

ANGELO BOGLIONE

*Avvocato del Foro di Genova*

## **DIRITTO DI RITENZIONE DELL'ARMATORE, PRIVILEGI MARITTIMI, *MARITIME LIENS* E DINTORNI**

### **I. IL DIRITTO DI RITENZIONE DEL CARICO IN DIRITTO ITALIANO**

Nell'ordinamento italiano il diritto di ritenzione, quale forma di autotutela conferita al detentore della cosa oggetto di prestazioni non ancora retribuite all'avente diritto, è di vasta applicazione; il suo tracciato legislativo è rinvenibile negli artt. 748, 936, 975, 1006, 1011, 1152, 1502, 2235, 2756, 2757, 2761 e 2794 cod. civ., oltreché nell'art. 437 cod. nav.

Salvo casi particolari (artt. 748, 936, 975, 1006, 1011 cod. civ.)<sup>1</sup> il diritto di ritenzione si esercita su beni mobili in forza del privilegio possessuale (art. 2756 e segg. cod. civ.) che faculta il creditore a domandare il sequestro conservativo della cosa se “ha fondati motivi di temere la rimozione della cosa dalla particolare situazione alla quale è subordinata la sussistenza del privilegio” (art. 2769 cod. civ.)<sup>2</sup>.

1 Art. 1006 e art. 2770 e segg. cod. civ.

2 Art. 671 c.p.c. - “Il sequestro conservativo previsto dall'art. 2769 (sequestro della cosa mobile soggetta a privilegio) è predisposto a tutela di quei crediti il cui speciale privilegio è subordinato dalla legge alla particolare situazione della cosa gravata e trova applicazione allorché il creditore abbia fondati motivi per temere che la cosa medesima venga rimossa dal luogo ove si trova. Il sequestro previsto dalla legge di rito (art. 671 c.p.c.), invece, presuppone un *periculum in mora*, inteso in un senso più generico e consistente nel fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, il quale va desunto dal comportamento del debitore e dalla sua capacità economica, valutata in rapporto di proporzione tra l'entità del patrimonio del debitore e l'ammontare dei debiti del medesimo. Essendo diversi i presupposti dei due sequestri, l'indagine del giudice, chiamato a decidere sulla convalida, deve rivolgersi, anzitutto, ad identificare la specie del sequestro richiesto, al fine di stabilire se, in relazione ad essa, sussistano gli elementi che condizionano la convalida medesima” (Cass. 22 giugno 1967, n. 1506).

Il codice della navigazione, in deroga alle disposizioni del codice civile<sup>3</sup>, stabilisce all'art. 575 che "l'ipoteca prende grado dopo i privilegi indicati nell'art. 552 ed è preferita ad ogni altro privilegio generale o speciale".

L'altra importante differenza si rinviene all'art. 565 cod. nav. secondo il quale sulla nave può solo concedersi ipoteca volontaria sicché non si può iscriverci ipoteca giudiziale o legale.

Nell'ambito degli obblighi di cooperazione incombenti sul contraente di un contratto di trasporto spicca per importanza, accanto a quelli di apporre sulle merci le marche di contrassegno e di consegnare al vettore le bollette doganali, l'obbligo di caricare le merci sulla nave vettrice e di pagare il nolo, doveri ai quali fa riscontro quello del vettore e, in suo luogo, del raccomandatario (art. 458 cod. nav.) di rilasciare al caricatore dapprima un buono di imbarco per le merci da trasportare e quindi, a consegna avvenuta, una ricevuta di bordo per le merci imbarcate oppure, quando sia stato convenuto, la polizza di carico recante le indicazioni di cui all'art. 460 cod. nav.

Salvo che il nolo sia stato pagato all'imbarco, l'art. 437 cod. nav. stabilisce che "Il Comandante, nel caso di mancato pagamento del nolo, può farsi autorizzare dall'autorità giudiziaria del luogo di scaricazione a depositare o, se sia necessario, a vendere tanta parte delle cose caricate quanta ne occorre per coprire il nolo e i compensi di controstellia, a meno che il destinatario provveda al deposito di una somma pari all'ammontare del credito al vettore".

Sul tema, sempre di attualità, della individuazione dei soggetti debitori del compenso di controstellia, G. Righetti<sup>4</sup> scrive che il *charterer* è di regola responsabile, in via principale, del pagamento del nolo e, in via eventuale, del compenso di controstellie, alla caricazione e alla scarica. La regola, sostiene il chiaro autore, in-

---

3 Art. 2748 - "Efficacia del privilegio speciale rispetto al pegno e alle ipoteche - Se la legge non dispone altrimenti, il privilegio speciale sui beni mobili non può esercitarsi in pregiudizio del creditore pignoratizio. I creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone altrimenti".

4 G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, parte II°, pag. 930.

contra eccezioni solo in presenza di una convenzione espressa che comporti la sua liberazione<sup>5</sup> e non sarebbe accettabile la tesi per la quale l'emissione di polizza di carico a favore (o girata a) di un terzo avrebbe sempre e comunque effetti liberatori per il *charterer*.

Secondo Righetti, "in difetto di inequivocabili pattuizioni di segno contrario, *charterers* e ricevitore - giratario della polizza restano solidamente obbligati al pagamento delle controstaillie maturate alla discarica"<sup>6</sup>.

