of Credit and Demand Guarantees: Defences to Payment*, Oxford, 2010; P. MÄNTYSAARI, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law. Volume II: Contracts in General*, Berlin, 2009; L. GORTON, *Payments and Financial Security – An Overview*, in *European Business Law Review*, 2007, 141-166; E.C. BULJEVICH-Y.S. PARK, *Project Financing and the International Financial Markets*, Berlin, 2007; N. ENONCHONG, *The Problem of Abusive Calls on Demand Guarantees*, in *LMCLQ*, I, 2007, 83-106; A. PIERCE, *Demand Guarantees in International Trade*, London, 1993; S. MACCARONE, *Le garanzie bancarie a prima richiesta e i provvedimenti del giudice italiano ex art. 700 c.p.c.*, in *Bollettino dell'associazione tecnica delle banche popolari*, 1983, 31; M. VALIGNANI, *L'intervento del giudice nei crediti documentari e nelle garanzie bancarie internazionali*,

richiesta del beneficiario («*effectively payable on demand*») <sup>(4)</sup> – a prescindere dal fatto che l'acquirente fosse tenuto al pagamento del *Final Instalment* ai sensi del contratto principale – o se invece sia da ricondurre al novero delle garanzie *see to it* o *surety guarantee* <sup>(5)</sup>, ovvero sia una garanzia in senso stretto ai sensi della legge inglese, accessoria al rapporto principale.

In altri termini, oggetto della decisione è se una particolare garanzia imponga semplicemente un obbligo secondario al garante di provvedere all'adempimento degli obblighi del debitore principale, o se, invece, sia fonte di un obbligo di pagamento autonomo del garante, indipendentemente dal previo accertamento dell'inadempimento del debitore principale.

La decisione della Corte pone in luce la complessità del dibattito circa l'effettiva distinzione tra le due figure di garanzia sopra richiamate e l'individuazione dei criteri di volta in volta individuati dalla giurisprudenza inglese ai fini dell'accertamento della reale intenzione dei contraenti, nell'ambito dei contratti di costruzione di nave <sup>(6)</sup>.

La *demand guarantee* <sup>(7)</sup> impone una *primary payment obligation* al garante, indipendentemente da qualsiasi contestazione relativa al rapporto

---

in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1981, II, 170 ss. La Camera di Commercio internazionale di Parigi (ICC) ha elaborato le *Uniform Rules for Demand Guarantees*, un complesso di regole contrattuali volte a creare uno standard internazionale applicabile alle *demand guarantees* ed armonizzare la pratica internazionale in materia. L'ultima edizione è rappresentata dalle URDG 758, in vigore dal 1° luglio 2010. Ai sensi dell'art. 5, URDG 758, «*a guarantee is by its nature independent of the underlying relationships and the application, and the guarantor is no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee. The undertaking of a guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defenses arising from any relationship other than a relationship between the guarantor and the beneficiary*». L'ICC ha anche elaborato la *Prassi Internazionale Uniforme per le Garanzie a Prima Richiesta*: si tratta di una raccolta di *best practice* internazionali relative alle garanzie a prima richiesta, che vanno ad integrare le URDG 758.

<sup>(4)</sup> *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Mongolian Government* [2005] WLR 2497.

<sup>(5)</sup> Anche «*conditional payment obligation*».

<sup>(6)</sup> È necessario distinguere tra *buyer's instalment guarantees* (rilasciate a garanzia dell'obbligo dell'acquirente di pagare le rate del prezzo, come la garanzia rilasciata nel caso di specie) e *refund guarantees*, volte a garantire l'obbligazione del costruttore di rimborsare i pagamenti corrisposti dall'acquirente prima della consegna della nave. Si tratta di garanzie – queste ultime – finalizzate a salvaguardare l'acquirente dal rischio di inadempimento o di insolvenza del costruttore. In relazione alle *refund guarantees* si segnala che, a giugno 2021, è stata pubblicata la nuova edizione del formulario BIMCO *Refund Guarantee for Shipbuilding Contracts*.

<sup>(7)</sup> Cfr. Art. 2 della UNCITRAL Convention (*United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit*), adottata dall'Assemblea Generale

principale, ma semplicemente contro presentazione di una richiesta di pagamento conforme alle istruzioni dell'*applicant* <sup>(8)</sup>, a meno che il garante non sia in grado di dimostrare che si è in presenza di una richiesta di escussione abusiva e fraudolenta <sup>(9)</sup>.

Si tratta di una garanzia caratterizzata dalla mancanza di accessorietà e, pertanto, indipendente rispetto al rapporto principale (rappresentato, nel caso di specie, dal contratto di costruzione di nave).

Ciò non impedisce, tuttavia, di riconoscere alla *demand guarantee* natura causale, più precisamente una funzione indennitaria, a fronte di un rischio di parziale o totale inadempimento del debitore <sup>(10)</sup>.

---

l'11 dicembre 1995: «*For the purposes of this Convention, an undertaking is an independent commitment, known in international practice as an independent guarantee or as a stand-by letter of credit, given by a bank or other institution or person ("guarantor/ issuer") to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or on account of any mature indebtedness undertaken by the principal/applicant or another person*». Si tratta del c.d. *Garantievertrag* secondo la terminologia tedesca.

<sup>(8)</sup> Sulla interpretazione in merito alla conformità della domanda di escussione si vedano: *Sea Cargo Skips AS v State Bank of India*, 2013, EWHC 177 (Comm); *MUR Joint Ventures BV v Compagnie Monegasque De Banque*, 2016, EWHC 3107 (Comm).

