****

**Corso in Global Management**

***Docente: Avv. Alessandro Russo***

***Modulo: Pagamenti Internazionali***

**INDICE**

**I sistemi di Pagamento internazionali**

 **I Crediti Documentari**

 **Le garanzie bancarie**

 **I rischi del commercio internazionale: valutazione delle differenti categorie in merito alla scelta delle condizioni di pagamento: il tempo il modo ed il luogo**

Grazie all’avvento della globalizzazione le imprese oggi hanno l’opportunità di crescere e sviluppare il proprio volume d’affari, ma bisogna considerare che l'internazionalizzazione se da un lato permette di incrementare il volume delle transazioni commerciali, dall'altro comporta la presenza di rischi più elevati che rendono necessari una serie di provvedimenti da adottare nella scelta del sistema di pagamento più opportuno.

Il commercio con l’estero, per complessità e diversità rispetto a quello interno (in termini di lingua, cultura, abitudini, prassi commerciali), richiede una maggiore cautela e una più approfondita conoscenza dei sistemi di pagamento.

Non è spesso così semplice la regolazione di un pagamento internazionale. L'impresa deve negoziare con le controparti estere le condizioni e le tempistiche di pagamento e consegna della merce, cercando in generale di favorire il proprio credito a breve termine, sia inteso come dilazione nel pagamento delle merci, che come anticipazione nell'incasso dei crediti commerciali. La distanza, inoltre, introduce ulteriori complicazioni nei controlli, nei riferimenti legislativi, nelle caratteristiche operative degli strumenti utilizzati.

Ovviamente gli strumenti disponibili si differenziano sensibilmente se confrontati secondo caratteristiche quali facilità d'uso, economicità e copertura dei rischicoinvolti. In particolare livello di garanzia e costi sono spesso direttamente proporzionali.

Fra le diverse forme di pagamento in uso nel commercio internazionale occorre, innanzitutto, valutare quale, tra quelli esistenti, rappresenta la soluzione più adeguata in base a diversi fattori di cui ne vengono citati alcuni a titolo esemplificativo: il rapporto con la controparte, la valutazione della sua affidabilità e solvibilità, la tipologia dell'accordo commerciale, la forza contrattuale, il settore di appartenenza, la distanza, gli usi, le consuetudini e le normative all'import dei singoli Paesi, il regime valutario del Paese del compratore, la situazione di "rischio" del Paese della controparte, la possibilità di essere sostituiti con altri fornitori, il volume delle singole forniture.

Strumenti come i titoli di credito ad esempio, possono comportare dei problemi inaspettati perché, come vedremo, sono sottoposti a discipline normative diverse in altri paesi, con differenze sostanziali che potrebbero compromettere il risultato economico dell’operazione.

Di conseguenza i soggetti che operano con l’estero devono essere in gradi di valutare i diversi tipi di rischio che l’operazione comporta – dal rischio paese al rischio commerciale e di cambio – in modo da poter concordare condizioni di pagamento che consentano almeno di attenuare il pericolo di insolvenza.

Volendo suddividere per categorie i rischi a cui ci si trova esposti si evidenziano:

* **Rischio politico;** noto anche come rischio Paese, consiste in tutti quei fattori derivanti dalle condizioni politiche ed economiche in grado di influenzare negativamente il buon esito dell’operazione. È più elevato nei Paesi in via di sviluppo e, sia ben chiaro, non consiste soltanto nei rischi classicamente considerati come ad esempio guerra civile, default economico, frequenti calamità naturali, ma in qualunque possibile “criticità” derivante dalle condizioni del mercato/paese della controparte. Rientrano in tale categoria di rischio quindi anche possibili nazionalizzazioni di settore, l’affidabilità del sistema bancario, turbolenze seppur momentanee di tipo sociale. Non è certo il caso di mercati cosiddetti 'forti' come l’Unione Europea, ma di Paesi in cui incertezza economica ed instabilità politica sono fenomeni molto accentuati.
* **Rischio commerciale;** in tal caso il rischio dipende dalla natura stessa della relazione commerciale e la valutazione dipende molto dal grado di affidabilità e conoscenza della controparte.

Alcuni elementi sono sintomatici di una tale eventualità, quali le “abitudini” del cliente in merito al pagamento, la sua situazione finanziaria, l'esistenza di procedure giudiziarie o esecutive nei suoi confronti.

Molto spesso il rischio commerciale viene associato esclusivamente a nuovi clienti (ai quali si richiede un pagamento anticipato), per poi passare in secondo piano nel momento in cui il rapporto prosegue. Tale approccio è errato in quanto un eccesso di rigidità nella fase iniziale del rapporto, causata dalla mancata analisi del cliente, potrebbe comportare il mancato sviluppo del business da un lato, mentre d’altro canto il trascurare la valutazione del cliente “storico” soltanto sulla base delle vendite pregresse andate a buon fine può generare una sorta di miopia che non consente di rendersi conto delle mutate condizioni del cliente se non quando ormai la situazione di insolvenza è talmente imminente da rendere inutile qualsiasi sforzo successivo teso ad evitare l’insoluto.

* **Rischio di cambio**- è il rischio connesso alle fluttuazioni monetarie nel caso il pagamento debba avvenire in una valuta diversa, per cui ovviamente permane una percentuale di incertezza soprattutto nell’esecuzione di operazioni che prevedono il pagamento in un momento successivo al momento della conclusione del contratto .

Tale rischio è comunque a carico di entrambe le parti perché la valuta del pagamento, rispetto al momento della conclusione, può aver subito un aumento o una diminuzione.

Un mezzo di pagamento/incasso internazionale è lo strumento che regola i rapporti che si instaurano tra soggetti residenti in diversi paesi, diversità che comporta notevoli differenze rispetto ai pagamenti effettuati in un mercato domestico non soltanto, come visto in precedenza, rispetto ai maggiori rischi che l’operazione con l’estero comporta, ma anche rispetto al funzionamento dei singoli mezzi specifici negli ordinamenti dei singoli Paesi.

L’operatore, prima di definire quale condizione di pagamento praticare è opportuno svolga un’analisi alla luce dei molteplici fattori di rischio, nonché dell’esigenze della controparte. Sarà necessario procedere alla negoziazione delle condizioni di pagamento considerando non soltanto gli aspetti direttamente connessi ( le categorie di rischio precedentemente menzionate, la “storicità” del rapporto con la controparte, il potere contrattuale, ) ma anche altri ulteriori aspetti quali la prassi bancaria locale, consuetudini commerciali del luogo, sistema giudiziario locale, esigenze di dilazione della controparte, aspetti della disciplina valutaria.

Data l’accresciuta competitività a livello internazionale risulta anacronistico un approccio fondato sulla mera riduzione dei rischi con i relativi costi a carico dell’acquirente estero e con l’obiettivo dell’incasso immediato, ma piuttosto cercare di individuare volta per volta la soluzione ideale tenendo in considerazione i molteplici strumenti offerti dalla prassi commerciale internazionale.

**Il momento del pagamento: pagamento anticipato, posticipato, contestuale**

Stabilire il momento in cui il pagamento ( congiuntamente con i termini di resa della merce ) deve avvenire significa la sopportazione o meno dei rischi dell’operazione ( si pensi ad un venditore che vuole essere sicuro di poter incassare prima di spedire la merce o all’opposto ad un compratore che vuole controllare la merce prima di effettuare il pagamento).

Il pagamento, rispetto all’esecuzione della prestazione, può essere anticipato posticipato oppure contestuale. L’ipotesi del pagamento anticipato risulta essere la condizione di pagamento ideale che qualunque venditore/esportatore vorrebbe praticare, non soltanto dal punto di vista dell’eliminazione del rischio insoluto, ma anche per questioni di liquidità e di gestione finanziaria in genere.

La ricerca assoluta del pagamento anticipato non risulta comunque essere a prescindere la più remunerativa per il venditore in quanto il compratore, conscio del fatto che il rischio è totalmente a suo carico (non ha la certezza che il venditore gli spedirà la merce, nella data e nel luogo pattuito e se la riceverà conforme agli standard tecnici ed alle caratteristiche stabilite nel contratto), potrebbe richiedere forti condizioni di sconto oppure richiedere al venditore il rilascio di una garanzia bancaria (come si vedrà nell’apposito capitolo) che comporta un onere finanziario ( costo ed utilizzo di fido) da parte del venditore. In alcuni mercati, soprattutto quelli in fase di crescita, la condizione del pagamento anticipato risulta così onerosa fino al punto di costituire una vera e propria barriera alla penetrazione commerciale.

Praticando invece il pagamento posticipato la situazione è completamente opposta rispetto all’ipotesi precedente ed in questo caso il compratore, ricevendo la merce prima di eseguire il pagamento del prezzo, non è esposto a rischi, i quali sono sopportati interamente dal venditore quali ad esempio il mancato o ritardato pagamento. In tali casi infatti sarà il venditore a doversi attivare al fine di cercare di recuperare il credito, operazione non sempre facile e che potrebbe richiedere notevoli esborsi di natura economica fino al punto di considerare, in alcuni casi, l’ipotesi della rinuncia al recupero stesso.

L’operatore quindi, nei casi in cui non riesca ad ottenere alcuna forma di cautela ( quali ad es. il credito documentario piuttosto che l’emissione di una garanzia bancaria) da parte del compratore, dovrà valutare la soluzione assicurativa ( assicurazione del credito) come unica praticabile.

Da quanto detto si evince quindi l’esigenza dell’analisi preventiva di cui si è detto in precedenza al fine di considerare tutte le soluzioni possibili che potrebbero essere oggetto di negoziazione riguardo alle condizioni di pagamento da praticare sia per singole operazioni di vendita sia per altre figure contrattuali ( fornitura periodica, appalti, rapporti continuativi con distributori).

Il pagamento contestuale invece necessita di ulteriori considerazioni che saranno oggetto di analisi nei successivi paragrafi riguardanti il COD e l’incasso documentario.

**Il pagamento contestuale: il sistema *COD* (*cash on delivery*)**

Con tale sistema si intende il pagamento in contrassegno, ove il pagamento viene effettuato al momento della consegna della merce senza ricorso all’intermediazione bancaria per cui i documenti viaggiano insieme alla merce.

Tale sistema infatti trova utilizzazione nei trasporti via terra che coprono distanze non eccessive e con l’ausilio di un soggetto terzo (spedizioniere - mandatario), che assume l’obbligo di consegnare la merce dietro ritiro di contanti o di documenti (assegni, tratte, pagherò cambiario, attestazione di avvenuto bonifico) secondo le istruzioni ricevute.

La contestualità effettiva avviene però soltanto nel caso, del resto infrequente, del pagamento per contanti, essendo tutte le altre figure che comunque comportano uno o più adempimenti successivi da parte del venditore configurando di fatto un pagamento posticipato con tutti i rischi ad esso collegati ( si pensi ad un assegno che risulti poi essere scoperto, a tratte non onorate alla scadenza, a ordini di bonifico poi revocati ecc. ecc..).

Tale forma, nonostante i rischi, viene spesso utilizzata qualora le parti abbiano l’esigenza di ridurre i tempi necessari del passaggio dei documenti tra banche ed evitare che la merce arrivi a destinazione prima dei documenti stessi. Fermo restando che , dati i rischi, sia consigliabile provare ad individuare condizioni di pagamento alternative, è opportuno, qualora ciò non sia possibile, cercare almeno di gestire direttamente il trasporto (evitando quindi la resa ex-works) e disciplinare con attenzione le regole di esecuzione del mandato istruendo con cura il soggetto che dovrà curare l’esecuzione dell’incarico.