Va infine segnalato, a proposito di pagamento del nolo, l'art. 455 cod. nav. a tenor del quale "Il vettore che esegue la riconsegna al destinatario senza riscuotere i propri crediti o gli assegni di cui è gravata la cosa o senza esigere il deposito della somma controversa, è responsabile verso il caricatore dell'importo degli assegni dovuti al medesimo e non può rivolgersi a quest'ultimo per il pagamento dei propri crediti".

La giurisprudenza<sup>7</sup> intravede sullo sfondo della norma una delegazione di pagamento al vettore conferitagli dal caricatore e dal legislatore che probabilmente ha inteso, così facendo, codificare una clausola consuetudinaria nella prassi dei traffici marittimi<sup>8</sup>.

5 Nello stesso senso P. Manca, *Studi di Diritto della Navigazione*, II, pag. 336 Rodière, *Traité de droit maritime*, I, pag. 293, Tiberg, *The claim for demurrage*, 1962, pag. 41, Summerskill, *Laytime* pag. 259, La clausola liberatoria per eccellenza che esime il *charterer* dall'obbligo del pagamento delle controstaillie è la *cesser clause*.

G. Righetti, *ibidem* pag. 931 che richiama l'art. 1407 cod. civ.

6 T. di Genova 1.IX.1951 in *Dir. Mar.* 1952, 587: "Ha natura giuridica di mandato il

7 contratto con cui il caricatore conferisce al vettore l'incarico di riscuotere a destino quella somma per cui la merce è gravata di assegno"; C. di A. di Trieste 5.IV.1952 in *Dir. Mar.* 1952, 548: "Debitore principale e diretto del nolo assegnato è il mittente avendo il destinatario veste di delegato al pagamento per conto del primo; l'obbligo del mittente rimane pertanto inalterato sino a quando il destinatario non effettua tale pagamento".

Righetti (op. cit. pag. 931) cita, quale clausola sintomatica di tale prassi tuttora in

8 vigore, quella del GENCON *charter party* che all'armatore, munito di *lien* (legale) a garanzia del pagamento del nolo, conferisce convenzionalmente lo stesso rimedio a protezione di controstaillie e *damages by detention*. La clausola recita: "Owners shall have a lien on the cargo for freight, dead freight and damages by detention. Charterers shall remain responsible for dead freight and demurrage (including damages for detention) incurred at port of discharge, but only to such extent owners have been unable to obtain payment thereof by exercising the lien on the cargo".

L'art. 437 cod. nav., a dispetto di qualche apparente analogia, non ha nulla a che vedere con l'art. 450 che si applica solo in caso di irreperibilità del destinatario ovvero se si presentano più destinatari o v'è opposizione alla riconsegna. In tal caso, senza necessità di adire l'Autorità Giudiziaria, il vettore deve chiedere immediatamente istruzioni al caricatore. Questi può disporre del carico a termini dell'art. 1685 del codice civile, salva la facoltà del vettore di provvedere al deposito o alla vendita delle merci nei casi previsti dallo stesso codice. Se il destinatario, dopo aver acquistato i diritti nascenti dal contratto, ritarda a ritirare il carico o sorge controversia intorno all'esecuzione della consegna, il vettore può procedere al deposito della merce presso un terzo a norma dell'art. 1514 del codice civile o, trattandosi di merci soggette a rapido deterioramento, alla vendita per conto del destinatario a norma dell'art. 1515 cod. civ., dandone avviso all'interessato.

La giurisprudenza ha stabilito che l'inosservanza degli obblighi di informativa stabiliti dagli artt. 1515 e 1718 cod. civ. preclude la liberazione del vettore dall'obbligo di riconsegna, obbligandolo a risarcire il danno<sup>9</sup>.

Secondo la Corte d'Appello di Genova<sup>10</sup> anche se l'art. 450 cod. nav. sembra riguardare solo il caso in cui non sia stata emessa polizza di carico, la norma si applica per analogia anche nel caso in cui sia stata emessa. Tuttavia nel caso in cui sia proposta opposizione alla consegna da parte di uno dei portatori delle polizze di carico relative alla stessa partita, le merci e/o il loro ricavato dalla vendita resteranno depositate fino alla conclusione della vertenza.

L'art. 437 cod. nav. è tuttora di ricorrente applicazione ed è passata al vaglio della giurisprudenza.

---

9 C. di A. di Trieste 30.XII.1946 in *Dir.Mar.* 1947, 256 con nota di Satta.

10 C. di A. di Genova 1.VIII.1959 in *Dir.Mar.* 1960 pag. 450.

## 2. EFFICACIA DELLE CLAUSOLE IN POLIZZA DI CARICO RICHIAMANTI UN *CHARTER PARTY*

Uno dei problemi che più di frequente si sono posti all'attenzione dell'interprete e dei giudicanti riguarda la correlazione tra le pattuizioni contenute nel *charter party* e quelle racchiuse nella polizza di carico; ci si domandava, in passato, se certe clausole del *charter party* e/o del contratto di noleggio (solitamente a viaggio) comportanti obblighi di prestazione a favore del vettore (quali il pagamento a destino del nolo o delle controstellie o altrimenti) siano da lui azionabili nei confronti del ricevitore solo in presenza di espressa menzione in polizza degli obblighi predetti; la giurisprudenza ha dato risposta positiva al quesito; essa appare logica e condivisibile posto che il ricevitore - destinatario delle merci, portatore di polizze di carico scevre da richiami al *charter party* e non menzionanti alcun obbligo specifico di pagamento di nolo o controstellie a destino, gode di una presunzione di irresponsabilità al riguardo non suscettibile di prova contraria, anche in omaggio al principio di letteralità dominante in tema di titoli di credito seppur solo rappresentativi quali le polizze di carico (art. 1993 cod. civ. raccordato all'art. 467 cod. nav.)<sup>11</sup>.