<sup>(9)</sup> È la c.d. eccezione di frode. Con riferimento alle lettere di credito (che presentano numerosi punti di contatto con le *demand guarantees*: cfr. al riguardo: *Edward Owen Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd*, 1978, Q.B. 159, 171, *Meritz Fire and Marine Insurance Co Ltd v Jan de Nul NV*, 2011, 1 All ER (Comm) 1049 at [70], *WS Tankship II BV v Kwangju Bank Ltd*, 2011, EWHC 3103 (Comm) al punto [111], *Spleithoff's Bevrachtungskantoor BV v Bank of China Ltd*, 2015, 2 Lloyd's Rep. 123 [69]), le corti inglesi hanno adottato «*a relatively rigid and narrow approach towards the application of the fraud rule, requiring a high standard of proof of fraud: "clear", "obvious" or "established" fraud known to the issuer*» (G. XIANG-R. P. BUCKLEY, *A comparative analysis of the standard of fraud required under the fraud rule in letter of credit law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2003, 293).

<sup>(10)</sup> Nell'ambito del nostro ordinamento, è proprio nella causa che si apprezza il distacco del contratto autonomo di garanzia con il contratto di fideiussione, volto quest'ultimo a garantire al beneficiario l'esatto adempimento della prestazione dedotta nel rapporto principale. Sulla differenza tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia si vedano: G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 1045 ss.; G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, 169 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982 (a cura di g.b. Portale), 171 ss. G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, in G. IUDICA-P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, 778-780. In giurisprudenza si vedano: Cass. 21 gennaio 2020 n. 1186; Trib. Pordenone, 11 giugno 2021, n. 408 («la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto

Dalla *demand guarantee* si distingue la garanzia «*see to it*»<sup>(11)</sup> o *surety guarantee* che, essendo soggetta al principio di *co-extensiveness*, fa sorgere in capo al garante un obbligo di pagamento condizionato all'effettivo inadempimento del debitore principale, e che si pone, pertanto, come una garanzia accessoria al (o dipendente dal) contratto sottostante<sup>(12)</sup>.

La qualificazione di detta garanzia quale «*see to it*» *guarantee* è da ricondursi alle parole di Lord Diplock nel caso *Moschi v Lep Air Services Ltd*<sup>(13)</sup>, il quale aveva definito la natura dell'obbligazione del garante «*to see to it that the debtor performed its own obligation to the creditor*».

2. *L'iter-logico-argomentativo seguito dalla Corte in primo grado* — Nel giudizio di primo grado, la Corte, al fine di individuare la natura giuridica della garanzia, ha effettuato una compiuta analisi della formulazione letterale delle clausole del contratto.

In particolare, la Clausola 1 della garanzia prevedeva: «*1. In consideration of [the Builder] entering into [the Contract] with [the Buyer] ... for the construction of [the Vessel], [the Guarantor] hereby IRREVOCABLY, ABSOLUTELY and UNCONDITIONALLY guarantee[s] in accordance with the terms hereof, as the primary obligor and not merely as the surety, the due and punctual payment by [the Buyer] of the Final [I]nstalment of the Contract Price amounting to ... US\$170,000,000 ...*».

Inoltre, ai sensi della clausola 3: «*[the Guarantor] also IRREVOCABLY, ABSOLUTELY and UNCONDITIONALLY guarantee[s], as primary obligor and not merely as surety, the due and punctual payment by [the Buyer] of interest of the Final Instalment [...]*».

La Corte ha riconosciuto la difficoltà esistente, in generale, nel distinguere una garanzia a prima richiesta da una garanzia *see to it*, a causa del

---

ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore»).

(11) È stato descritto nel caso *Moschi v Lep Air Services Ltd*, 1973, AC 331, 347.

(12) Cfr. B. SOYER-A. TETTENBORN (edited by), *Ship Building, Sale and Finance*, Abingdon, Oxon, 2016, 72.

(13) [1973] AC 331, 348.

profuso impiego di clausole simili in entrambe le tipologie di garanzia sopra delineate, la cui formulazione risulta spesso ambigua.

In particolare, secondo la Corte, nel caso specifico le clausole 1 e 3 della garanzia sarebbero indicative di un'obbligazione primaria in capo al garante («*are indicative of a primary obligation on the part of the Guarantor*») (14), pur riconoscendo che i termini ivi impegnati sono spesso utilizzati nelle garanzie di ogni genere. Pertanto, la formulazione delle suddette clausole, ad avviso della Corte, non può ritenersi determinante nell'individuazione della natura della garanzia (15).

Le disposizioni più significative, a giudizio della Corte di primo grado, si rinvencono nella clausola 4 della garanzia, laddove si prevede che «*upon receipt by us of your first written demand, we shall immediately pay to you or your assignee all unpaid Final Instalment*».

La difesa del costruttore poneva l'accento sul fatto che la suddetta clausola non richiedesse, al fine di escutere la garanzia, alcuna previa azione o procedura da parte del costruttore nei confronti dell'acquirente, ma solo una richiesta di escussione conforme al testo della garanzia, indipendentemente da ogni contestazione relativa all'adempimento delle obbligazioni di cui al contratto sottostante.

Tuttavia, secondo la Corte, i termini utilizzati nella garanzia («*[...] upon receipt by us of your first written demand, we shall immediately pay to you or your assignee all unpaid Final Instalment [...]*») (16) non possono essere letti in maniera isolata e, pertanto, non possono ritenersi determinanti ai fini della qualificazione della garanzia quale *demand guarantee*.