 **Il modo**

Per quanto riguarda il modo in cui il trasferimento avviene ormai alcuni mezzi, come il trasferimento postale o il telex, sono in disuso e tutte le transazioni avvengono via SWIFT, un sistema informatizzato di comunicazione tra le banche che utilizza un codice uniforme in modo da poter uniformare le definizioni e che consente di effettuare numerose operazioni, dal bonifico all’emissione di un credito documentario ed allo stesso tempo garantisce maggiore velocità e sicurezza alle transazioni.

Altro sistema è il sistema EBA-TARGET utilizzabile tra i paesi dell’Unione Europea per i bonifici tra paesi membri e consente il trasferimento dei bonifici bancari direttamente attraverso le banche centrali dei singoli paesi, collegate a loro volta tramite la rete della Banca Centrale Europea. ( al riguardo si noti che comunque il sistema swift è quello più diffuso).

La valuta utilizzata per il pagamento è un altro importante aspetto da considerare e deve essere oggetto di accordo tra le parti così da consentire di valutare l’effettivo peso del rischio di cambio.

Si consideri che, rispetto al passato, con l’entrata in vigore della moneta comune nell’ambito dei paesi dell’Unione Europea, notevoli sono le semplificazioni delle transazioni tra i paesi della moneta unica, favorite dalla implementazione di nuovo sistemi per il trasferimento automatizzato di fondi ( si pensi al sistema Target) , accordi ( Eba) nonché di Regolamenti Comunitari ( direttamente applicabili in tutti i Paesi UE) tesi ad uniformare gli strumenti in tutta l’Unione Europea.

Particolare menzione merita il sistema Sepa, attivato nel 2008 ma effettivamente in vigore dal 2010, che ha consentito la effettiva realizzazione di un mercato unico dei pagamenti ed una riduzione dei costi. Hanno aderito al sistema Sepa, oltre ai Paesi UE, altri paesi quali Norvegia, Liechtenstein, Svizzera, Islanda.

In tutte le operazioni canalizzate le banche, per poter operare, devono avere rapporti di conto ( o quantomeno di corrispondenza) reciproci.

A tal proposito si distingue tra i cosiddetti conti “nostro” e i conti “loro”.

I primi sono conti correnti aperti dalle banche italiane presso le banche estere, espressi nella moneta del paese e ove i movimenti a debito vengono effettuati sulla base delle direttive impartite dalla banca italiana.

I “ conti loro “ invece sono conti correnti intestati a banche estere presso banche italiane ( quindi in valuta nazionale) ed in tal caso le operazione vengono effettuate sulla base delle disposizioni impartite dalla banca estera.

**Gli strumenti di pagamento:**

Numerosi sono gli strumenti a disposizione degli operatori del commercio internazionale per poter regolare le condizioni di pagamento, strumenti che presentano caratteristiche spesso molto diverse tra loro. Pertanto nel prosieguo si procederà ad una descrizione ed analisi di ogni singola figura, procedendo dallo strumento più semplice e meno cautelativo ( il bonifico bancario semplice ) per il venditore fino ad arrivare al complesso strumento del credito documentario che più di tutti tutela, se ben gestito, il venditore dal rischio del mancato pagamento.

In ordine avremo pertanto i seguenti strumenti di incasso e pagamento:

 - Il bonifico bancario;

- Gli incassi elettronici;

- L’assegno bancario;

 - La cambiale tratta o il pagherò cambiario;

- L’incasso documentario;

- Il credito documentario.

Il ricorso ad uno strumento piuttosto che un altro dipende dalla valutazione effettuata in precedenza di fattori come i rischi, il grado di conoscenza e di solvibilità della controparte, la tipologia dell’accordo, la forza contrattuale, il settore merceologico di appartenenza, l’importo della fornitura, e le norme e gli usi presenti nel mercato di riferimento.

**Il bonifico bancario internazionale**

Il bonifico bancario consiste in un trasferimento di fondi dal conto di un soggetto (ordinante) al conto di un altro soggetto (beneficiario) presso una banca estera ed è un mezzo di pagamento largamente utilizzato nelle transazioni internazionali grazie ai costi contenuti ed ala relativa semplicità di utilizzo. Per quanto riguarda i costi è consigliabile sempre stabilire con la controparte chi debba sostenere i costi del bonifico oppure i criteri di ripartizione.

È bene ricordare che comunque il bonifico semplice, cioè non assistito da alcun tipo di garanzia a favore del destinatario, non costituisce un mezzo sicuro in quanto rimesso alla discrezionalità dell’ordinante. Premesso quanto sopra esposto in merito al pagamento anticipato e/o posticipato, è da tener presente che spesso può accadere che il soggetto acquirente comunichi al soggetto beneficiario di aver effettuato il bonifico (magari trasmettendo ad es. via fax una copia della distinta di avvenuto bonifico) chiedendo quindi l’invio della merce ordinata. In tali casi è consigliabile richiedere il codice identificativo del bonifico e verificare presso la propria banca l’effettiva avvenuta transazione e se è spirato il termine previsto per poter revocare il bonifico.

Per quanto riguarda i Paesi dell’Unione Europea, oltre al summenzionato sistema Sepa che prevede un tempo massimo ( 3 giorni) per l’esecuzione del bonifico, dal 1° novembre 2009 è entrata in vigore la Direttiva CE 2007/64 nota come *Payment Services Directive* (PSD) il cuiambito di applicazione riguarda tutti i pagamenti in euro effettuati all’interno della UE e che tende a regolamentare le tempistiche di esecuzione e accredito dei fondi al beneficiario.

**Gli incassi elettronici**

Grazie all’utilizzo sempre più massiccio dei sistemi informatici si sono sviluppate e poi diffuse alcune forme di incassi elettronici che consentono una rapidità ed una sicurezza tali da trovare sempre maggiore diffusione tra gli operatori del commercio internazionale e molto appetibili nell’ambito di operazioni che coinvolgono paesi dove il rischio di mancata riscossione non è condizionato ad esempio dal rischio-paese.

Definiti anche come Debit Transfer, vengono disposti dal creditore sulla base di una precedente autorizzazione da parte del debitore e prevedono l’incasso “salvo buon fine” in quanto il debitore ha la possibilità di revocare l’addebito entro un determinato numero di giorni che varia a seconda dei diversi strumenti in uso nei diversi paesi.

Pur non costituendo un mezzo di pagamento in grado di garantire la certezza dell’incasso, sono un ottimo sostituto del bonifico in quanto legati ad una data certa ( a differenza del bonifico che viene effettuato discrezionalmente dal debitore) e visibili in caso di insoluto.

I singoli strumenti variano da paese a paese con caratteristiche diverse e qui di seguito sono esposti quelli più diffusi in ambito comunitario:

La LCR (Lettre de change relevé), in uso in Francia è uno strumento simile alle ricevute bancarie ( Ri.Ba.) in uso in Italia. In pratica permette la smaterializzazione di effetti cambiari e di ricevute ed è gestito tramite un sistema telematico. L’accredito avviene salvo buon fine e prevede la possibilità di far ristornare l’importo accreditato. Solitamente il debitore francese che propone il pagamento a mezzo LCR basato su effetti cambiari difficilmente diviene insolvente in quanto, qualora non onorasse il debito alla scadenza viene inserito in un apposito archivio che produce gli stessi effetti del protesto per il diritto italiano.

In Germania ed in Austria esiste invece il Lastschrift. Il funzionamento di tale strumento, simile al RID in uso nel sistema bancario italiano, consente al creditore di incassare un determinato importo con la semplice presentazione per l’incasso. Richiede, come nel caso del RID italiano, la preventiva autorizzazione da parte del debitore. Ne esistono due tipologie, il Lastschrift di tipo A c prevede un’autorizzazione permanente da parte del debitore anche se, in mancanza di fondi sul conto del debitore stesso, l’incasso non andrà a buon fine.

Il Lastschrift di tipo B, che costituisce la tipologia più utilizzata, invece prevede per il debitore la possibilità di contestare l’addebito e richiederne lo storno entro il termine previsto.

In Spagna viene invece chiamato IEF (Incaso electronico de efecto), che ha un funzionamento simile alla LCR francese. Con tale strumento l’incasso diviene definitivo trascorso il temine di 15 giorni.

**La disciplina dei titoli di credito nelle transazioni internazionali**

Prima di procedere all’esposizione di strumenti di pagamento internazionali quali l’assegno o la cambiale è bene esporre alcuni concetti riguardanti la disciplina dei titoli di credito a livello internazionale.

Per quanto riguarda i titoli di credito e opportuno distinguere due grandi aree di riferimento, Quella riguardante i paesi di Civil Law che hanno aderito alle Convenzioni di Ginevra sulla cambiale (1930) e sull’assegno (1931), e l’area riguardante invece i Paesi di Common Law ( per la Gran Bretagna la normativa di riferimento è contenuta nel Bills of Exchange Act del 1882 e nello Cheques Act del 1957, per gli USA invece la disciplina è contenuta nell’Uniform Commercial Code). Per i Paesi di common Law quindi non sono validi i concetti classici sui titoli di credito noti nella nostra cultura e molto spesso le differenze sono

di tipo sostanziale e non soltanto di tipo terminologico come può accadere tra i diversi paesi dell’area di Civil Law che hanno aderito alle Convenzioni di Ginevra. Ad esempio mentre per il diritto italiano rientrano tra i titoli di credito anche i titoli azionari, nei paesi di Common Law la categoria dei “negotiable instruments” ( così vengono definiti i titoli di credito) non prevede la figura dei titoli di investimento ( azioni obbligazioni ecc. ecc.) né dei titoli rappresentativi di merci ( definiti in Common Law Documents of title).

Nei paesi di Common Law non vale la regola del “possesso vale titolo” vigente nei paesi di Civil Law, e la possibilità del portatore di esigere la prestazione contenuta nel titolo è data dall’acquisto in buona fede del titolo stesso. Sensibili sono inoltre le differenze riguardanti le eccezioni opponibili: nonostante in presenza dell’acquisto in buona fede al possessore non possono essere opposte le eccezioni fondate sui rapporti con i precedenti prenditori, il concetto di autonomia del titolo è meno esteso rispetto ai paesi di Civil Law, potendo quindi eccepire l’incapacità dell’obbligato, la falsità della firma, la nullità dell’obbligazione a causa di violenza, oggetto illecito.

La cambiale, sia essa emessa in forma di Bill of Exchange o di Promissory Note, non è soggetta, come in Italia, all’imposta di bollo e, aspetto molto importante, non è considerata come titolo esecutivo. Conseguentemente, in caso di insoluto, sarà necessario intentare un’azione ordinaria nei confronti dell’obbligato cambiario inadempiente.

Altra differenza è data dal fatto che, mentre in Civil Law la cambiale e l’assegno sono configurate come due tipologie di titoli di credito differenti, in Common law l’assegno viene considerato come una specie minore di titolo cambiario.