La conclusione sarebbe diversa in presenza di impegni assunti *aliunde*, per esempio nel contesto di un contratto di vendita recante l'obbligo del compratore - ricevitore di pagare il nolo assegnato o le controstellie maturate o maturande<sup>12</sup>.

In presenza di un obbligo siffatto, atteggiandosi a delegazione cumulativa di pagamento (art. 1268 cod. civ.) o a contratto a favo-

11 In argomento leggesi a commento del decreto del Presidente del Tribunale di Genova del 2 marzo 1988 la nota di E. Francardo in *Dir. mar.* 1990 pag. 715.

12 "Il principio della letteralità in materia di diritti di credito cosiddetti cartolari per cui, a tutela dei terzi giratari di buona fede, l'estensione, il contenuto, le modalità di esercizio ed ogni altro elemento principale od accessorio del diritto stesso devono risultare dalla lettera del titolo - con prevalenza, in caso di divergenza, della volontà dichiarata su quella reale - non viene in applicazione di fronte a mere lacune od imprecisioni del titolo che possano essere colmate o risolte utilizzando gli elementi cartolari e senza necessità di ricorso a documenti ulteriori (nella specie: il giudice di

re di terzo (art. 1411 cod. civ.) il vettore potrà escutere direttamente il ricevitore.

Non potrà invece farlo nel caso in cui, pur stabilendo il contratto di noleggio (solitamente in forma di *charter party*), il diritto del vettore al pagamento del nolo e delle controstallie, la polizza di carico non richiami espressamente le relative pattuizioni del *charter party*<sup>13</sup>.

Il problema dell'opponibilità o meno al portatore della polizza di carico delle clausole del *charter party* si pone non soltanto in assenza di una clausola di richiamo (nel qual caso la risposta negativa è scontata) ma anche in presenza di una clausola di riferimento, nel qual caso la risposta dipende dal tenore della clausola.

Dottrina e giurisprudenza inglesi, seguite da quella italiana, hanno stabilito<sup>14</sup> che l'espressione "all terms and conditions of the charter party dated... shall be considered as incorporated in

---

merito aveva ritenuto la validità di un titolo bancario recante la sigla "pag" perché leggibile, nel contesto, come inequivoca abbreviazione dell'espressione pagherò; la Cassazione ha confermato la detta decisione enunciando l'esposto principio" (Cass. 15 marzo 1986, n. 1770). "Il possesso materiale del titolo di credito costituisce presupposto essenziale per l'esercizio delle azioni cartolari, poiché la posizione di legittimo portatore coincide con la titolarità del diritto di credito azionato" (Cass. 3 ottobre 1990, n. 9778). "In tema di eccezioni opponibili al possessore di un titolo di credito, quelle derivanti dai rapporti extracartolari con i precedenti portatori non possono opporsi dal debitore ai portatori successivi solo quando questi sono rimasti estranei a quei rapporti e non anche quando vi abbiano partecipato, impegnandosi a loro volta" (Cass. 12 dicembre 1974, n. 4012).

13 In questo senso s'è pronunciato il Tribunale di Genova nella causa, ormai risalente, Terrestre Marittima c. Ditta Gregos & C. - Sentenza 4.VII.1954 in *Dir. Mar.* 1955 pag. 256 e in *Riv. Dir. della Nav.*, 1954, II, 266 con nota di P. Manca, *In tema di stallie e controstallie*. In quel caso la nave "Paralos" aveva consumato interamente il tempo di stallia alla caricazione ed era arrivata a Genova già in controstallie. La polizza di carico richiamava, incorporandolo, il contratto di noleggio che conteneva una clausola di reversibilità delle stallie (30 giorni) in base alla quale i giorni non consumati alla caricazione avrebbero potuto essere utilizzati a destino per la scaricazione e quelli usati nella caricazione avrebbero dovuto essere sottratti dall'intero periodo di stallia (30 giorni). Il Tribunale giustamente accolse la domanda del vettore che reclamava il pagamento delle controstallie maturate a Genova osservando che così stabiliva il *charter party* le cui pattuizioni, inequivocabili, erano vincolanti per il ricevitore in quanto incorporate nella polizza di carico; sicché, negoziandola, il ricevitore s'era sottomesso implicitamente a tutti gli obblighi in essa incorporati, ivi compreso il pagamento delle controstallie.

the bills of lading”, *aut similia*, non è sufficiente a considerare incorporata anche nelle polizze di carico - e quindi vincolante per i portatori delle stesse - pure la clausola compromissoria che compare solitamente nel *charter - party*, in quanto non assimilabile ad un ordinario *term* o *condition* del *charter - party*.

Affrontando il problema con riferimento alle controstallie, i giudici inglesi si son trovati ad affrontare un problema in più costituito dal fatto che, a differenza delle clausole arbitrali, quelle riferentesi alle controstallie attengono ad un profilo tipico (si potrebbe dire connaturato - *germane*) del trasporto marittimo. Si è sostenuto in Inghilterra che siccome il richiamo in polizza di carico del *charter - party* impegna il ricevitore - giratario a rispettare la lettera di pronteza della nave, essenziale per il decorso delle stallie e il calcolo delle controstallie, ciò sarebbe sufficiente a decretare la corresponsabilità del ricevitore, in solido col *charterer*, al pagamento delle controstallie. La tesi non ha avuto fortuna.