La Corte ha, invece, attribuito significativo rilievo al contenuto della clausola 4, secondo la quale l'obbligo di pagamento in capo al garante nasce solo «*[i]n the event that [the Buyer] fails to punctually pay the Final Instalment guaranteed hereunder in accordance with the Contract or [the Buyer] fails to pay any interest thereon, and any such default continues for a period of fifteen (15) days*» (17).

Inoltre, la Corte di primo grado ha precisato che la clausola 7 della garanzia prevede che gli obblighi del garante non vengano meno in caso di

---

(14) Paragrafo 18 della decisione di primo grado [2020] EWHC 803 (Comm).

(15) Sul punto, la Corte ha rinviato a quanto statuito da *Blair J* nel caso *Panama (Autoridad del Canal de Panama v Sacyr CA, 2017, EWHC 2228, Ch)*: «*what the instrument is labelled, the incorporation of terms such as a principal debtor clause, or terms imposing primary liability, both of which are very common in guarantees of all kinds, and the use of words such as «on demand», may be of limited value in determining its legal nature*» [...] *to say that someone is primarily liable begs the question of the content of that primary liability*» (paragrafo 18 della decisione di primo grado [2020] EWHC 803 (Comm)).

(16) Clausola 4 della garanzia.

(17) Si veda il punto 18 della sentenza di primo grado [2020] EWHC 803 (Comm).

controversia tra il costruttore e l'acquirente ai sensi del contratto di costruzione («*shall not be affected or prejudiced by (a) any dispute between ...the Builder and [the Buyer] under the Contract*»). Questa disposizione, secondo la Corte, va letta in combinato disposto con la clausola 4, la quale recita quanto segue:

«*In the event that there exists dispute between [the Buyer] and the Builder as to whether:*

(i). [The Buyer] is liable to pay to the Builder the Final Instalment; and

(ii) *The Builder is entitled to claim the Final Instalment from [the Buyer], and such dispute is submitted either by the [the Buyer] or by [the Builder] for arbitration in accordance with Clause 17 of the Contract, [the Guarantor] shall be entitled to withhold and defer payment until the arbitration award is published. [The Guarantor] shall not be obliged to make any payment to [the Builder] unless the arbitration award order [the Buyer] to pay Final Instalment. If [the Buyer] fails to honour the award, then [the Guarantor] shall pay you to the extent the arbitration award orders*».

Secondo la Corte di primo grado, pur ammettendosi l'esistenza di un conflitto tra le clausole 4 e 7, l'incongruenza tra le due disposizioni contrattuali andrebbe risolta considerando la clausola 7 come disposizione applicabile a qualsiasi controversia tra il costruttore e l'acquirente derivante dal contratto di costruzione di nave, circoscrivendo, invece, il campo di applicazione della clausola 4 alle sole controversie relative al pagamento del *final instalment* («*as to whether (i) [the buyer] is liable to pay to the builder the final instalment; and (ii) the builder is entitled to claim the final instalment from [the buyer]*» ... «*is submitted either by [the buyer] or by [the builder] for arbitration in accordance with Clause 17 of the shipbuilding contract*»).

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto che questa parte della clausola 4 non fosse determinante ai fini della qualificazione della garanzia.

2.1. *Sulla natura giuridica della garanzia. La cosiddetta «Paget's presumption»* — Data l'importanza del linguaggio complessivo della garanzia, nell'iter logico-argomentativo seguito dalla Corte in primo grado, è stata attribuita rilevanza all'orientamento adottato dalla giurisprudenza inglese nel caso *Wuhan Guoyo Logistics Group v Emporiki Bank of Greece SA* <sup>(18)</sup>, in cui la garanzia era stata interpretata quale *demand guarantee* secondo i criteri espressi nella cosiddetta «*Paget's presumption*» di cui al *textbook Paget's Law of Banking* (11<sup>th</sup> edition) <sup>(19)</sup>.

In particolare, la «*Paget's presumption*» identifica quattro requisiti in presenza dei quali vige una presunzione in favore della qualificazione della

---

<sup>(18)</sup> [2014] CILL 3460, [2013] EWCA Civ 1679, [2014] BLR 119, [2014] 1 *Lloyd's Rep* 273.

<sup>(19)</sup> M. HAPGOOD (edited by), *Paget's Law of Banking*, 11<sup>th</sup> Edition, London, 1996.



garanzia quale *demand guarantee*: «where an instrument (i) relates to an underlying transaction <sup>(20)</sup> between the parties in different jurisdictions, (ii) is issued by a bank <sup>(21)</sup>, (iii) contains an undertaking to pay “on demand” (with or without the words “first” and/or “written”) and (iv) does not contain clauses excluding or limiting the defences available to a guarantor» <sup>(22)</sup>.

Con riferimento ai suddetti requisiti, la Corte di primo grado si è concentrata prevalentemente sulla condizione (ii) della *Paget’s presumption*, osservando che, ai sensi della più recente edizione del *Paget textbook* <sup>(23)</sup>, nel caso in cui la garanzia non sia emessa da banca o altro istituto finanziario «*cogent indications that the instrument was intended to operate as a demand guarantee will be required*».

Nel caso di specie, il giudice di prima istanza ha escluso la sussistenza della condizione (ii) del *Paget test*, posto che la garanzia non era stata emessa né da una banca, né da un istituto finanziario, e ha ritenuto che la presenza degli altri tre fattori enunciati nella *Paget’s presumption* non costituissero «*a powerful combination*» ai fini della qualificazione della garanzia come *demand guarantee*.