Nei Paesi Appartenenti all’area di Civil Law invece, nonostante le summenzionate Convenzioni di Ginevra. È possibile rinvenire sensibili differenze tra la disciplina nazionale dei titoli di credito nei diversi paesi. Ad esempio non tutti gli ordinamenti contengono, come l’Italia o la Germania, la disciplina generale sui titoli di credito, ed inoltre le Convenzioni stesse prevedono, attraverso il meccanismo delle riserve, la possibilità di derogare alla Convenzione. Si tenga inoltre presente che alcuni Paesi (ad es. Turchia, Serbia ed altri), nonostante abbiano firmato la Convenzione non hanno provveduto poi alla ratifica con la conseguenza di non essere entrate in vigore nei singoli ordinamenti nazionali.

Da quanto sinora esposto appare evidente la necessità di utilizzare le Banche ogni qualvolta sia necessario, in una transazione internazionale, utilizzare dei titoli di credito ( specialmente le cambiali ) al fine di evitare sgradite sorprese in caso di mancato pagamento, affidandosi alla professionalità delle Banche nell’esecuzione del mandato avente ad oggetto la cura dell’incasso. Dovendo la banca eseguire il mandato con la diligenza professionale sarà tenuta ad informarsi preventivamente sulle modalità da seguire.

Rispetto poi alla mancata esecutività del titolo che si riscontra in molti Paesi, è opportuno prevedere l’avallo da parte della banca dell’obbligato ( con preventiva valutazione dello standing della banca avallante) in modo da poter richiedere, in caso di mancato pagamento, la prestazione all’avallante, il quale dovrà poi occuparsi di recuperare il credito nei confronti dell’avallato.

**L’assegno bancario**

L’assegno è uno strumento che per la legislazione italiana è un titolo di credito. Ciò significa possedere le caratteristiche proprie di tale categoria - astrattezza, autonomia e formalismo - oltre alla natura di titolo esecutivo che comporta (dopo la levata del protesto) la possibilità di non dovere agire legalmente per vedere riconosciuto il proprio diritto ma la possibilità di accedere, previo esperimento di alcune formalità direttamente al processo di esecuzione .

L’assegno bancario ha la struttura formale della cambiale, ma svolge abitualmente una funzione diversa: non è, infatti, uno strumento di credito, ma costituisce uno strumento di pagamento a servizio di chi ha fondi disponibili presso una determinata banca. Può essere definito come un titolo di credito, all’ordine o al portatore, contenente l’ordine, rivolto alla banca ( trattaria) di pagare a vista una determinata somma e che comporta, in via sussidiaria, la responsabilità cambiaria dell’emittente ( traente) e di tutti i successivi firmatari nei confronti del possessore legittimato che richiede la prestazione.

È bene rammentare che la banca trattaria non assume mai la posizione di obbligato cartolare (diretto o di regresso) nei confronti del portatore del titolo. Conseguentemente la banca potrebbe anche rifiutare il pagamento. Conseguenza di tale facoltà della banca trattaria è che l’assegno, a differenza della cambiale, non può essere accettato. La banca trattaria rimane del tutto estranea al rapporto di valuta e non si obbliga in alcun modo nei confronti del prenditore, né dei successivi legittimati, ad eseguire il pagamento. Il rapporto di provvista, pur rimanendo esterno rispetto ai rapporti cambiari nascenti dall’assegno, rappresenta la specifica e necessaria giustificazione dell’emissione.

L’assegno, per essere considerato valido deve contenere i seguenti requisiti di forma:

* Denominazione di assegno bancario
* Ordine incondizionato di pagare una determinata somma
* Indicazione del trattario ( diverso dal traente)
* Indicazione del luogo di pagamento (è sufficiente che sia determinabile)
* Data e luogo di emissione
* Sottoscrizione autografa del traente

Date le possibili differenze della disciplina dell’assegno negli altri ordinamenti stranieri (quanto sopra esposto riguarda la disciplina dell’assegno secondo la legge italiana), e sconsigliato l’utilizzo di tale strumento nelle transazioni internazionali.

Come ben noto l’accredito dell’importo di un assegno non è mai a titolo definitivo bensì “salvo buon fine”. Si pensi a titolo di esempi al caso in cui un soggetto ( venditore), ricevuto un assegno a titolo di pagamento anticipato, provveda ad incassarlo ( sbf) e subito ad inviare la merce richiesta. A spedizione avvenuta potrebbe trovarsi nella situazione di mancato buon esito dell’incasso e conseguentemente, laddove nel diritto del paese di riferimento non sia considerato titolo esecutivo e quindi non protestabile, dover agire in via ordinaria per il recupero del credito.

Al fine di evitare il mancato pagamento alcuni consigliano, in caso di transazione internazionale, l’utilizzo di assegni circolari. È bene rammentare che l’assegno circolare, emesso dalla banca e non dal debitore, richiede comunque lo stanziamento di fondi presso la banca e per il compratore corrisponde ad un esborso anticipato. Nonostante quindi sia maggiormente cautelativo non è detto che tale condizione sia facile da ottenere.

Altra figura alternativa è l’assegno piazzato (*banker’s draft*) che consiste, invece, in un bonifico bancario a mezzo assegno. Anche in tal caso l’assegno è emesso dalla banca e presuppone l’avvenuto bonifico.

**Il lock box**

Il lock box, è uno strumento di pagamento ormai utilizzato sempre meno in quanto sostituito da altre forme di incasso ( ad es. gli incassi elettronici), che consente l’incasso di assegni direttamente nel paese del debitore eliminando così i rischi della trasmissione degli assegni in forma cartacea e consentendo, allo stesso tempo, di ridurre le tempistiche di incasso. L’incasso nel paese del debitore avviene attraverso la domiciliazione degli assegni presso una banca del paese del debitore. La banca italiana, ricevuta la notifica dell’avvenuto incasso degli assegni, provvede a bonificare a trasferire a mezzo bonifico gli importo alla banca italiana la quale a sua volta, provvede ad accreditarli sul conto corrente del creditore. Si rammenti comunque che, come nel caso della negoziazione dell’assegno, l’incasso avviene salvo buon fine e diviene definitivo in base alle regole previste dalla legislazione sull’assegno del paese del debitore.

**I titoli cambiari e le operazioni di incasso semplice ( clean collection)**

La cambiale può definirsi come un titolo all’ordine, formale ed astratto, che attribuisce al possessore legittimo il diritto incondizionato di ottenere il pagamento di una somma determinata al scadenza indicata nel titolo stesso.

È quindi un titolo all’ordine ( può circolare mediante girata), formale ( la forma costituisce elemento essenziale del titolo stesso), astratto ( mancando qualsiasi menzione del rapporto fondamentale), esecutivo.

Ammette inoltre il confluire nel titolo di molteplici obbligazioni aventi il medesimo oggetto in quanto all’obbligazione del debitore originario si aggiungono quelle dei successivi giranti e avallanti.

Alla nozione di cambiale sono riconducibili due tipologie distinte:

* La cambiale tratta ( in ambito internazionale Bill of Exchange) che contiene l’ordine che un soggetto (traente) dà ad un altro soggetto ( trattario) di pagare ad un terzo soggetto ( il prenditore del titolo) una somma di denaro determinata.
* Il pagherò cambiario (in ambito internazionale Promissory note) , titolo che contiene la promessa, fatta da un soggetto ( emittente) di pagare una determinata somma di denaro ad una determinata scadenza nei confronti di un beneficiario.

Tanto la cambiale tratta quanto il pagherò cambiario sono qualificabili come negozi giuridici unilaterali. Tuttavia mentre per il pagherò cambiario è inequivocabile che si tratti di promessa unilaterale, per la cambiale tratta esistono diverse scuole di pensiero, secondo le quali per alcuni si tratterebbe di una promessa del fatto del terzo mentre per altri andrebbe fatta rientrare nello schema della delegazione.

Sono requisiti essenziali della cambiale :

* la denominazione di cambiale inserita nel contesto del titolo ed espressa nella lingua in cui lo stesso è redatto
* l’ordine incondizionato ( o la promessa incondizionata) di pagare una determinata somma
* il nome luogo e data di nascita del soggetto designato a pagare ( trattario)
* il nome del primo prenditore ( nel caso della cambiale tratta) o del soggetto al quale deve farsi il pagamento ( nel caso di vaglia o pagherò cambiario)
* la data ed il luogo di emissione
* la sottoscrizione del soggetto emittente o del traente

Dal punto di vista giuridico, considerato quanto esposto nel precedente paragrafo 8 sulla disciplina in ambito internazionale dei titoli di credito, la cambiale è un titolo di credito universalmente riconosciuto e, anche se privo di esecutività in tutti i Paesi, costituisce comunque una prova del mancato pagamento.

Costituisce uno strumento molto utilizzato nei pagamenti a medio - lungo termine che riguardano forniture di importi significativi ( spesso di beni strumentali e/o di impianti). Tale strumento consente al venditore, attraverso un’operazione di cessione e smobilizzo del credito, di incassare rapidamente l’importo della fornitura ed allo stesso tempo al compratore di poter acquistare il bene per poi pagarlo ratealmente.

Quando le parti, attraverso il canale bancario, si scambiano dei titoli cambiari sulla base di un contratto tra loro stipulato, l’operazione si definisce di incasso semplice e differisce dalla figura dell’incasso documentario in quanto non necessariamente il transito di documenti finanziari (le cambiali appunto) è accompagnato dal transito di documenti commerciali (per la figura dell’incasso documentario si veda il paragrafo successivo). Il pagamento a mezzo incasso semplice di una cambiale tratta o di un pagherò cambiario scadenti ad una certa data è un mezzo che viene normalmente utilizzato nei pagamenti posticipati e, quindi, in relazione a ciò, presenta tutti i rischi che questa scelta comporta. Soltanto nel caso in cui la cambiale sia avallata o garantita da primaria banca di Paese non ritenuto a rischio tale mezzo di pagamento offre al venditore la sicurezza d'incasso del proprio credito

Nell’ambito delle transazioni commerciali internazionali è preferibile utilizzare degli appositi modelli internazionali uniformi di cambiale, evitando così l’insorgere di problematiche dovute ai diversi requisiti formali richiesti nei diversi ordinamenti. In tutti gli altri casi è bene conoscere in anticipo il regime giuridico al quale è assoggettata la cambiale nel Paese dell'importatore ed il grado di garanzia offerto dall’ordinamento così da poter trovare una soluzione adeguata per tutelarsi dal rischio di credito.

**L’incasso documentario CAD ( Cash against documents)**

L’incasso documentario consiste in una forma di pagamento in base alla quale il venditore conferisce alla propria banca mandato ad incassare l’importo della fornitura dal compratore contestualmente alla consegna dei documenti commerciali (ossia fatture, documenti di spedizione, ecc.) ed eventuali documenti finanziari (ad es. titoli di credito previsti per fornire una dilazione di pagamento all’acquirente).

Anche in questo caso si parlerà di pagamento contestuale, ma di contestualità del pagamento non in funzione della consegna della merce, ma dei documenti necessari per poter ritirare la merce stessa.

Tale strumento prevede necessariamente l’intervento di almeno due banche nell’operazione, la prima, detta “trasmittente”, nel paese del venditore (quest’ultimo in qualità di mandante riguardo all’operazione) e di una seconda banca detta “presentatrice” sita sulla piazza dell’acquirente.

L’incasso documentario non fornisce, come vedremo, la certezza del buon esito dell’operazione, ma piuttosto garantisce la sicurezza del transito dei documenti e il diligente adempimento del mandato da parte delle banche coinvolte nell’operazione.