Nel caso “Miramar”<sup>15</sup> la *incorporation clause* del *Exxonvoy bill of lading* suonava: “*This shipment is carried under and*

---

14 L'autorevole Scrutton (Scrutton on Charter Parties and Bills of Lading, 19 ed. pag. 65) ricorda che l'analisi della clausola di incorporazione in una polizza di carico delle pattuizioni di un *charter - party* deve svilupparsi per gradi. La prima verifica tende a stabilire l'ampiezza della clausola di richiamo, fermo rimanendo che si intendono incorporate in polizza di carico solo le clausole del *charter - party* che attengono a caricazione, trasporto e scarica della merce (The “Annefield” [1971] p. 168 C.A.) sicché nei casi dubbi l'incorporazione va disconosciuta; la delibazione della clausola di richiamo deve essere ragionata, non puramente meccanica, e non consente di essere estesa oltre i limiti predetti, con esclusione delle controstallie (The “Annefield” cit. per Lord Denning, the “Merak” [1965] p. 223 (C.A.). Secondo il Tribunale di Genova (T. di Genova 17.III.1966 in Riv. Int. di Dir. Priv. 1966,581) “Il richiamo generale in una polizza di carico a tutte le pattuizioni in un *charter - party*, specificato quanto a data e luogo di stipulazione, se vale a recepire tutti i termini contrattuali compatibili con la natura dei singoli rapporti consacrati nella polizza (caricazione e scaricazione, stallie e controstallie, nolo, privilegi, etc.) non ha l'effetto di assoggettare l'emittente e il prenditore, nonché i giratari del titolo alla clausola compromissoria vincolante i contraenti del *charter*, a meno che la volontà delle parti diretta a tale assoggettamento sia specificamente espressa. Il negozio compromissorio, pur se contenuto in una singola clausola di un complesso strumento contrattuale, mantiene infatti una spiccata autonomia strutturale e funzionale e non può considerarsi semplicemente una condizione o termine del contratto in cui è inserito”.

15 *Miramar Maritime Corporation v. Holborn Oil Trading Ltd.* House of Lords 11.IV.1984 [1984] L.L. Rep. vol. 2 pag. 129.

*pursuant to the terms of the charter dated ... between ... and all terms whatsoever of the said charter except the rate and payment of freight specified therein apply to and govern the rights of the parties concerned in this shipment*". Seguiva la *demurrage clause* comportante l'obbligo pel *charterer* di pagare le controstallie, senza menzionare esplicitamente i portatori delle polizze di carico; tuttavia, per costringerli a pagare anch'essi le controstallie, gli armatori sostenevano che a tale effetto la parola "*charterer*" doveva essere letta "*consignee under a bill of lading*". Una simile "*verbal manipulation*", a detta del giudice di primo grado Lord Mustill, poi ascso alla House of Lords (e autore di memorabili sentenze quali la "Pine Top" in tema di *misrepresentation* in materia assicurativa), non era ammissibile; traendo spunto dalla *lien clause* (che conferiva all'armatore un *absolute lien* per il pagamento di freight, dead freight, demurrage and costs esercitabile anche dopo la consegna del carico ai portatori delle polizze di carico o ai depositari) Mustill ne desunse che tale rimedio costituiva l'unica risorsa a disposizione del *charterer*, precludendogli la possibilità di escutere i portatori delle polizze di carico.

Lord Diplock, approvando il rigetto della domanda armatoriale decretata in primo e secondo grado (da Lord Donaldson), la considerò inaccoglibile per ragioni ermeneutiche diverse, non ritenendo plausibile che la negoziazione di una polizza di carico richiamante le clausole del *charter - party* comportasse l'accollo di controstallie, maturate o maturande per importi notevoli quanto imprevedibili<sup>16</sup>.

Ciò premesso Lord Diplock concluse affermando che il richiamo in polizza di carico di un *charter - party* contenente clausole

---

16 "So if the owners are right in their contention ... that every consignee ... is not only accepting personal liability to pay the owners freight, as stated in the bill of lading, but is also accepting blindfold a potential liability to pay an unknown and wholly unpredictable sum for demurrage which may, unknown to him, already have accrued or may subsequently accrue without any liability on his own part to prevent it, even though that sum may actually exceed the delivered value of the goods to which the bill of lading gives title... I venture to assert that no business man who had not taken leave of his sense would intentionally enter into a contract which exposed him to a potential liability of this kind".



pur connaturate a un *charter - party* non consente di considerare il ricevitore del carico (in assenza di una apposita clausola di riferimento in polizza di carico) alla stregua di un *charterer*, assoggettandolo al pagamento delle controstaillie da esso dovute. Secondo la House of Lords nessuna persona di buon senso accetterebbe un rischio del genere, senza sapere in anticipo l'entità delle controstaillie maturate o maturande, che potrebbero anche oltrepassare il valore del suo carico.

### 3. I MARITIME LIENS E LA LEGGE DISCIPLINATRICE DEI PRIVILEGI MARITTIMI

Tuttora ci si interroga sulla natura, sostanziale o processuale, del diritto di ritenzione e la questione (tutt'altro che accademica) se la sono posta anche i giuristi anglosassoni con riferimento ai *maritime liens*, costituenti un importante capitolo del diritto marittimo. In Italia è merito del Prof. M. Deiana averlo affrontato con grande acribia<sup>17</sup> in una monografia organica e approfondita.