Alla luce delle sopra esposte considerazioni, il giudice di primo grado, «*having considered the rival arguments on the terms of the Guarantee, [...] concluded that “the language of the Guarantee does not make the grade of a demand guarantee without the help of a presumption and ... no presumption is successfully engaged*».

In prima istanza, dunque, la Corte ha ritenuto che non sussistessero le condizioni di cui alla *Paget’s Presumption*, qualificando, pertanto, il contratto quale garanzia *see to it*.

---

<sup>(20)</sup> Al riguardo, preme evidenziare che il riferimento al contratto sottostante non rappresenta un elemento determinante per qualificare la garanzia. È importante, infatti, che la garanzia identifichi il rapporto sottostante a cui si riferisce, in particolare nei casi in cui vi siano due o più operazioni commerciali tra richiedente e beneficiario e siano rilasciate garanzie diverse. Si veda sul punto G. AFFAKI-R. GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, cit., 254: «*The inclusion of a reference to the underlying transaction in the guarantee does not make the guarantee a suretyship guarantee, as is sometimes assumed, since it remains the case that payment is to be made against documents and is not geared to the applicant’s actual default*». L’art. 8 (*Content of instructions and guarantees*) delle URDG prevede che ogni garanzia debba contenere, *inter alia*, «*a reference number or other information identifying the underlying transaction*» tra il richiedente e il beneficiario su cui la garanzia è basata.

<sup>(21)</sup> Nell’ultima edizione del predetto *textbook*, J. ODGERS, *Paget’s Law of Banking*, 15<sup>th</sup> Edition, London, 2018, at 35.8, sono state aggiunte le seguenti parole: «*or other financial institution*».

<sup>(22)</sup> J. ODGERS (edited by), *Paget’s Law of Banking*, 11<sup>th</sup> edition, nella sezione rubricata «*Contract of Suretyship v. demand guarantee*».

<sup>(23)</sup> J. ODGERS, *Paget’s Law of Banking*, cit.

2.2. *La seconda questione: le circostanze in presenza delle quali il garante è «entitled to withhold or defer payment»* — La Corte di primo grado ha, altresì, dovuto verificare se, in caso di procedura arbitrale pendente tra il costruttore e l'acquirente, fosse determinante, ai sensi e per gli effetti della clausola 4 della garanzia, il momento di avvio di detto arbitrato (se prima o dopo la richiesta di escussione della garanzia), ai fini del rifiuto del garante di procedere al pagamento.

Secondo la tesi dell'attore/costruttore, ai sensi della Clausola 4 del contratto di garanzia, il garante sarebbe stato esonerato dall'obbligo di pagamento solo in caso di avvio della procedura arbitrale precedente alla domanda di escussione della garanzia.

In particolare, secondo la difesa attorea, questa sarebbe stata l'unica interpretazione possibile della suddetta disposizione, perché altrimenti il garante avrebbe potuto avviare strumentalmente la procedura di arbitrato (*«engineer the commencement of arbitration under the Contract»*)<sup>(24)</sup> al fine di bloccare il pagamento fino alla pubblicazione del lodo.

Tuttavia, la Corte in primo grado non ha ritenuto di aderire alle argomentazioni del costruttore, non ravvisando nel testo della garanzia alcun elemento che corroborasse la tesi di circoscrivere il rifiuto del garante di effettuare il pagamento all'ipotesi in cui l'arbitrato fosse stato iniziato prima della formulazione della domanda di pagamento.

La Corte ha, dunque, riconosciuto il diritto del garante di rifiutare il pagamento ai sensi della clausola 4 fino all'emissione del lodo arbitrale e ciò indipendentemente dal momento dell'avvio della procedura di arbitrato<sup>(25)</sup>.

3. *La riforma della sentenza nel giudizio di appello* — La *Court of Appeal (Civil Division)*, nel processo ermeneutico volto ad individuare la natura della garanzia, evidenzia la necessità di far leva sulla formulazione letterale delle clausole del regolamento contrattuale<sup>(26)</sup>, tenuto conto delle circo-

---

(24) Cfr. punto 38 della sentenza in commento.

(25) La Corte rileva che: *«in respect of a dispute as to the Buyer's liability to pay and the Builder's entitlement to claim the final statement»* (section 46 of the judgment).

(26) *Wuhan Guoyu Logistics Group Co Ltd & Anor v Emporiki Bank of Greece SA* [2012] ECWA Civ 1629, [25]. La garanzia prevedeva, *inter alia*, quanto segue: (1) *«In consideration of your entering into a Shipbuilding Contract dated 29th November 2006 [...] for the construction of one (1) 57,000 Metric Tons Deadweight OEC known as Hull No. GY404, we, Emporiki Bank of Greece SA, hereby irrevocably, absolutely and unconditionally guarantee, as the primary obligor and not merely as the surety, the due and punctual payment by the Buyer of the 2nd instalment of the Contract Price amounting to a total sum of United States Dollars 10,312,500.00... (4) In the event that the Buyer fails to punctually pay the second Instalment guaranteed hereunder... and any such default continues for a period of twenty (20) days, then, upon receipt by us of your first*

stanze del caso di specie e conferendo alla garanzia un significato aderente al *commercial context* nel quale la stessa si iscrive <sup>(27)</sup>.