Rimangono in essere comunque i rischi tipici legati alla volontà delle parti: al momento del pagamento dei documenti l’acquirente non ha alcuna possibilità di verificare la conformità della merce ( né tantomeno la banca opera un controllo sui documenti), ma comunque ha la certezza che la merce è stata spedita e non è più in possesso del venditore.

 Quest’ultimo invece, pur non avendo la certezza del pagamento dei documenti da parte dell’acquirente al momento dell’invio, sa che in mancanza del pagamento dei documenti la banca presentatrice non consegnerà i documenti all’acquirente che non potrà ritirare la merce.

Le operazioni di incasso contro documenti sono disciplinate dalla pubblicazione n. 522 della Camera di Commercio Internazionale di Parigi. Entrata in vigore nel 1996 e denominata URC ( uniform rules for collections), in Italia NUI ( norme uniformi relative agli incassi) disciplina in maniera uniforme le regole di funzionamento dell’operazione, vincolando i soggetti coinvolti attraverso l’accettazione espressa ( nei formulari di istruzione è sempre specificata l’applicazione della pubblicazione ).

la forma più comune di incasso documentario è quella appunto del pagamento contro documenti ( CAD ), ma non infrequente è anche l’ipotesi del pagamento verso accettazione.

In tal caso l’acquirente riceve i documenti accettando una tratta ( oppure rilasciando un pagherò). Le parti possono poi disciplinare anche in maniera diversa le condizioni di consegna dei documenti ( ad es. a fronte del rilascio di una garanzia bancaria), e ciò può avvenire proprio perché le banche, svolgendo la funzione di mandatari del venditore, si limitano ad eseguire le istruzioni ricevute.

Dopo aver concluso il contratto con l’acquirente il venditore provvede alla spedizione delle merci ( secondo il termine di resa concordato) e alla consegna dei documenti alla propria banca unitamente alla lettera di istruzioni. La separazione dei documenti dalla merce è l’elemento distintivo rispetto al COD visto in precedenza ( ove documenti e merci viaggiano congiuntamente). I documenti vengono poi inviati dalla banca trasmittente ( nel paese del venditore) alla banca presentatrice ( sita nel paese dell’acquirente); quest’ultima, sulla base delle istruzioni ricevute, provvede ad avvisare l’acquirente ed a consegnargli i documenti previo pagamento o altra prestazione prevista dalle istruzioni e compatibile con la pubblicazione 522. Successivamente i fondi vengono trasferiti dalla banca presentatrice alla banca trasmittente la quale provvede ad accreditarli sul conto del venditore.

 I documenti che vengono inviati all’acquirente tramite le banche sono i documenti solitamente necessari all’importazione: fatture, DDT, certificato di assicurazione merce, packing list, eventuali altri documenti richiesti dalle parti o dalle normative vigenti.

È bene ribadire che le banche, nelle operazioni di incasso documentario, non entrano mai nel merito dei documenti stessi, né possono essere ritenute responsabili delle sorti delle merci stesse.

Da quanto sinora esposto è evidente che entrambe le Parti sopportano dei rischi: il compratore quello di ricevere, dopo aver effettuato il pagamento dei documenti, merce non conforme all’ordine; il venditore invece, dopo aver spedito la merce, potrebbe trovarsi dinanzi ad un rifiuto del compratore di ritirare ( e di conseguenza di pagare) i documenti.

È bene inteso che in tali casi, dal punto di vista giuridico, si configura un inadempimento contrattuale dell’una o dell’altra parte, e conseguentemente ciascuno potrà agire giudizialmente nei confronti di chi risulta essere inadempiente. Si rammenti però come, in molti casi, l’avvio di una azione giudiziale non sempre risulti conveniente a causa dei costi da sostenere , della lungaggine del procedimento, dell’incertezza del risultato.

Un caso tipico di rischio sopportato dal venditore è, come accennato in precedenza, quello del rifiuto del compratore di ritirare i documenti. Questo potrebbe accadere ad esempio perché il compratore vuole ottenere, successivamente , uno sconto sul prezzo. Il problema del venditore sarà in tal caso quello di gestire un eventuale rientro della merce ( a patto che non si tratti di merce deperibile oppure customizzata). Qualunque sia la soluzione prescelta il venditore dovrà comunque sopportare ulteriori costi per la gestione dell’operazione entrata ormai nella fase patologica (quindi l’obiettivo sarà quello di recuperare i costi e minimizzare le perdite e non necessariamente di realizzare un profitto). Il venditore dovrà necessariamente agire in maniera tempestiva in quanto i costi di giacenza doganale ( in caso di esportazioni in paesi extra UE) aumentano giorno per giorno fino ad arrivare alla vendita all’incanto della merce da parte dell’ente doganale per recuperare i suddetti costi.

Altro aspetto importante da considerare è il termine di resa della merce da applicare all’operazione. È consigliabile infatti per il venditore scegliere un termine di resa tale da consentire un controllo della merce quanto più a lungo possibile in modo da rendere più agevole, qualora il compratore rifiuti di ritirare i documenti, la gestione del rientro della merce e/o la consegna ad altro soggetto. Si consiglia pertanto di evitare termini di resa come l’Ex Work o i termini del gruppo F ( si veda l’apposito capitolo dedicato).

Da quanto esposto pertanto risulta evidente che, dati i rischi connessi, tale strumento è consigliabile principalmente nel caso di rapporti consolidati tra le Parti oppure di importi relativamente bassi, cercando di evitarne l’utilizzo in presenza di importi rilevanti oppure di clienti sconosciuti dei quali non è possibile valutare il rischio commerciale.

È importante quindi porsi una serie di quesiti prima della conclusione del contratto, cercando di far emergere l’eventuale malafede della controparte, ed eventualmente pretendere l’emissione di una garanzia bancaria ( o una parte del pagamento in anticipo) in modo da scoraggiare, o rendere meno convenienti, eventuali iniziative fraudolente.

Il sistema CAD viene di solito utilizzato in presenza di spedizioni effettuate via mare, ma nulla toglie che non possa essere utilizzato anche in caso di trasporti effettuati con modalità diverse. In tal caso diventa indispensabile avere il controllo della merce fino a destino e individuare come destinatario della merce non direttamente il compratore bensì la banca.

In alcuni Paesi spesso il compratore comunque riesce ad impossessarsi della merce. Si raccomanda quindi sempre l’analisi del rischio Paese ( nello specifico tasso di corruzione).

In precedenza si è accennato alla possibilità della consegna dei documenti verso accettazione di tratta ( documenti verso accettazione). Anche in questo caso, così come in tutte le operazioni dove è prevista l’emissione di titoli cambiari, è consigliabile richiedere l’avallo da parte della banca del soggetto obbligato.

**Le operazioni di credito documentario**

Nella compravendita internazionale la lettera di credito (o più semplicemente “credito documentario”) costituisce il mezzo di pagamento più utilizzato, soprattutto quando la controparte risiede in uno Stato che presenta un elevato “rischio Paese”. È in assoluto la forma che tutela maggiormente il venditore in quanto con la lettera di credito una banca (emittente) si impegna irrevocabilmente e autonomamente ad eseguire il pagamento (senza cioè alcuna accettazione o azione da parte dell’ordinante e con la sola possibilità di eccepire discrepanze nei documenti presentati) a favore del beneficiario a condizione che costui presenti tutti i documenti richiesti secondo le modalità e i tempi previsti dalla lettera di credito e conformemente a quanto stabilito dalle Norme e Usi Uniformi della Camera di Commercio Internazionale (NUU n. 600). Precedentemente alla pubblicazione n. 600 era prevista (anche se in disuso) la possibile revocabilità del credito documentario, circostanza definitivamente eliminata con la nuova normativa; l’impegno assunto dalla banca emittente presenta pertanto d’ora in avanti sempre il requisito dell’impegno irrevocabile. Dal momento che, con il credito documentario la banca emittente s’impegna autonomamente ad effettuare il pagamento in presenza di una presentazione di documenti conformi, il pagamento diventa svincolato dalla volontà del debitore e quindi, si può affermare che il credito documentario consente, se ben gestito da parte del beneficiario, l’eliminazione del rischio commerciale.

Essendo però la banca emittente solitamente una banca dello stesso paese del debitore, qualora questi si trovi in un paese ad elevato rischio politico, il credito resta soggetto a tale categoria di rischio. Al fine di eliminare o quantomeno limitare il rischio politico si utilizza invece l’istituto della conferma descritto di seguito.

Oltre all’impegno irrevocabile assunto dalla banca emittente è possibile, tramite l’istituto della conferma, ottenere un ulteriore obbligo anch’esso autonomo da parte di un altro soggetto bancario (banca confermante) la quale si impegna a onorare il credito alle stesse condizioni previste dal credito originariamente emesso dalla banca emittente. L’istituto della conferma assume un’importanza fondamentale per l’operatore, in quanto grazie ad esso è possibile eliminare il rischio di insolvenza della banca emittente (si pensi in proposito all’ipotesi in cui la banca dell’ordinante non sia di elevato standing) e il rischio politico proprio perché il beneficiario ottiene la prestazione dalla banca confermante dopo che la stessa avrà esaminato i documenti, indipendentemente dal fatto poi che quest’ultima sia rimborsata o meno dalla banca emittente. L’esame dei documenti viene effettuato dalla banca confermante che di solito corrisponde alla banca del beneficiario (che in questo caso svolge anche il ruolo di banca designata) o comunque del Paese (o dell’area geografica per esempio UE) dello stesso.

**Cenni giuridici e natura del credito documentario**

Il rapporto di credito documentario è un rapporto dove intervengono tre soggetti e, senza entrare in questa sede nel merito, si consideri che la dottrina tende a inquadrarlo secondo lo schema delegatorio dove i rapporti tra i soggetti coinvolti sono disciplinati (tranne che nel rapporto tra banca che deve effettuare il pagamento e beneficiario) in linea di massima dalle norme sul mandato (articoli 1703 e seguenti cod. civ.). Il carattere dell’autonomia accennato precedentemente è alla base del credito documentario e ne costituisce l’elemento caratterizzante. Consiste nell’indipendenza del rapporto giuridico o, meglio, dei rapporti giuridici che scaturiscono dal credito documentario rispetto al contratto di compravendita per il quale il credito documentario viene emesso. Sul piano del riconoscimento da parte dell’ordinamento giuridico italiano, a prescindere dalle norme della CCI che ne regolamentano il funzionamento, gli articoli del Codice civile di riferimento sono il 1527 e seguenti, gruppo di norme intitolato “Della vendita su documenti e con pagamento contro documenti”. Particolarmente illuminante risulta essere l’art. 1530 di cui riportiamo il testo:

«Art. 1530. Pagamento contro documenti a mezzo di banca

[1] Quando il pagamento del prezzo deve avvenire a mezzo di una banca, il venditore non può rivolgersi al compratore se non dopo il rifiuto opposto dalla banca stessa e constatato all'atto della presentazione dei documenti nelle forme stabilite dagli usi.

[2] La banca che ha confermato il credito al venditore può opporgli solo le eccezioni derivanti dall'incompletezza o irregolarità dei documenti e quelle relative al rapporto di conferma del credito».