È stato sostenuto<sup>18</sup> che “Se la legge della bandiera conferisce al Comandante il diritto di ritenzione sulle merci senza necessità di rivolgersi all'autorità giudiziaria, l'esercizio di questa ritenzione incide anche sul campo sostanziale senza sconfinare in quello processuale con la conseguente inapplicabilità delle norme processuali”. In realtà l'art. 437 impone al Comandante di farsi autorizzare dall'Autorità Giudiziaria territorialmente competente attribuendo così al diritto di ritenzione un'indelebile connotazione processuale; persiste tuttavia anche un'innegabile valenza sostanziale, riconoscibile nei privilegi possessuali stabiliti dalla legge su determinati beni mobili (art. 2756 cod. civ. e segg. - *in primis* l'art.

17 M. Deiana, *I liens nei contratti di utilizzazione della nave*, Giappichelli, 1995.

18 P. Manca, *Studi di Diritto della Navigazione*, vol. II, pag. 208: “In realtà sembra sostenibile che l'art. 437 cod. nav., norma di diritto interno avente portata generale, sia applicabile anche all'armatore straniero che può invocarla indipendentemente dal disposto della legge della bandiera che potrebbe disporre diversamente”. Se questo è vero la natura sostanziale del diritto di ritenzione stingerebbe assumendo colorazioni eminentemente processuali.

2761 che li conferisce al vettore, al mandatario, al depositario e al sequestratario).

La disputa, accesa anche in diritto inglese, non è puramente teorica in quanto negli ordinamenti (come quelli anglosassoni) che accolgono la teoria processuale, il ricorrente che vanta un *lien* è tutelato innanzitutto sotto il profilo giurisdizionale e può radicare una *actio in rem*, sequestrando la nave nante la Admiralty Court di approdo. Un'importante differenza, in diritto inglese, sussiste tra *maritime liens* e *maritime claims*. Entrambi conferiscono al reclamante il diritto di adire la Admiralty Court, ma solo i *maritime liens* conferiscono priorità all'*actio in rem* dotata di diritto di seguito prevalente anche di fronte all'acquirente di buona fede. Il *maritime claim* non ha natura privilegiata, pur essendo anch'esso esercitabile di fronte all'Admiralty Court con una *actio in personam* nei confronti del debitore.

Avvertono i commentatori<sup>19</sup> che la nozione di *maritime claim* compare nella Convenzione internazionale per il sequestro di navi del 1952 per contraddistinguere i reclami che consentono il sequestro conservativo della nave e viene utilizzata in Inghilterra per contrassegnare le azioni proponibili nell'ambito della Admiralty Jurisdiction della High Court a sua volta regolata dal punto di vista processuale dal Supreme Court Act del 1981<sup>20</sup>.

L'*actio in rem* caratterizza<sup>21</sup> quattro tipi di domande: (1) i reclami assistiti da un *maritime lien* sul bene aggredibile con l'azione suddetta, anche in presenza di *other charges* su di esso gravanti; (2) i reclami protetti per legge con una *actio in rem* su un determinato bene; (3) i reclami esercitabili con una *actio in rem* contro

19 D. C. Jackson, *Enforcement of maritime claims*, LLP, 1985, pag. 10.

20 *Enforcement of maritime claims*, cit. pag. 15.

21 Va ricordato (Jackson, *Enforcement etc.*, pag. 16) che i reclami per (i) salvataggio (ii) danni provocati da una nave (iii) salari degli equipaggi (iv) o del Comandante (v) o spese da lui effettuate oltre a (vi) *bottomry and respondentia*, corrispondenti ai privilegi speciali gravanti sulla nave di cui all'art. 552 cod. nav., altri reclami possono aspirare ad essere inseriti nella categoria purché rispondano esattamente ai requisiti richiesti dalla legge inglese (The *Haleyon Isle* [1981] A.C. 221; "The *Acrux*" [1965] Ll. L. Rep. pag. 365).

la nave o la “*sister ship*” in presenza di responsabilità armatoriale *in personam*; (4) altri reclami contemplati dal Supreme Court Jurisdiction Act del 1981<sup>22</sup> che alla Sect. 20 (1) e (2) ammette la possibilità di utilizzazione promiscua dell’*actio in rem* e di quella *in personam* se al momento della nascita del reclamo, in senso sostanziale, e dell’esercizio dell’azione, vi è identità soggettiva del convenuto, riconosciuto *beneficial owner* “as respects all the shares in the ship when the jurisdiction was invoked”. Jackson sostiene che la Sezione 20 dell’ Administration of Justice Act 1956 “linked the *actio in rem* to liability *in personam* of the user (i. e. owner, charterer or in possession or in control) who was or by the time of issue of the writ had become the owner”<sup>23</sup>.

La giurisprudenza britannica però non ammette il sequestro della nave noleggiata a scafo nudo dal *demise charterer* a tutela di un reclamo esercitabile nei suoi confronti sotto forma di *actio in personam*, non convertibile in “*actio in rem*”<sup>24</sup>. La dottrina critica però<sup>25</sup> l’interpretazione restrittiva della Convenzione sul sequestro di navi del 1952 adottata dalla giurisprudenza inglese, ammettendo che la Convenzione consente il sequestro della nave “*in respect of which the claim arose... whoever is responsabile in respect of*

22 Jackson cit. scrive (pag. 75 nota 15) che “*Strictly the amendment means that a ship owned, chartered or in possession or control of a person liable on a claim when the cause of action arose on demise chartered by the same person at the time the action is brought, may be attacked through an actio in rem. In practice it is surely the ship under demise charter at both times that is the prime focus of the amendment*”.