Con specifico riferimento al contesto nel quale si inserisce la garanzia, la Corte di secondo grado rileva come nell'ambito dei contratti di costruzione di nave sia essenziale per lo *shipbuilder* ricevere adeguati strumenti di garanzia contro il rischio di inadempimento avversario.

Le considerazioni svolte dalla Corte vertono sul fatto che «*ownership of ships is often vested in companies with no other business or assets, which are incorporated in jurisdictions which offer not only tax advantages but secrecy as to beneficial ownership of so called 'one ship companies'*» e che «*Shipbuilding contracts are often made with such special purpose vehicles, who during construction are 'no ship companies', with no assets other than the shipbuilding contract itself, the benefit of which may be mortgaged to the person financing the purchase, and beneficial ownership of which may change hands without the knowledge of the shipbuilder*» <sup>(28)</sup>.

Alla luce di quanto sopra esposto, la *Court of Appeal* ritiene che il contratto di costruzione di nave sia «*a paradigm example of cases in which one party, the shipbuilder, needs protection from counterparty risk*» <sup>(29)</sup>.

Con riferimento alla natura del garante, i giudici ritengono detta circostanza irrilevante ai fini della qualificazione della garanzia: il fatto che la garanzia, nel caso di specie, non sia stata rilasciata da un soggetto indipendente, quale una banca, bensì da una società controllante dell'acquirente, risulta essere una circostanza priva di rilevanza <sup>(30)</sup>.

---

*written demand stating that the Buyer has been in default of the payment obligation for twenty (20) days, we shall immediately pay to you or your assignee the unpaid 2nd Instalment..., without requesting you to take any or further action, procedure or step against the Buyer... (7) Our obligations under this Guarantee shall not be affected or prejudiced by any disputes between you as the Seller and the Buyer under the Shipbuilding Contract or by the Seller's delay in the construction and/or delivery of the Vessel due to whatever causes or by any variation or extension of the terms thereof... or by any invalidity or unenforceability of the terms thereof, or by any act, omission, fact or circumstances whatsoever, which could or might, but for the foregoing, diminish in any way our obligations under this Guarantee". "Where an instrument (i) relates to an underlying transaction between the parties in different jurisdictions, (ii) is issued by a Bank, (iii) contains an undertaking to pay «on demand» ... and (iv) does not contain clauses excluding or limiting the defences available to a guarantor, it will almost always be construed as a demand guarantee... In construing guarantees it must be remembered that a demand guarantee can hardly avoid making reference to the obligation for whose performance the guarantee is security».*

<sup>(27)</sup> Secondo la Corte il rilievo della formulazione letterale delle clausole contrattuali va verificato alla luce del «*commercial context in which they are used*». Si veda anche il caso *Gold Coast Ltd v Caja de Ahorros*, 2002, 1 Lloyd's Rep 617.

<sup>(28)</sup> Sentenza annotata, punto 27.

<sup>(29)</sup> *Ibidem*.

<sup>(30)</sup> Ad avallare quanto esposto in merito alla natura del soggetto garante, la Corte rileva come le garanzie autonome possano essere rilasciate anche al di fuori del

In altri termini, secondo la Corte, non rappresenta una circostanza dirimente la natura del soggetto emittente (banca o società controllante del debitore principale), quantomeno nello specifico contesto dei contratti di costruzione di nave, essendo piuttosto rilevante l'immagine e la reputazione professionale del soggetto che rilascia la garanzia («*What matters for the purposes of counterparty risk is not the nature of the business carried on by the guarantor as such, whether banking, other financial business or commercial trading activity. It is simply the commercial and financial strength and probity of the guarantor*»<sup>(31)</sup>).

La Corte di seconda istanza, nell'accertamento della natura della garanzia quale *see to it* o *demand guarantee*<sup>(32)</sup>, ritiene che «*in any event, the primary focus must always remain on the words used by the parties in their context*».

Sembrirebbe trattarsi della c.d. *parol evidence rule*<sup>(33)</sup>, sovente utilizzata dalla giurisprudenza di *common law*, corrispondente al nostro brocardo «*in claris non fit interpretatio*», il quale, come noto, vieta al giudice di ricorrere ad ulteriori strumenti ermeneutici qualora, all'esito del procedimento interpretativo, emerga con chiarezza e univocità – dai termini usati dalle parti – l'intenzione dei contraenti<sup>(34)</sup>.

---

contesto bancario, come nel caso *Hyundai Shipbuilding and Heavy Industries Co Ltd v Pournaras* ([1978] 2 Lloyd's Rep 502). Inoltre, aggiunge che nei casi *Wuhan* (già citato) e *Splithoff's BV v Bank of China Ltd* ([2016] 1 All ER (Comm) 1034), «*the guarantor was a bank, but it ought not to make any difference if the wording is the same*» e che, pertanto «*if a non-bank gives a guarantee adopting a form of wording which, if given by a bank, would be a demand guarantee, I do not see how it can mean something different from an identical instrument if issued by a bank*» (sentenza annotata, punto 31).

(31) Sentenza annotata, punto 29.

(32) La Corte afferma che «*Demand guarantees therefore necessarily have to make reference to the obligations for which they provide security*», richiamando al riguardo il paragrafo 35.8 della *Paget's Law of Banking 15th edn.* (2018), nella sezione rubricata «*contract of suretyship v demand guarantee*», ai sensi del quale: «*In construing guarantees it must be remembered that a demand guarantee can hardly avoid making reference to the obligation for whose performance the guarantee is security. A bare promise to pay on demand without any reference to the principal's obligation would leave the principal even more exposed in the event of a fraudulent demand because there would be room for argument as to which obligations were being secured*» (sentenza annotata, punto 25).