Nonostante la normativa del CCI risulti essere ormai la regola per quanto riguarda il funzionamento dell’operazione, si tenga presente che la giurisprudenza considera tali norme come clausole d’uso integrative della volontà dei contraenti, e questo vuol dire che in caso di patologia del rapporto il giudice tende comunque ad applicare la normativa nazionale, pur tenendo in considerazione la valenza della normativa CCI. Infatti nel caso in cui l’ordinante, temendo una frode da parte del venditore-beneficiario voglia impedire alla banca l’effettuazione del pagamento (che comporta poi l’addebito all’ordinante), si può rivolgere all’autorità giudiziaria per ottenere un provvedimento inibitorio nonostante quanto prescritto dalle norme in tema di indipendenza dell’obbligazione assunta dalla Banca. Tale strumento è il provvedimento cautelare d’urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. il quale prevede che il giudice, in presenza dei requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora (corrispondenti rispettivamente alla parvenza di diritto e al grave pregiudizio economico), può ingiungere alla Banca emittente di non effettuare la prestazione e comunque di non addebitare l’ordinante.

**La normativa CCI sui crediti documentari:**

Le norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari Pubblicazione UCP 600 della Camera di Commercio Internazionale ( in Italia conosciuta con l’acronimo NUU) costituiscono il corpo di norme uniformemente accettate da tutti i sistemi bancari che regolamentano in maniera standardizzata il funzionamento dei crediti documentari. In vigore dal 1 Luglio del 2007 contengono, oltre ai principi generali regolatori delle operazioni di credito documentario quali ad es. i caratteri dell’astrattezza, dell’autonomia e del formalismo, gli obblighi delle banche, la disciplina dei casi di forza maggiore, anche secifiche norme di dettaglio riguardanti le caratteristiche dei documenti, i criteri che le banche devono seguire nell’esame dei documenti stessi, la disciplina di alcune ipotesi particolari qualora le Parti non abbiano provveduto a disciplinarli ( come ad esempio le spedizioni parziali o le tolleranze al credito). Ad integrazione delle UCP sono poi intervenute le eUCP che disciplinano la presentazione in formato elettronico dei documenti.

Riguardo ai criteri che le banche devono seguire nell’esaminare i documenti le stesse UCP richiamano la prassi bancaria internazionale, che risulta anch’essa oggetto di un’apposita pubblicazione della CCI, la Pubblicazione ISBP n° 681 denominata in italiano PBIU (prassi bancaria internazionale uniforme). La conoscenza di entrambe le pubblicazioni consente agli operatori (siano essi banche piuttosto che imprese) di utilizzare con dimestichezza lo strumento del credito documentario, spesso percepito in maniera negativa perché ritenuto complesso ma di fatto scarsamente conosciuto in maniera approfondita.

**Le diverse modalità di pagamento**

Riguardo alla prestazione della banca il credito documentario può prevedere che il pagamento avvenga secondo diverse modalità:

* a vista se la banca paga subito dopo la verifica dei documenti e la presentazione risulta conforme al credito;
* differito: se la banca si impegna a pagare a una determinata scadenza futura. In questo caso si tenga presente dal momento in cui la banca dichiara che i documenti sono in regola (presentazione conforme) il beneficiario ha già maturato il diritto al pagamento, e quindi deve attendere soltanto il termine stabilito, senza che la banca possa successivamente sollevare ulteriori eccezioni per rifiutare la prestazione (anche in presenza di un provvedimento cautelare emanato dall’autorità giudiziaria);
* per accettazione: su richiesta del proprio cliente importatore, la banca si impegna ad accettare le tratte documentate su di essa spiccate dall’esportatore. La banca accetta quindi per conto dell’importatore (ordinante) gli effetti emessi dall’esportatore (beneficiario) e nello steso tempo provvede a ritirare i documenti che accompagnano la tratta. Le tratte, una volta accettate, diventano una carta cambiaria particolarmente apprezzata e facilmente monetizzabile;
* per negoziazione: significa esborso da parte della banca autorizzata a negoziare a fronte della tratta e/o dei documenti. La negoziazione avviene comunque a fronte di una cessione a titolo oneroso del credito documentario, il che comporta l’incasso effettivo di un importo minore rispetto all’importo previsto dal credito. In merito alla negoziazione è utile precisare che tale prestazione viene effettuata da soggetto bancario diverso dalla banca emittente, la quale rimborserà poi la banca che ha negoziato dell’intero importo previsto dal credito.

La pubblicazione n. 600, onde evitare il generarsi di equivoci riguardo al contenuto dell’obbligazione della banca (o delle banche), ha riassunto le diverse modalità di pagamento appena descritte in due termini. Si distingue oggi tra “ onorare” e “negoziare”, ricomprendendo con il primo termine tutte le possibili opportunità tranne la negoziazione.

**Il ruolo delle banche nei crediti documentari**

Le banche che intervengono nelle operazioni di credito documentario svolgono molteplici funzioni e, a seconda del ruolo svolto, ciascuna banca coinvolta è indicata con una specifica denominazione. Avremo quindi la banca emittente e quella confermante (di cui si è gia trattato), e inoltre la banca designata, la banca avvisante, la banca rimborsante. Il luogo dei rapporti di corrispondenza tra le banche (per rapporti di corrispondenza si intendono accordi di collaborazione tra banche diverse) e il numero di banche coinvolte (e di conseguenza le commissioni applicate all’operazione stessa) mutano sensibilmente, partendo da un minimo di due, dove la banca dell’ordinante figura come emittente e quella del beneficiario come confermante, avvisante, designata ecc. fino ad avere casi in cui ogni ruolo è svolto da una banca diversa. Da notare, sempre in merito alla nuova pubblicazione n. 600, che tale norma prevede la possibilità, prima prevista solo per i crediti di negoziazione, di utilizzare quale banca designata, la dicitura “presso qualsiasi banca”.

**Le principali fasi del credito documentario e i documenti**

*1. Trattative e stipulazione del contratto*

Si tratta della fase di negoziazione che si conclude con la firma del contratto tra venditore e compratore, ma bisogna considerare che nel commercio internazionale sono diffusi i contratti detti “a distanza” conclusi telefonicamente o mediante lo scambio di corrispondenza dove non esiste un testo sottoscritto dalle parti con l’articolazione delle condizioni con cui i contraenti vanno a regolamentare il loro rapporto. Durante questa fase le parti concordano l’emissione del credito documentario fissandone i termini e le condizioni in modo molto preciso in quanto questi dovranno poi servire alle banche intermediarie per svolgere l’operazione. Occorrerà quindi fare molta attenzione ai seguenti punti:

* nominativo della banca emittente del credito documentario: generalità esatte e complete;
* domicilio sia del compratore sia del venditore;
* luogo di presentazione dei documenti (l’utilizzo del credito può avvenire presso la banca del compratore o quella del venditore);
* scadenza dell’operazione per quanto riguarda l’utilizzo del credito e modalità di pagamento (a vista o a scadenza differita);
* documenti necessari per l’utilizzo del credito in caso di eventuale richiesta di conferma del credito da parte della banca del venditore.

*2. Richiesta dell’importatore di emissione del credito documentario e notifica al beneficiario*

A questo punto l’importatore chiede alla propria banca l’apertura del credito a favore del fornitore. Espletate tutte le formalità la banca provvede all’emissione dello strumento per l’apertura di credito e alla sua trasmissione a una banca che si trova nel Paese del venditore per la successiva notifica al beneficiario. La banca avvisante, dopo aver verificato l’autenticità del credito provvede a notificarlo al beneficiario oppure, se richiesta la conferma, seguendo le istruzioni della banca emittente la aggiunge alla notifica (la banca non è obbligata a confermare il credito anche se contenuto nella richiesta). Se decide di confermare la banca va ad assumersi in proprio il rischio obbligandosi a effettuare la prestazione.

*3. Eventuali modifiche*

È possibile, nonostante il credito sia stato già emesso e prima dell’utilizzo, apportare delle modifiche. In questo caso però le modifiche per avere effetto devono essere accettate espressamente dalle parti coinvolte pena la mancata efficacia delle modifiche stesse. Si noti in tal senso che le NUU espressamente vietano le modifiche che prevedono una condizione di silenzio-assenso (anche se viene inserita una clausola in tal senso non è presa in considerazione e quindi valgono le disposizioni del credito originariamente emesso). È comunque consigliabile meticolosità e scrupolo durante la fase delle trattative proprio per l’incertezza dovuta alla possibile mancata accettazione delle modifiche da parte di un soggetto, oltre al costo che le parti devono sostenere per effettuarle (si consideri che le modifiche sono a pagamento ed è prevista l’applicazione del costo per ogni singola modifica che viene effettuata anche se in una volta soltanto).

*4. Spedizione della merce e presentazione dei documenti*

Sulla base della notifica del credito documentario da parte della banca e solo dopo averlo ricevuto e controllato attentamente, l’esportatore provvede alla spedizione della merce e ottiene il documento di trasporto necessario, insieme agli altri richiesti e a quelli di sua competenza riguardo la redazione (per esempio la fattura), per l’utilizzo del credito documentario. La consegna dei documenti alla banca va fatta nei termini di validità del credito e ogni banca dispone di cinque giorni lavorativi, successivi al giorno di presentazione, per effettuarne l’esame. Il termine dei cinque giorni costituisce un’innovazione della pubblicazione n. 600 che ha provveduto a eliminare la precedente disposizione (sette giorni) in virtù delle mutate esigenze degli operatori commerciali e del progresso nel campo della logistica, che è riuscita a ridurre notevolmente i tempi dei trasporti. La scelta di un termine ridotto  da ritenersi peraltro tassativo  unita all’eliminazione di termini ambigui quali reasonable time (tempo ragionevole), costituisce un’importante indirizzo della pubblicazione n. 600, teso a semplificare e rendere più celeri le operazione di regolamento del credito.

*5. Il controllo dei documenti*

Questa è la fase più delicata del credito e occorre distinguere tra diverse ipotesi:

* se il credito è utilizzabile presso le casse della banca emittente questa controlla la conformità dei documenti alle disposizioni del credito e, se ritenuti regolari e conformi, provvede ad accreditare il beneficiario tramite la banca notificante;
* se il credito è utilizzabile presso le casse della banca notificante e/o confermante è quest’ultima che, per effetto della delega della banca emittente, è incaricata di controllare la conformità dei documenti. La banca confermante dopo avere accreditato l’importo al beneficiario, invia alla banca emittente l’addebito e i documenti ritirati in utilizzo del credito.

In caso di credito confermato si noti che l’operazione prevede un doppio esame dei documenti: il primo effettuato della banca confermante e il secondo dalla banca emittente, in virtù dell’autonomia delle obbligazioni assunte dalle banche stesse.

L’esame dei documenti rappresenta la fase più delicata e le norme riguardanti sono stringenti. L’art. 14 delle NUU n. 600 disciplina dettagliatamente il comportamento che le banche devono tenere nell’esaminare i documenti, esame che tende ad accertare l’inesistenza di conflitti tra il contenuto dei documenti e quanto prescritto nel credito, oltre a stabilire dettagliatamente i requisiti di ogni documento e le caratteristiche riguardanti gli esemplari (per esempio copie e originali).