23 E cioè quando è emessa la citazione, pur se non ancora notificata (la distinzione da noi è inconcepibile perché in diritto italiano essa trae certezza dalla notifica alla controparte) The “Monica” [1968] 2 Ll. Re. pag. 741; The “Vasso” [1984] 1 Ll. L. Rep. 235.

24 Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, cit. pag. 75 ricorda la sentenza pronunciata nel 1970 nel caso “The Andrea Ursula” [1973] Q.B. 265 in cui il giudice Brandon attribui al *demise charterer* la qualifica di *beneficial owner*. Senonché nel 1977 nella causa concernente la nave “Congreso del Partido” [1978] All E.R. pag. 1169 la Corte d’Appello per bocca del giudice Goff statui che “*beneficially owned*” meant what it said; i. e. *equitable ownership whether or not accompanied by legal ownership*”. E finalmente nel 1979 il giudice Sheen nel caso The “Father Thames” [1979] 2 Ll. L. Rep. 364 stabilì che il noleggiatore a scafo nudo non poteva presumersi *beneficial owner* della nave e non concesse la tutela dell’*actio in rem* alla domanda promossa a tutela di un credito nato nei confronti del *demise charterer*.

*the claim, and there is no reference to ownership or any other link at the time the action is brought*". Il bipolarismo tra "issue" e "service" ripropone il dissidio esistente in tema di *maritime lien* mentre la nozione di *beneficial owner* pone il problema della sua identificazione in contrapposizione a quello del *registered owner*. La dottrina<sup>26</sup> fa riferimento all'*equitable owner*, ma la teoria dell'*equity* almeno per i giuristi continentali, non è di grande aiuto.

In Inghilterra vi è piena consapevolezza, da un lato, che l'appartenenza di una nave ad una persona giuridica non può essere messa in discussione, ma anche, dall'altro, che l'espedito di intestare ogni singola nave ad una società diversa si presta ad abusi non controbilanciati dalla (sola) possibilità - per chi si impegni nell'ardua impresa del "*piercing the corporate veil*" - di smascherare la natura fraudolenta dell'intestazione (fittizia) della nave a persona giuridica diversa dal reale ma occulto proprietario<sup>27</sup>.

Il modello tradizionale di *beneficial ownership* è rinvenibile nel soggetto che finanzia l'acquisto di una nave e che, a garanzia del recupero della somma mutuata, iscrive ipoteca sulla stessa facendosi anche cedere i noli percepibili dal noleggiatore della nave. Ma il vero problema insorge nei casi (e sono la maggioranza) in cui gli armatori per sfuggire ai creditori (fisco e avversari, in genere) ricorrono ad intestazioni surrettizie di cui è ben difficile provare la fraudolenza dato che va provata rigorosamente e non è sorretta da alcuna presunzione.

Smascherare i reali proprietari - armatori è operazione difficilissima perché la creazione di società (persone giuridiche) distinte dai soci (persone fisiche) è perfettamente legittima sicché, salvo il caso di concentrazione di tutte le azioni in una sola persona (che risponderà allora illimitatamente in caso di insolvenza della società - art. 2362 c.c.), colui che struttura la sua flotta in tante società distinte, affidandone la gestione ad altrettanti *bare - boat charterers*, solitamente può, confidando anche sull'anonimato azionario tuttora concesso

---

25 Jackson cit pag. 75.

26 Jackson cit. pag. 77.

27 "The Trader" [1981] 2 Ll. L. Rep. 153.

in molti ospitali ordinamenti stranieri, rimanere nell'ombra.

Anche nei regimi anglosassoni, squarciare simili cortine protettive (attraverso la tecnica del "pierce the veil")<sup>28</sup> è tutt'altro che agevole. L'ordinamento più avanzato in materia è quello sudafricano. Dopo le modifiche introdotte nel 1983 all'Admiralty Jurisdiction Regulation Act 105 in Sud Africa è consentito il sequestro conservativo di una "associated ship" per definizione diversa da quella oggetto del reclamo originario (contrattuale o extra - contrattuale) ma cionondimeno espropriabile a soddisfazione del medesimo, al verificarsi di precise condizioni, ben al di là delle situazioni caratterizzate dalla sussistenza di un "maritime lien" o di una semplice "créance maritime" contemplata dalla Convenzione Internazionale sul sequestro di navi del 1952<sup>29</sup>.

In nessun ordinamento europeo compaiono norme così avanzate come quelle sudafricane citate.

28 Per un'accurata e aggiornata analisi della legislazione e dell'orientamento giurisprudenziale dominante in Francia, in Inghilterra e negli Stati Uniti leggasi: F. BERLINGIERI, *Sister ships e navi apparentés*, in *Dir.Mar.* 1998 pag. 315. Negli ordinamenti anglosassoni è stata elaborata la teoria c.d. del "piercing the corporate" utilizzabile in caso di frode o quando "the corporation has been used as an alter ego" (*Itel Containers International Corp. v. Atlantzatic Export Serv. Ltd.* 909 F. 2nd 692-2-p-703 (1990); cfr. WILFORD COGHLIN e KIMBALL 1995, *Time Chart*, cit. pag. 75 e segg. La giurisprudenza inglese, molto meno condiscendente di quella statunitense, pur consentendo di "pierce the veil" in caso di frode (*Guilford Motor Co. v. Home and Another* (1933) all E.R. 109) difficilmente considera raggiunta la prova che, nonostante le apparenze derivanti dall'intestazione presso società separate e distinte di diverse navi, il "beneficial owner" sia lo stesso, sotto mentite spoglie. Come giustamente nota F. BERLINGIERI (ibidem pag. 335) la giurisprudenza inglese nulla concede alla teoria della "domination" utilizzata negli Stati Uniti per scardinare lo schermo delle società di comodo (single ship companies) e su cui si fonda il concetto di "control" da cui la legge sud-africana ricava quello di "associated ship".