(33) Si veda A.L. CORBIN, *The parol evidence rule*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 53, 1944, no. 4, 603-663.

(34) Cfr. Cass. civ., Sez. III, 9 dicembre 2014, n. 25840: «La 'chiarezza' che preclude ogni altra indagine interpretativa non è una chiarezza lessicale in sé e per sé considerata, avulsa dalla considerazione della comune volontà delle parti. Al contrario, la chiarezza che preclude qualsiasi approfondimento interpretativo del testo contrattuale è la chiarezza delle intenzioni dei contraenti (principio ripetutamente affermato da questa Corte, a partire da Sez. L, Sentenza n. 866 del 08/03/1975, Rv. 374242)».

A tal fine, la Corte ritiene dirimenti le seguenti previsioni contrattuali: a) «*The capitalised words 'ABSOLUTELY and UNCONDITIONALLY'*» nelle clausole 1 e 3, che, secondo i giudici, lasciano intendere ad un *businessman* che l'obbligazione del garante prescinde dal previo accertamento della responsabilità dell'acquirente; b) le seguenti parole nella clausola 1: «*[as primary obligor] and not merely as the surety*»; c) l'espressione contenuta nella clausola 4 «*that trigger the obligation 'upon receipt by us of your first written demand'*»; d) le seguenti parole nella clausola 4 «*[upon receipt by us of your first written demand] we shall immediately pay to you...*»; e) la clausola 7(a), che prevede espressamente che «*obligations on the Guarantor are to be unaffected by any dispute under the Building Contract*».

Inoltre, richiamando il caso *Wuhan*, la Corte di secondo grado sottolinea l'importanza delle parole di Longmore LJ: «*everything must in the end depend upon the words actually used by the parties*»<sup>(35)</sup>, sottolineando come «*if resort is to be had to presumptions at all, the utility of which I would respectfully doubt at least outside the classic context of performance bonds, they should, in my view, be confined to circumstances where all the stated conditions are fulfilled*».

La Corte di appello, dunque, in riforma della sentenza impugnata, qualifica la garanzia quale *demand guarantee*, ritenendo dirimente in tal senso la formulazione letterale del testo contrattuale, e accogliendo, così, l'istanza del costruttore.

Anche in relazione alla seconda *preliminary issue*, la *Court of Appeal* rigetta l'approccio accolto dal giudice di primo grado.

In particolare, i giudici di seconda istanza ritengono che lo scopo della clausola 4 sia quello di delineare le circostanze in cui «*the demand guarantee ceases to be payable on demand and becomes payable against an award*», che, nel caso di specie, consistono nell'avvio di una procedura arbitrale prima che la domanda di escussione della garanzia venga formulata (in maniera conforme ai termini e alle condizioni della garanzia), non essendo sufficiente la mera sussistenza di una controversia tra le parti<sup>(36)</sup>.

Pertanto, secondo i giudici di secondo grado, solo in presenza di una procedura arbitrale esperita prima della domanda di escussione il garante è «*entitled to withhold or defer payment*»<sup>(37)</sup>.

---

(35) Il caso *Wuhan*, cit., punto [25].

(36) Sentenza annotata, punto 54 («*it requires not only that there is a dispute but also that the dispute "is submitted" to arbitration. If an accrued right to payment has arisen at the date of demand, there is nothing in the clause to suggest that it is thereafter suspended, or if enforced that there is a right of repayment pending the award*»).

(37) Circa la seconda questione sottoposta alla Corte, occorre sottolineare come la dottrina abbia evidenziato che anche se la garanzia «*takes the form of a demand bond or standby letter of credit, it does not necessarily follow that the guarantor must pay im-*

Sulla base di dette considerazioni, la Corte d'appello rigetta le argomentazioni della difesa dell'acquirente (secondo cui «*the existence of a dispute alone prevented the sum being payable on demand*») (38) e riforma la sentenza impugnata.

4. *Considerazioni conclusive* — L'analisi che precede mostra le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza inglese nel determinare se una particolare garanzia di pagamento, emessa in relazione ad un contratto di costruzione di nave, imponga semplicemente un obbligo secondario al garante di provvedere all'adempimento degli obblighi del debitore principale, o se, invece, sia fonte di un obbligo di pagamento autonomo del garante, indipendentemente dal previo accertamento dell'inadempimento del debitore principale. La pronuncia in rassegna risulta di particolare interesse perché pone in luce diversi profili in tema di ermeneutica contrattuale suscettibili, con riferimento alla problematica in esame, di assumere rilievo di fronte alle corti inglesi: la portata della c.d. *Paget's Presumption*, il rilievo da attribuirsi alla formulazione letterale del regolamento contrattuale, nonché il significato delle parole utilizzate dai contraenti in conformità al «*business common sense*» (39).

---

*mediately upon receipt of a valid demand [...]. In particular, the guarantor's obligation to pay will often be deferred for a specified grace period*» (B. SOYER-A. TETTENBORN (edited by), *Ship Building, Sale and Finance*, cit., 73.) Pertanto, se per la risoluzione di una controversia relativa al contratto di costruzione di nave, è stata avviata una procedura arbitrale «*within that period [a specified grace period], the guarantor's obligation is then suspended pending the outcome of the arbitration*» ( ), senza che ciò possa inficiare la qualificazione della garanzia come *demand guarantee*.