I documenti richiesti sono solitamente la fattura, il documento di trasporto, il certificato di origine delle merci, il documento di assicurazione, la distinta colli, la distinta pesi, il certificato di ispezione delle merci. Il documento di trasporto è fondamentale e cambia il nome e i requisiti a seconda della tipologia di trasporto utilizzato. Gli art. 19 e seguenti NUU n. 600 prevedono:

• documento di trasporto multimodale;

• polizza di carico marittima (bill of lading);

• sea way-bill;

• polizza di carico charter party;

• documento di trasporto aereo (air way-bill);

• documenti di trasporto su strada, ferrovia o vie d’acqua interne;

• documento di trasporto di corriere e ricevuta postale.

*Caratteristiche di alcuni documenti di trasporto*

Senza entrare nei dettagli è necessario comunque effettuare alcune precisazioni in merito ad alcuni di essi. Tutti i documenti di trasporto devono essere redatti da un soggetto qualificato come vettore (oppure da altro soggetto che si qualifica come soggetto che agisce per conto del vettore). Riguardo al documento di trasporto multimodale, poi, la nuova normativa recita «con almeno due differenti tipologie di trasporto» in quanto il termine “multimodale” potrebbe generare incomprensioni.

Riguardo invece alla polizza di carico marittima (comunemente conosciuta come bill of lading) essa presenta alcune caratteristiche distintive rispetto a tutti gli altri perché, oltre a essere un documento di trasporto, è un «titolo rappresentativo delle merci» e questo significa che il possessore è legittimato al ritiro del carico (la disciplina della bill of lading ricalca, in parte, quella dei titoli di credito). La bill of lading è un titolo a cui è possibile apporre girata, consentendo quindi alla merce di circolare agevolmente tra gli operatori commerciali. Di solito il credito prevede la presentazione del full set (composto da tre esemplari) in originale proprio per i rischi che la natura del titolo comporta.

Altro documento da considerare è il certificato di assicurazione. Bisogna verificare se il credito richiede la polizza oppure il certificato di assicurazione, in quanto si tratta di due distinti documenti (di solito è richiesto il certificato di assicurazione) oltre ad accertare la corrispondenza delle clausole richieste riguardo ai rischi coperti dal certificato/ polizza (comunemente si richiede la copertura totale).

Da ultimo consideriamo il certificato di ispezione delle merci. È redatto da un soggetto (l’agenzia di ispezione) il quale certifica di avere constatato la natura e lo stato delle merci e/o dell’imballaggio come riportato nel certificato. Considerato quanto detto riguardo alla natura del credito documentario come operazione di vendita contro documenti, tale certificato è uno strumento utile per l’ordinante (compratore) perché consente di verificare se le merci sono corrispondenti all’ordine e in buono stato al momento della spedizione.

Sebbene i documenti sinora menzionati siano quelli più frequentemente richiesti, le parti possono concordare altri documenti aggiuntivi da presentare all’utilizzo del credito.

*6. Consegna dei documenti e addebito al compratore*

L’ultima fase del credito documentario prevede la chiusura dell’operazione con l’addebito al compratore da parte della banca emittente per l’importo pagato al beneficiario, tramite la banca notificante, oppure pagato direttamente allo stesso beneficiario e con la consegna dei documenti al compratore da parte della banca emittente, in modo che egli possa provvedere al ritiro della merce già pagata al venditore con il credito documentario.

**Tipologie di credito documentario**

Oltre alla forma “classica” esistono diverse tipologie di credito documentario, destinate a soddisfare varie esigenze:

• il credito trasferibile;

• il credito sussidiario;

• il credito rotativo;

• il credito di anticipazione.

*Il credito trasferibile*

Questa forma di credito documentario consente al beneficiario (primo beneficiario) di disporre che il credito, aperto a suo favore, possa essere trasferito a uno o più altri beneficiari in forma parziale oppure per l’intero importo.

Un credito può essere trasferito soltanto se è espressamente denominato come “trasferibile” dalla banca emittente e soltanto nei termini e alle condizioni precisate nel credito originario, a eccezione di alcuni elementi come l’importo, i prezzi unitari e il periodo di validità, che possono subire singole variazioni. Generalmente il credito trasferibile viene utilizzato nei casi in cui chi effettua l’operazione di compravendita (il primo beneficiario del credito documentario) è un intermediario (agente, commissionario, società di import-export) che dovrà, a sua volta, acquistarla da un terzo soggetto (il secondo beneficiario). In tali casi, il primo beneficiario, che conserva la titolarità della fornitura, trasferisce al secondo beneficiario un importo minore rispetto a quello originario del credito, ottenendo il suo guadagno dalla differenza tra i due passaggi. Quando, invece, il primo beneficiario è un agente o un commissionario, il credito viene trasferito all’effettivo fornitore per l’intero importo contro pagamento (al di fuori del credito) di una provvigione.

*Il credito sussidiario o controcredito*

È una forma particolare di credito che si realizza quando il beneficiario di un credito documentario irrevocabile dispone, a sua volta, di aprire un nuovo credito documentario (il back to back) a favore di un fornitore per l’acquisto delle merci oggetto del credito base. Questa operazione riguarda di solito materie prime. Il credito sussidiario può sembrare simile al credito trasferibile, ma di fatto non lo è: il credito base e il credito back to back sono correlati e interdipendenti da un punto di vista strettamente economico, mentre non lo sono da un punto di vista giuridico, in quanto in questo caso sono costituiti due crediti distinti ed autonomi. Il back to back, a differenza del credito trasferibile, non è, pertanto, in alcun modo assoggettato alle condizioni del credito base e l’ordinante del credito back to back, inoltre, deve essere affidato presso la banca che emetterà tale credito e risultare soggetto in grado di gestire l’operazione che si presenta alquanto complessa e articolata.

*Il credito rotativo*

Con il credito rotativo (revolving) la banca emittente si impegna a rinnovare, di volta in volta, l’impegno a pagare, a negoziare, ad accettare o a fare effettuare il pagamento, ripristinando sempre l’importo iniziale del credito. In pratica, è una normale apertura di credito documentario il cui importo, dopo ogni utilizzo, viene ripristinato e messo a disposizione del beneficiario per un determinato numero di volte e alle stesse condizioni previste dal credito originariamente emesso. Può essere cumulativo ( che consente cioè di cumulare gli importi non utilizzati negli utilizzi successivi) o non cumulativo ( dove gli importi non utilizzati entro la scadenza non possono essere cumulati negli utilizzi successivi). Il revolving costituisce una tipologia di credito che ha come presupposto un contratto tra un compratore e un venditore che prevede un certo numero di forniture nel tempo.

*Il credito di anticipazione o con clausola rossa*

Con il credito di anticipazione (red clause) si autorizza il pagamento di determinate somme al beneficiario prima della presentazione dei documenti, dietro rilascio di una ricevuta che attesti l’impegno assunto di destinare tali somme alla produzione e alla spedizione delle merci o comunque alla predisposizione della fornitura. Una forma particolare di credito con anticipazione è quella cosiddetta con “clausola verde” (green clause), in cui l’anticipo viene concesso solo dietro una ricevuta di deposito in magazzini pubblici della merce oggetto del contratto e dietro impegno scritto del beneficiario a presentare i documenti nei termini e secondo le modalità pattuite.

*Stand-by letter of credit*

Questo istituto è stato ricompreso nell’accezione di credito documentario dalle norme CCI, pubblicazione n. 600. l’art. 1 della suddetta pubblicazione recita infatti: *“...le presenti norme si applicano a tutti i crediti documentari e, per quanto compatibili, alle lettere di credito stand by…”.*

La stand-by letter of credit è una convenzione contrattuale con la quale la banca emittente si obbliga irrevocabilmente nei confronti del beneficiario a tenerlo indenne, subentrando al terzo, nel caso quest’ultimo si renda inadempiente. L’obbligazione della banca quindi - a differenza del credito documentario dove risulta essere certa , autonoma e definitiva - sarà eventuale, autonoma e definitiva. Il carattere distintivo dell’eventualità della prestazione bancaria ( rispetto alla certezza tipica delle operazioni di credito documentario) avvicina tale figura alla garanzia bancaria autonoma piuttosto che al credito documentario.

A differenza delle garanzie autonome che spesso sono a prima richiesta, nella lettera di credito stand-by la prestazione della banca è subordinata alla presentazione di documenti richiesti dal testo della lettera, dai quali emerge chiaramente l’inadempimento del terzo. Tali documenti accompagnano la richiesta di pagamento. I documenti usualmente richiesti sono la copia della fattura e del documento di trasporto (dai quali si può facilmente dedurre l’avvenuta spedizione della merce e la scadenza dei termini di pagamento previsti.

Si deduce da quanto detto come lo scopo di una stand-by letter of credit sia diverso da quello di un credito documentario classico: mentre quest’ultimo ha soprattutto una funzione di pagamento, la lettera di credito stand-by mira a una funzione di sicurezza. L’istituto, nella sua innovativa forma di mezzo garantistico del commercio internazionale, è entrato nella prassi, durante gli ultimi decenni, di molti Paesi e, qualora il compratore non preferisca l’emissione della lettera di credito, risulta di più facile utilizzo e sempre più spesso viene utilizzata come strumento sostitutivo della lettera di credito classica, specialmente nei casi di rapporti continui di fornitura dove non viene emessa a copertura di una singola operazione ma anche per importi maggiori che comprendono più spedizioni da effettuare in un determinato arco temporale con importi a scalare in caso di utilizzo.

**Le garanzie bancarie**

1. **Introduzione**

Il termine “garanzia bancaria” genera spesso confusione in quanto con tale espressione ci si può riferire ad istituti che, seppur apparentemente simili e diretti a svolgere la stessa funzione, possono avere caratteristiche diverse e, soprattutto, avere una struttura giuridica che diverge completamente. La terminologia utilizzata è spesso fuorviante ed induce facilmente in errore. È importante quindi, a prescindere dalla denominazione, comprendere la struttura giuridica di riferimento ed il contenuto obbligatorio nonché le modalità operative di una garanzia bancaria, al fine di poter riuscire, di volta in volta, ad individuare in quale “modello” inquadrare lo strumento utilizzato.

Il classico esempio, per quanto riguarda l’Italia, è dato dalle differenze esistenti tra la fideiussione bancaria e la Garanzia bancaria a prima richiesta. Orbene in Italia, grazie ad una costante opera di interpretazione da parte della Corte di Cassazione, si potrebbe affermare che i confini siano stati tracciati e, conseguentemente, con un minimo di conoscenza e prudenza è possibile oggi riuscire a districarsi tra le varie figure di garanzia ed individuare quale strumento utilizzare a seconda delle proprie esigenze. Tuttavia, in contesti internazionali, siano essi riferiti ad operazioni di compravendita piuttosto che di appalto, potrebbe non risultare chiaro il contenuto obbligatorio della garanzia fornita e/o ricevuta da banche di altri Paesi con conseguenze spesso disastrose che si evidenziano soltanto quando il rapporto tra i soggetti coinvolti entra nella fase patologica.

L’attenzione deve quindi essere rivolta alla ricerca di uno strumento che possa essere regolato, in virtù del principio dell’autonomia contrattuale, da una normativa ad hoc in grado di rendere chiare e standardizzate le regole che disciplinano la garanzia. Da diversi anni la Camera di Commercio Internazionale ( e non solo) è impegnata su questo fronte e, così come avvenuto per i crediti documentari, ha predisposto una pubblicazione di norme in grado di regolare tale istituto. La Pubblicazione in oggetto è la U.R.D.G. ( Uniform Rules for Demand Guarantees) N° 758, ultima revisione entrata in vigore il 1 Luglio del 2010 e che ha sostituito la precedente Pubblicazione n° 458. Premesso che l’ultima revisione dovrebbe riuscire a garantire una più uniforme diffusione ( l’uso del condizionale è d’obbligo in quanto soltanto il tempo sarà in grado di confermare quanto si auspica), si tenga presente che la precedente pubblicazione non ha riscontrato il favore di alcuni Stati, al contrario di quanto avvenuto con le norme sui Crediti Documentari ( UCP) che orami sono considerati come “la regola” grazie all’elevato grado di conoscenza ed utilizzo raggiunto.