29 La Sezione 3 (6) - (7) recita: (6) *Subject to the provisions of subsection (9), an action in rem, other than such an action in respect of a marine claim contemplated in paragraph (d) of the definition of "maritime claim" may be brought by the arrest of an associated ship instead of the ship in respect of which the maritime claim arose.* (7) *For the purpose of subsection (6) an associated ship means a ship, other than the ship in respect of which the maritime claim arose - (i) owned, at the time when the action is commenced, by the person who was the owner of the ship concerned at the time when the claim arose; or (ii) owned, at the time when the action is commenced, by a person who controlled the company which owned the ship concerned when the maritime claim arose; or (iii) owned, at the time when the action is commenced, by a company which*

La giurisprudenza francese<sup>30</sup> attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 3 (2) della Convenzione del 1952 sul sequestro di navi, ha condannato i proprietari per debiti attinenti ad una nave diversa da quella in relazione alla quale era sorto il credito riconoscendo, di volta in volta, che i soci erano sostanzialmente gli stessi o appartenevano alla stessa famiglia.

Ultimamente però la Cassazione Francese ha impresso una sterzata alla propria giurisprudenza, in senso conservatore<sup>31</sup> negando la fittizietà dell'intestazione di due navi a società, formalmente di-

---

*is controlled by a person who owned the ship concerned, or controlled the company which owned the ship concerned, when the maritime claim arose. (b) For the purposes of paragraph (a) - (i) ships shall be deemed to be owned by the same persons if the majority in number of, or of voting rights in respect of, or the greater part, in value, of the shares in the ships are owned by the same persons; (ii) a person shall be deemed to control a company if he has the power, directly or indirectly, to control the company; (iii) a company includes any other juristic person and any body of persons, irrespective of whether or not any interest therein consists of shares. (c) If at any time the ship was the subject of a charter - party the charterer or sub-charterer as the case may be shall for the purpose of subsection (6) and this subsection be deemed to be the owner of the ship concerned in respect of any relevant maritime claim for which the charterer or the subcharterer, and not the owner, is alleged to be liable”.*

30 Art. 3 (2): “Des navires seront réputés avoir le meme propriétaire lorsque toutes les parts de propriété appartiendront à une meme ou mêmes personnes”. E’ consentito, in base all’art. 3 - par. 2 della Convenzione di Bruxelles del 1952 sul sequestro conservativo di navi, il sequestro di una nave di società diversa da quella proprietaria della nave in relazione alla quale è sorto il credito allorchè i patrimoni delle due società sono uniti attraverso i soci, membri della stessa famiglia (Cass. francese 12 febbraio 1991, *Brave Mother Shipping Ltd e Maritime Transports Overseas* navi “*Brave Mother*” e “*Brave Thenis*”, in *Dir.Mar.* 1992 231).

“É ammissibile il sequestro di una nave non appartenente alla società debitrice allorchè quest’ultima e la società proprietaria sono collegate e gestite dallo sesso azionista, in quanto ciò crea un’apparenza di unità che i terzi possono legittimamente invocare” (App. Bordeaux 13 giugno 1990, *Constance Navigation c. Compania Cornuesa di Navegacion e altri* - “*Osiris*” *Dir.Mar.*, 1992, 233).

“Ai sensi dell’art. 3 della Convenzione di Bruxelles del 1952 sul sequestro conservativo di navi, il sequestro può essere richiesto solo sulla nave cui il credito si riferisce o su altra nave appartenente a colui che, al momento della nascita del credito, risultava proprietario della nave cui il credito si riferisce” (T. Comm. Rouen 1 aprile 1980, *Capitaine del “Aliakman - Prosperity” c. Gic Uniport* in *Dir.Mar.* 1981, 90).

In argomento: M. LOPEZ DE GONZALO, *Indicazioni della giurisprudenza francese in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1952 sul sequestro di navi*, in *Dir.Mar.* 1981, 82.

31 Cass. (Francia) 19 marzo 1996, *Lemphy Maritima Enterprise c. Mohamed Zaatari & Bros. e Compagnie Al Ithad al Watani “Alexada III”*, in *Dir. Mar.* 1996 pag. 803.

stinte, sol perchè gestite dalla stessa società di gestione svizzera, il cui amministratore delegato era anche presidente di una delle due società intestatarie delle navi.

In Italia la giurisprudenza<sup>32</sup> ha affermato che “Il problema della costituzione di società per azioni preordinata, con il concorso di finti soci, al concentramento delle azioni in una sola persona, non va risolto sul terreno della simulazione (la quale non si cela nel mezzo prescelto, realmente voluto, ma nel risultato da raggiungere, ossia nel permettere al vero titolare dell’azienda l’esercizio dell’impresa nel proprio esclusivo interesse con responsabilità limitata al valore del capitale versato) ma piuttosto sul terreno della responsabilità sussidiaria, personale ed illimitata, del socio effettivo, la quale amplia la garanzia patrimoniale dei terzi (ciò in analogia con quanto disposto dall’art. 2362 del cod. civ. per l’ipotesi del concentramento delle azioni in un’unica mano in epoca successiva alla costituzione della società)”.