(38) La Corte sul punto afferma che «*If Ms O'Sullivan [la difesa dell'acquirente] were right, the on demand obligation would be suspended indefinitely by the existence of a dispute, and that would occur in every case of non-payment of the delivery instalment because, on her argument, "dispute" here means an arbitrable dispute which exists merely by reason of non-performance of the payment obligation. If the buyer is not prepared to put its money where its mouth is in commencing an arbitration, there seems no reason why the proviso should in effect place an obligation on the Builder to do so at risk of irrecoverable cost against a no ship company, and there is nothing in the language of the proviso to justify such a conclusion. On the other hand the parties could reasonably expect that the Guarantor would be in a position to procure the commencement of an arbitration by the special purpose vehicle it had proffered to be the buyer*» (punto 56 della sentenza annotata).

(39) Cfr. *Rainy Sky SA & Ors v Kookmin Bank* [2011] UKSC 50 (il testo della sentenza è disponibile al link <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0127-judgment.pdf>), in cui la Corte ribadisce che lo scopo ultimo dell'interpretazione di una clausola contrattuale è quello di accertare cosa intendessero le parti con il linguaggio utilizzato, sulla base di ciò che una persona ragionevole avrebbe inteso, e che i tribunali possono adottare l'interpretazione risultante maggiormente conforme al

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di appello nel qualificare la garanzia come *demand guarantee* appaiono, in effetti, condivisibili.

In particolare, nel processo ermeneutico complessivo volto alla qualificazione della garanzia, la *Court of Appeal* sembra aver tenuto in debita considerazione la formulazione letterale delle clausole della garanzia, valutandone in concreto la rilevanza in funzione della incidenza dell'operazione economica realizzata sulle posizioni sostanziali delle parti.

I giudici di secondo grado, dando assoluta priorità all'elemento letterale, hanno ritenuto dirimente l'espressione «*we Irrevocably, Absolutely and Unconditionally guarantee [...] as the primary obligor*» di cui alle clausole 1 e 3, che risulta fortemente indicativa della qualificazione della garanzia come *demand guarantee* <sup>(40)</sup>.

Ulteriori elementi a favore della esclusione di una garanzia di tipo accessorio sono ravvisabili nella clausola 1, che conferma l'impegno assunto dal garante di pagare «*as the primary obligor and not merely as the surety*».

A sostegno delle conclusioni cui è giunta la Corte di seconda istanza, preme, altresì, rilevare che, ai fini del pagamento, la clausola 11 esclude ogni «*right of objection*», *rectius* «*any set-off or counterclaim and without deduction or withholding*».

Questa previsione appare indicativa della riconducibilità della garanzia alle *demand guarantees*, non consentendo al garante di sollevare, nei confronti del creditore/beneficiario, eccezioni relative al rapporto garantito, in ragione dell'assenza dell'accessorietà <sup>(41)</sup>, ad esclusione della c.d. *exceptio*

---

«*commercial common sense*» (punto [21]: «*The language used by the parties will often have more than one potential meaning. I would accept the submission made on behalf of the appellants that the exercise of construction is essentially one unitary exercise in which the court must consider the language used and ascertain what a reasonable person, that is a person who has all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract, would have understood the parties to have meant. In doing so, the court must have regard to all the relevant surrounding circumstances. If there are two possible constructions, the court is entitled to prefer the construction which is consistent with business common sense and to reject the other*»). La sentenza è stata commentata da L. MASON, *The Role of 'Business Common Sense' in the Construction of Commercial Contracts*, in *Business Law Review*, Issue 2, 2012, 32-33. In senso analogo si vedano anche: *Pink Floyd Music Ltd v EMI Records Ltd* [2011] 1 WLR 770; *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896; *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] 1 AC 1101; *Mannai Investment Co Ltd v EagleStar Life Assurance Co Ltd* [1997] AC 749; *International Fina Services AG v Katrina Shipping Ltd, The Fina Samco* [1995] 2 Lloyd's Rep. 344.

<sup>(40)</sup> Prendendo in considerazione «*what a reasonable person having all the background knowledge which would have been available to the parties would have understood them to be using the language in the contract to mean*» (Lord Hoffman in *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 38, al punto [14]).

<sup>(41)</sup> Cfr. B. SOYER-A. TETTENBORN (edited by), *Ship Building, Sale and Finance*, cit., 356. La dottrina italiana ha evidenziato che il contratto autonomo di garanzia ha

*doli*, formulabile laddove la richiesta di pagamento risulti *prima facie* abusiva o fraudolenta.

Sulla base di quanto sopra esposto, la formulazione delle clausole contrattuali sembra chiara nel porre in capo al garante una obbligazione primaria, portando alla qualificazione della garanzia quale *demand guarantee*.

Parimenti condivisibili appaiono le considerazioni svolte dalla Corte di appello in merito alla irrilevanza della natura del garante ai fini della qualificazione della garanzia. Al riguardo, si segnala come ad identica conclusione si sia pervenuti nel recente caso *Rubicon Vantage International Pte Ltd v. Krisenergy Ltd* <sup>(42)</sup>, relativo ad una garanzia rilasciata in relazione ad un *bareboat charter*. Anche in detta occasione è stata rigettata la tesi secondo cui la circostanza che il garante non fosse una banca sollevasse «*any form of presumption of construction that the on-demand obligation it undertook is to be construed narrowly rather than broadly*» <sup>(43)</sup>.