**La Fideiussione**

Non essendo questa la sede per approfondire tutti gli aspetti riguardanti la fideiussione (e che richiederebbe una ben più ampia trattazione di tipo squisitamente giuridico) si procederà ad una descrizione de caratteri tipici di tale figura e, soprattutto, volta a fornire gli elementi per poter comprendere le differenze con il contratto autonomo di garanzia, figura quest’ultima di rilevante utilizzo nelle operazioni internazionali.

La fideiussione, secondo il diritto italiano, è una figura contrattuale tipica in quanto disciplinata dal Codice Civile agli artt. 1936 e ss. Leggendo le disposizioni codicistiche si nota subito che l’art. 1936, al primo comma, non disciplina il contratto di fideiussione bensì definisce il “fideiussore”. Tale norma infatti recita *“ è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l’adempimento di un’obbligazione altrui.”* Conseguenza di tale affermazione è che la fideiussione può essere rilasciata da chiunque ( soggetto qualsiasi), e che costituisce una forma di garanzia di tipo personale attraverso la quale il soggetto garante assume nei confronti del garantito una ulteriore obbligazione , di natura accessoria e solidale rispetto all’obbligazione del debitore principale.

La causa tipica del contratto di fideiussione è, di conseguenza, la garanzia dell’adempimento di un’obbligazione altrui. Si noti bene però che, nonostante si parli di due obbligazioni differenti, quella fideiussoria ( del fideiussore) e quella principale ( del debitore garantito), esiste uno stretto collegamento tra esse, ed è in questi aspetti che si nascondono le insidie da un punto di vista dell’utilizzo internazionale della fideiussione ( per quanto riguarda il diritto italiano) o di figure ad essa affini esistenti in altri ordinamenti o prassi di altri paesi.

Altri aspetti caratterizzanti del contratto di fideiussione sono dati dall’accessorietà della fideiussione rispetto al contratto principale, al regime delle eccezioni opponibili al creditore, alla preventiva escussione del debitore principale ed infine alla clausole particolari che possono essere inserite nel testo di una fideiussione. Procederemo di seguito con la trattazione separata dei summenzionati aspetti al fine di comprendere perché tale figura poco si presta all’utilizzo nelle transazioni internazionali.

L’accessorietà della fideiussione rispetto al rapporto sottostante ( il contratto o altro rapporto garantito) comporta una dipendenza della fideiussione che risulta così essere vincolata alle sorti del rapporto principale e ne segue le sorti. Ciò significa che nel caso in cui il rapporto garantito sia viziato ad esempio da nullità quest’ultima si estende anche alla fideiussione: discorso analogo vale per i casi di annullabilità, simulazione, obbligazione naturale. Dovrebbero risultare ora più chiare le conseguenze per il beneficiario che, qualora sia sollevata una questione di nullità o altra tipologia di contestazione ( eccezione di inadempimento ad es.), non potrà avere una pronta soddisfazione dovendo essere costretto ad ottenere un titolo in forza del quale poter esigere la prestazione dovuta. Ciò significa intentare un’azione giudiziale ( e risultare vincitore) prima di poter vedere soddisfatto il proprio credito ( a prescindere se dal debitore principale piuttosto che dal fideiussore).

Si tenga presente che la problematica dell’accessorietà non è soltanto tipica della fideiussione come codificata nel codice civile italiano ma istituti simili ( garanzie accessorie appunto) si ritrovano nell’ordinamento francese (sotto il nome di “ “Cautionement”) , nell’ordinamento tedesco ( denominato “Burgshaft” in contrapposizione al “Garantiewertrag” che invece è il contratto autonomo di garanzia) e nella tradizione anglosassone del common law ( genericamente conosciuta come “Guaranty”).

  **Il regime delle eccezioni**

L’art. 1945 c.c. recita: *“ Il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo quella derivante dall’incapacità”.*

Dalla lettura dell’articolo. si evince in maniera chiara ed inequivocabile la possibilità, per il fideiussore, di sollevare tutte le eccezioni riguardanti il rapporto garantito che potevano essere opposte dal debitore principale. Sia ben chiaro che tale diritto è un diritto proprio del fideiussore, che rimarrà valido anche in caso di rinuncia da parte del debitore principale. Il fideiussore potrà, oltre alle eccezioni proprie relative al contratto di fideiussione e all’eccezioni di nullità e di annullabilità viste in precedenza, opporre l’eccezione di adempimento, di prescrizione, di compensazione, di novazione. Per quanto riguarda invece il rapporto esistente tra il fideiussore ed il debitore principale garantito, il fideiussore ha l’onere di opporre le eccezioni rilevanti qualora il creditore si sia rivolto per l’adempimento direttamente a lui e non preventivamente al debitore principale stesso.

 **La preventiva escussione del debitore principale**

L’articolo 1944 c.c. sancisce la natura solidale dell’obbligazione del fideiussore in quanto al primo comma recita *“il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito”.* Nonostante la natura suddetta, che consente quindi al creditore di poter richiedere la prestazione direttamente al fideiussore, lo stesso articolo, al secondo comma, prevede la possibilità per le Parti di pattuire la preventiva escussione del debitore principale. Nel caso in cui una fideiussione preveda una clausola di tal genere, quindi, il creditore sarà costretto a richiedere la prestazione dovuta necessariamente prima al debitore principale e, qualora invece si sia rivolto al fideiussore , quest’ultimo avrà soltanto l’onere, se intende avvalersi del beneficio della preventiva escussione, in prima battuta, di indicare al creditore i beni del debitore da sottoporre ad esecuzione.

 **Il contratto autonomo di Garanzia**

Il contratto autonomo di garanzia è una figura di garanzia personale elaborata alla fine dell’800 dalla dottrina tedesca, denominata Garantiewertrag, in contrapposizione alla tipica figura della garanzia accessoria ( vedi riferimento al paragrafo 2.1).

Il Contratto autonomo di garanzia è quel contratto attraverso il quale un soggetto ( abitualmente una banca o una compagnia assicurativa), garante, si obbliga direttamente nei confronti di un soggetto beneficiario, al pagamento di una somma predeterminata nel caso in cui si verifichi un determinato evento, cioè il mancato o inesatto adempimento dell’obbligazione del debitore principale. Nonostante la menzione del rapporto principale non si configura una garanzia con il vincolo dell’accessorietà come in precedenza visto per la fideiussione, ma, all’opposto, la prestazione è totalmente svincolata, autonoma appunto, in quanto il rapporto obbligatorio nasce direttamente tra il garante ed il beneficiario, ed è verso quest’ultimo che si crea il vincolo obbligatorio. Sulla base di una semplice richiesta di pagamento inoltrata dal beneficiario al garante, ove si manifesta l’avvenuto l’inadempimento (o adempimento inesatto, o parziale a seconda dei casi) il garante verserà al beneficiario la predeterminata somma di cui all’obbligazione assunta in precedenza al momento dell’emissione.

Tale richiesta viene di solito definita nei testi delle garanzie autonoma come “a prima domanda”, “ a semplice richiesta”, e dalla quale deriva la definizione comune di “ garanzie a prima richiesta”. Tale concetto viene inoltre di solito rafforzato da ulteriori definizioni quali “ incondizionatamente”, “senza possibilità di sollevare eccezioni/contestazioni”, “senza riserva alcuna”, tutte tese a rafforzare il concetto dell’autonomia e a limitare le possibilità che il soggetto garante rifiuti l’adempimento richiesto dal beneficiario. In effetti, dopo aver visto il contenuto delle norme sulla fideiussione, il pensiero inevitabilmente corre alle caratteristiche di cui ai precedenti paragrafi. Orbene è in tali differenze che è possibile rinvenire la sostanziale differenza tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia. Mentre nelle prime (le fideiussioni) il vincolo dell’accessorietà comporta che la causa della fideiussione sia la garanzia dell’adempimento di un’obbligazione altrui, e pertanto l’obbligo del garante “segue” le sorti dell’obbligazione garantita, nel contratto autonomo invece l’obbligazione sorta nei confronti del beneficiario vive di vita propria e si assiste ad un’astrazione della causa, non essendoci alcun legame con il rapporto principale sottostante, valorizzando invece la natura, o meglio funzione, “indennitaria” della garanzia autonoma.

Per quanto riguarda il diritto italiano, al contrario della fideiussione che risulta disciplinata direttamente nel Codice Civile e pertanto figura tipica del nostro ordinamento, il riconoscimento del contratto autonomo di garanzia è avvenuto grazie ad una costante opera di riconoscimento da parte della Giurisprudenza ( sia di merito che soprattutto di legittimità) la quale attraverso un percorso a tappe ha riconosciuto tale figura come contratto atipico in virtù dell’art. 1322, comma secondo del Cod. Civ.

**Il contesto internazionale**

Per quanto riguarda il contesto delle transazioni internazionali, siano esse derivanti da operazioni squisitamente commerciali ( vendita) piuttosto che da operazioni più complesse quali i contratti di appalto internazionali, è bene svolgere alcune considerazioni.

Nonostante il tortuoso percorso interpretativo sinora esaminato in Italia si è addivenuti ad un ufficiale riconoscimento, e di conseguenza ad una tutela effettiva, delle garanzie autonome; in altri Paesi, seppur con modalità diverse piuttosto che in maniera più snella in quanto tali figure erano in alcuni casi previste dai singoli ordinamenti, la natura di tali strumenti di garanzia risulta pacifica. Tuttavia ci sono ancora numerosi ordinamenti che non riconoscono la figura del contratto autonomo di garanzia, oppure, nonostante la riconoscano, dalla prassi applicativa risultano di scarso utilizzo. Ne consegue che, in tali casi, se non ben comprese le differenze sinora esaminate, si corre il rischio di ricevere, in qualità di beneficiari, delle garanzie aventi natura accessoria e, di conseguenza, non riuscire ad escutere oppure escutere con notevoli difficoltà ed aggravi di costi, l’importo garantito in caso di inadempimento della controparte.

Viceversa, nei casi in cui il beneficiario risieda in tali Paesi, e la garanzia (come meglio vedremo nel paragrafo riguardante le garanzie indirette) nei suoi confronti venga emessa da una banca locale, si corre il rischio di veder prolungata la scadenza della garanzia in maniera analoga a quanto accade in Italia ai sensi dell’art. 1957 c.c. per la fideiussione.

Nonostante le garanzie autonome siano nate a copertura dell’adempimento di obblighi di “fare” tipici dell’appalto, nella prassi vengono emesse anche a copertura di obblighi di “dare” e quindi per l’ipotesi di mancato pagamento. Questo avviene soprattutto in contesti internazionali proprio per fornire al creditore, oppure al committente in caso di appalti, uno strumento di pronta risoluzione e in gradi di rendere sicuro l’incasso ( nel primo caso) o l’indennizzo (nel secondo caso). Proprio per la loro versatilità, e soprattutto per la natura eventuale e per la procedura più semplice rispetto al credito documentario, il loro utilizzo è notevolmente aumentato anche nel caso di rapporti continuativi di fornitura internazionale.