La Corte di appello, nella pronuncia annotata, sembra aver adottato il medesimo approccio accolto nel caso *Rubicon Vantage*, ove è stato affermato che «*the correct approach in determining the extent of the on-demand obligation in this Guarantee is to begin simply by considering the words the parties chose to use to record their agreement, free from any antecedent presumption as to what meaning they are likely to have, or as towards a wide or narrow construction*» <sup>(44)</sup>.

La Corte di appello, nel procedimento ermeneutico complessivo, ha avuto, altresì, riguardo agli effetti che le clausole della garanzia risultano destinate a produrre nei confronti dei soggetti coinvolti nella vicenda, valorizzando a tal fine lo specifico contesto commerciale in cui si inserisce la garanzia.

In particolare, con riferimento al settore commerciale in cui si iscrive la Garanzia oggetto di interpretazione, la Corte ha posto in luce la necessità dello *shipbuilder* di ricevere adeguati strumenti per la corretta tutela del suo interesse sostanziale <sup>(45)</sup>.

---

«la funzione di assicurare al beneficiario il versamento della somma garantita senza possibilità alcuna per il garante di avanzare eccezioni attinenti al rapporto sottostante tra beneficiario e debitore garantito» (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 1320). Cfr. altresì, D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti - artt. 1470-1547*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 540. Cfr., altresì, G.A. MICHELI, *Problemi attuali del credito documentario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1959, I, 338; A. ASQUINI, *Scritti giuridici*, Padova, 1962, I, 210; S. FIORENTINO, voce *Apertura di credito confermata*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 679.

<sup>(42)</sup> *Rubicon Vantage International Pte Ltd v KrisEnergy Ltd* (The “Rubicon Vantage”) [2019] EWHC 2012 (Comm).

<sup>(43)</sup> Cfr. *Rubicon Vantage International Pte Ltd v. Krisenergy Ltd*, cit., punto [18].

<sup>(44)</sup> *Ibidem*.

<sup>(45)</sup> Sentenza annotata, punto 27.



Dal punto di vista del beneficiario della garanzia, preme sul punto rilevare come i formulari internazionali di contratto di costruzione di nave maggiormente in uso nella prassi contrattuale prevedano che la proprietà della nave resti in capo al costruttore fino alla consegna del bene <sup>(46)</sup>. Solo alcuni, invece, indicano che l'effetto traslativo della proprietà della *res nova* si realizzi in maniera progressiva, man mano che la nave viene costruita (*as security for instalments paid*) e nella misura di corresponsione delle rate del prezzo da parte dell'acquirente <sup>(47)</sup>, fatta salva diversa specifica pattuizione contrattuale <sup>(48)</sup>.

Nell'ambito dell'ordinamento inglese <sup>(49)</sup>, pur in presenza di «*a shipbuilder's lien for the unpaid price of a ship or a shiprepairer's lien for the cost*» <sup>(50)</sup>, occorre considerare che, al momento fissato per la consegna, la nave potrebbe avere un valore inferiore al prezzo contrattuale <sup>(51)</sup> a causa di potenziali fluttuazioni del valore di mercato del bene <sup>(52)</sup>.

In tale prospettiva, le *demand guarantees* costituiscono senza dubbio un valido rimedio a tutela degli interessi del costruttore, soprattutto quando la nave è costruita per il «*single purpose*» dell'acquirente e, di conseguenza, l'esposizione creditizia del costruttore risulta essere particolarmente signifi-

---

<sup>(46)</sup> F. SICCARDI, *op. cit.*, 45; S. CURTIS, *The Law of Shipbuilding Contracts*, Abingdon, 2013, 138.

<sup>(47)</sup> Si tratta di una delle ipotesi contemplate dal formulario AWES (*Association of West European Shipbuilders*). Cfr. F. SICCARDI, *op. cit.*, 123.

<sup>(48)</sup> È stato sottolineato come sia sempre più frequente che i contratti di costruzione navale prevedano il passaggio progressivo della proprietà al pagamento delle rate del prezzo contrattuale. Cfr. R. COLES-F. LORENZON, *Law of Yachts & Yachting*, London, 2013, 12: «*in traditional shipbuilding contracts the practice used to be that title would pass only on delivery; but in recent years, due to the difficult economic conditions, the practice of allowing progressive passage of property over a period of time has become the preferred option*». I formulari più usati sono i seguenti: *Shipbuilders' Association of Japan standard contract* («SAJ Form»); *China Maritime Arbitration Commission's Standard Shipbuilding Contract*; *BIMCO Standard Newbuilding Contract* («NEWBUILDCON»); *Community of European Shipyards' Associations Form* e il *Norwegian Standard Form of Shipbuilding Contract*.

<sup>(49)</sup> Cfr. M. DEIANA (a cura di), *Diritto della navigazione*, Milano, 2010, p. 125. Si veda anche A. MANDARAKA-SHEPPARD, *Modern Maritime Law (Volume 2): Managing Risks and Liabilities*, Abingdon, 2013, 253.

<sup>(50)</sup> D. OSBORNE-G. BOWTLE-C. BUSS, *The Law of Ship Mortgages*, London, 2016, 208.

<sup>(51)</sup> Pertanto, inferiore al valore del materiale e del lavoro spesi per la costruzione della nave.

<sup>(52)</sup> Per un approfondimento si vedano: G.J. BRUCE-I. GARRARD, *The Business of Shipbuilding*, Abingdon, 2013; I. GOLDREIN-M. HANNAFORD-P. TURNER, *Ship Sale and Purchase*, Abingdon, 2013.

---

cativa in caso di mancato pagamento del prezzo contrattuale e, nel caso di specie, della rata finale.

ANNA MONTESANO