Al fine di poter garantire tuttavia la certezza in merito alla disciplina applicabile e soprattutto evitare l’insorgere delle problematiche sopra menzionate, si raccomanda l’utilizzo di tali strumenti accertandosi che siano sottoposti alle norme della camera di Commercio Internazionale URDG Pubbl. 758 ( vedi apposito paragrafo nel prosieguo) le quali, al pari di quanto visto per le UCP in merito ai crediti documentari, espressamente ne stabiliscono la natura autonoma.

Le garanzie bancarie internazionali possono essere emesse in due forme diverse, a seconda di quanti soggetti bancari vengano coinvolti in qualità di obbligati.

Avremo così le garanzie dirette, ove la banca garante risulta essere la banca del debitore o appaltatore che direttamente si obbliga nei confronti del beneficiario residente in altro Paese.

Qualora invece il beneficiario pretenda o ad ogni modo richieda di essere garantito da una banca locale residente nel suo paese sarà necessario invece procedere mediante l’emissione di una garanzia indiretta, dove la banca del debitore incaricherà una banca locale affinché quest’ultima rilasci una garanzia bancaria nei confronti del beneficiario (creditore o committente a seconda dei casi). In tal caso la banca del debitore ( cliente o appaltatore) svolgerà il ruolo di contro garante,cioè di soggetto che emetterà una controgaranzia nei confronti della banca garante.

 **Tipologie di garanzia bancaria internazionale**

Nella prassi internazionale, seppur mantenendo le caratteristiche dell’autonomia, si sono create tipiche figure di garanzia bancaria che differiscono non per la loro natura, ma che vengono emesse a copertura di determinati contratti o, come spesso accade per gli appalti che sono di regola a esecuzione differita richiedendo tempi notevolmente lunghi di realizzazione e comportano impegni finanziari non indifferenti, di determinate fasi di realizzazione dell’opera. Di seguito una breve esposizione delle figure più comuni:

*Bid Bond*

Il Bid Bond viene utilizzato nelle gare di appalto internazionale e viene richiesto dal committente a garanzia della serietà dell’offerta. Solitamente viene richiesto alle imprese partecipanti di rilasciare tale garanzia ( in misura percentuale rispetto all’importo della gara, ad es. 3% del valore dell’appalto) al fine di responsabilizzare i soggetti partecipanti. L’impegno prevede l’escussione qualora il soggetto che partecipa alla gara d’appalto, pur risultando aggiudicatario, rifiuti di procedere alla firma del contratto. In tal modo il committente viene indennizzato del danno arrecatogli dal soggetto che rifiuta di procedere alla stipula. Ad una approfondita analisi indirettamente tale strumento, si badi bene, consente di valutare anche la capacità finanziaria dei partecipanti alla gara nonché svolge una funzione deterrente nel caso in cui un soggetto intenda effettuare un’offerta al ribasso con il solo scopo di escludere altri partecipanti che potrebbero non presentarsi alla successiva gara che il committente sarà costretto a ripetere.

*Performance bond*

Tale strumento, genericamente inteso come garanzia di buona esecuzione, viene richiesto a tutela di una corretta esecuzione dei lavori, resta in vigore sino al termine dei lavori ( sino al collaudo dell’opera) ed è emesso allo scopo di indennizzare il committente in caso di lavori eseguiti in maniera difforme anche qualora la difformità venga evidenziata in fase di realizzazione dell’opera in seguito a ispezioni eseguite da parte di organi incaricati dal Committente.

*Advance Payment Bond*

Conosciuto anche con il nome di Down Payment Bond, la garanzia per l’anticipo versato è prevista per garantire il soggetto che, a titolo di anticipazione, versa una somma all’appaltatore piuttosto che al fornitore ( a seconda dei casi) e copre il beneficiario dal rischio che la controparte non effettui la fornitura/opera o, come previsto in alcuni casi, ne ritardi l’esecuzione.

*Warranty Bond*

Tale strumento prevede l’emissione di una garanzia bancaria a copertura del periodo di garanzia della fornitura effettuata, la cui emissione viene richiesta successivamente alla fornitura e/o al collaudo degli impianti. Il Debitore sarà spronato al rispetto dei termini della garanzia in quanto è ben cosciente che, in caso di ritardo degli interventi previsti dalle condizioni di garanzia il beneficiario potrà escutere prontamente l’importo della garanzia bancaria.

*Manteinance bond*

Tale strumento viene richiesto nei casi in cui, a seguito di una fornitura di macchinari, sia previsto dal contratto un periodo di assistenza tecnica o di affiancamento. Lo scopo è quello di garantire la puntuale esecuzione del programma di assistenza o di training concordato.

*Payment Bond*

Tale strumento è previsto qualora il totale o una parte del pagamento sia posticipato e fornisce all’esecutore/venditore uno strumento di pronto incasso in caso di inadempimento o di ritardo nell’esecuzione del pagamento.

*Custom Bond*

Tale strumento viene richiesto dalle autorità doganali di alcuni Paesi ( molto utilizzato negli USA) a copertura del pagamento dei dazi doganali da parte di un soggetto importatore.

*Altre forme di garanzia bancaria internazionale*

È bene rammentare che il *nomen* non costituisce di per se alcun elemento di differenziazione, pertanto nulla toglie che possano essere emesse garanzia bancarie internazionali aventi lo scopo di coprire altre fattispecie contrattuali. L’estrema versatilità della garanzia bancaria autonoma si presta pertanto ad un utilizzo ad ampio spettro. Pertanto è possibile strutturare , magari sotto la forma di Performance Bond inteso come garanzia di buona esecuzione, anche garanzia bancarie create ad hoc per una particolare fattispecie.

**Le norme ICC sulle garanzie bancarie URDG Pubbl. 758**

La pubblicazione URDG 758 della Camera di Commercio Internazionale è entrata in vigore il 1 Luglio 2010 sostituendo la precedente pubblicazione URDG 458. Il processo di revisione è durato circa 2 anni ed è frutto di un accurato studio al fine di rendere le garanzie bancarie internazionali uno strumento in grado di assicurare agli operatori del commercio internazionale un corpo di regole chiare ed uniformi.

La pubblicazione precedente (URDG458), nonostante fosse largamente utilizzata a livello internazionale (si pensi al riguardo che anche le norme FIDIC sugli appalti internazionali richiamavano la pubblicazione 458), seppur migliorando il contesto rispetto alla Pubblicazione URCG 325 ( risalente alla fine degli anni ’70 e che ebbe scarso riconoscimento) non è riuscita a raggiungere l’elevato grado di diffusione che invece hanno avuto altre norme ICC, quali ad esempio le norme sui crediti documentari ( dapprima le UCP 500 e dal 2007 le UCP 600), e presentava alcuni problemi applicativi che si spera la nuova pubblicazione sia in grado di risolvere.

Non essendo in questa sede possibile procedere ad un’accurata disamina delle singole norme ci si limiterà a segnalare i caratteri essenziali della pubblicazione 758 ed i principali cambiamenti rispetto alla pubblicazione precedente.

Innanzitutto è da segnalare come il numero di articoli sia aumentato di numero, passando dai 28 articoli della pubblicazione 458 ai 35 della pubblicazione 758. Così come avvenuto nel 2007 con la revisione delle norme sui crediti documentari, la nuova pubblicazione ha cercato di ricalcare le norme sui crediti documentari provvedendo ad eliminare ogni possibile ambiguità soprattutto di tipo terminologico procedendo, nei primi articoli, a fissare il campo di applicazione delle norme (art 1), le definizioni (art.2), l’interpretazione ed il significato dei termini (art. 3).

Allo scopo di rendere chiaro il carattere dell’autonomia della garanzia rispetto all’obbligazione garantita l’art. 5 identifica chiaramente la natura indipendente della garanzia rispetto a qualsiasi rapporto sottostante. Si tenga presente quanto sopra esposto in merito al riconoscimento del carattere dell’autonomia della garanzia, carattere non sempre riconosciuto in alcuni ordinamenti giuridici, e che quindi per essere tale deve risultare palese dal testo della garanzia stessa. Con le nuove norme, a prescindere dal testo della garanzia stessa e salvo specifiche deroghe alle norme URDG, sia l’autonomia che l’irrevocabilità della garanzia bancaria sono assicurate.

Un aspetto molto importante contemplato dalle nuove norme è dato dalla possibilità (del resto già presente nella prassi) di inserire tra le condizioni di escussione ulteriori documenti oltre alla richiesta (demand) di pagamento, consentendo quindi di condizionare l’escussione della garanzia e, di conseguenza, rendere tale strumento molto più versatile e sicuro rispetto al passato non soltanto per il beneficiario creditore ma anche per l’ordinante/debitore. Al fine di evitare incertezze in caso di escussione della garanzia la pubblicazione 758 disciplina in dettaglio sia le modalità di presentazione della richiesta di pagamento (art.14), sia i criteri che la banca deve seguire nell’esaminare la richiesta di pagamento e gli eventuali documenti richiesti (art.19).

Altri importanti cambiamenti riguardano le modalità di richiesta/escussione della garanzia, il termine temporale di 5 giorni che la banca deve osservare a seguito di richiesta di pagamento da parte del beneficiario, la disciplina delle modifiche, la disciplina della clausola “extend or pay”.

È da segnalare inoltre come l’articolo 25 disciplini in maniera più dettagliata rispetto alla pubblicazione 458 le ipotesi di riduzione e scadenza della garanzia. A tal proposito il sopracitato articolo stabilisce che, in caso di mancanza della data di scadenza della garanzia, la stessa si intende valida per tre anni.

Particolare menzione merita l’art. 26 che riguarda la disciplina dettagliata della garanzia in presenza di cause di forza maggiore, che viene regolamentata riguardo all’estensione della validità della garanzia (30 giorni), riguardo al momento in cui l’evento si sia verificato, alla sospensione del termine per l’esame documentario, all’obbligo di pagare (in caso di presentazione conforme) non appena sia cessato l’evento causa di forza maggiore.

Viene contemplata inoltre l’ipotesi della trasferibilità della garanzia (prendendo spunto dalla disciplina del credito documentario trasferibile) dettagliatamente regolamentata dall’art. 33.

Allo scopo di risolvere le problematiche emerse in passato, le nuove norme disciplinano dettagliatamente non soltanto il rapporto tra garante e beneficiario, ma, laddove la garanzia sia di natura complessa e coinvolga più soggetti, anche il rapporto tra garante e controgarante. Questo è un aspetto fondamentale se si considera che le controgaranzie vengono spesso richieste in presenza di transazioni extra Ue, perché le differenze cui si accennava precedentemente in merito alle caratteristiche giuridiche delle garanzie riguarda spesso Paesi extra Ue ( si pensi in proposito al noto problema della legge applicabile alle garanzie bancarie nei Paesi islamici). Da ultimo è da segnalare che, al fine di favorire la creazione di un modello standardizzato, la pubblicazione 758 contiene un’appendice ove è possibile rinvenire il modello da utilizzare sia per l’emissione della garanzia che per l’emissione della controgaranzia ed in aggiunta alcune clausole opzionali che possono essere inserite al fine di personalizzare la garanzia a seconda delle esigenze delle parti coinvolte.