In presenza di una pluralità di navi, intestate a società diverse ma gestite unitariamente, con un’unica organizzazione facente capo a vertici decisionali unificati e solo apparentemente diversificati a mezzo di società sottocapitalizzate e prive di reale autonoma organizzazione, l’esigenza della tutela dei terzi, avvertita e perseguita dal legislatore col disposto dell’art. 2362 c.c., non sembra rispettata.

In questa prospettiva il codice ISM presenta innovazioni suscettibili di provocare importanti conseguenze, irradiantisi al largo raggio per l’effetto concatenato degli artt. 4 e segg.

Evidentemente la possibilità (offerta dall’art. 4 attraverso l’innovativa creazione del DP (designated person) di individuare la persona che ha accesso al “the highest level of management” consente di risalire, attraverso di lui, al detentore del potere decisionale nel seno della società; ma se - in caso di pluralità di navi, formalmente appartenenti a società separate ma gestite unitariamente, all’interno dello stesso “management”, il DP è lo stesso e gli stessi sono i soggetti situati al vertice decisionale delle varie società armatrici, inte-

---

32 Cass. 9 dicembre 1970, n. 2602 in *Dir. fall.* 1971, II, pag. 481, *Item e Valentini c. Item.*



statarie delle navi, la “*association*” tra le stesse - nell’ottica della legge sudafricana - sarà innegabile; e così pure sarà comprovabile - in quella della giurisprudenza statunitense del secondo circuito Newyorchese - la “*domination*”.

Negli ordinamenti nei quali (come in quello italiano) il concetto di “*associated ship*” è sconosciuto, il sequestro (e l’eventuale espropriazione) di una nave diversa da quella rifornita o implicata possono essere consentiti solo se il credito è munito di privilegio speciale di cui all’art. 552 cod. nav. ovvero costituisce “creance maritime” a sensi dell’art. 1 della Convenzione del 1952 sul sequestro di navi<sup>33</sup>.

33 L’art. 9 della Convenzione precisa che essa non crea alcun diritto di azione né privilegio speciale (*maritime lien*) non contemplati dalla legge regolatrice della controversia. Risolvendo una controversia in tema di credito da rimorchio, costituente “creance maritime” o “*maritime claim*” a sensi dell’art. 1 (j) della Convenzione ma non privilegio speciale ex art. 552 cod. nav., il Giudice delegato di Bari (*Les Abeilles e Ass. Piloti di Boulogne c. Medimare*), con provvedimento del 26 novembre 1996 (inedito) ha concesso il sequestro conservativo della nave “*Sea Road*” anche per il credito da rimorchio. Il magistrato ha motivato la concessione del provvedimento cautelare osservando che il “*maritime claim*”, concesso dalla Convenzione per determinati crediti, pur non sostanziando una causa legittima di prelazione, introduce un particolare strumento di tutela di natura processuale, riconducibile al sequestro conservativo, che non trova un limite insuperabile nell’elenco dei privilegi previsti dalla legge in vigore nel paese dove siede il giudice adito in via cautelare. In senso contrario leggasi (in *Dir. Mar.* 1998 pag. 430) l’ordinanza del Tribunale di Latina ex art. 669 sexties del 9.XI.96 in causa *Shifco e Mabutrans* che non sembra però cogliere la *ratio* della Convenzione in tema di “*maritime claim*”. Va ricordato che nei Paesi anglosassoni di regola l’“*actio in rem*” consente, oltre al sequestro della nave, di radicare la causa nel merito; non così il sequestro conservativo (*saisie conservatoire*) in Francia (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 1985, parag. 459; D.R. THOMAS, *Maritime Liens*, 1980 parag. 67 pag. 43; D.C. JACKSON, *Enforcement of maritime claims*, 1985 pag. 15) né in Italia dove per questo la tutela del creditore spesso non va oltre l’aspetto meramente cautelare. Rivelatore dello sforzo della giurisprudenza inglese di continuare a incardinare la giurisdizione attraverso l’“*actio in rem*” è il caso “*Bergen*” (1997 - Ll. Rep. 380). La nave “*Bergen*”, appartenente ad una società d’armamento tedesca, con sede legale in Germania, fu sequestrata in Gran Bretagna dai proprietari di un carico danneggiato che agivano “*in rem*”; la polizza di carico conteneva una clausola secondo la quale “*any dispute arising under this bill of lading shall be decided in the country where the carrier has his principle place of business and the law of that country shall apply*”. Avendo Inghilterra e Germania ratificato la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione, l’armatore - vettore tedesco, confidando sull’art. 17 della Convenzione che privilegia la scelta della giurisdizione operata dalle parti, chiese che la Admiralty Court declinasse



Negli ordinamenti aglosassoni la tutela dei creditori attraverso l'esercizio dell'*actio in rem* può risultare più proficua, potendo solitamente il sequestrante radicare anche la giurisdizione, salvo che a ciò si oppongano patti particolari o nome di diritto uniforme.

---

la giurisdizione inglese in favore di quella tedesca. Gli attori invocavano invece l'art. 7 (1) della Convenzione del 1952 sul sequestro di navi che consente al reclamante di far giudicare anche il merito della causa dal giudice competente in via cautelare se la *lex fori* lo prevede. Invocavano pure l'art. 57 (2) della Convenzione di Bruxelles del 1968 che, in deroga all'art. 17, stabilisce che "... *this Convention shall not prevent a Court of a contracting state which is party to a Convention ...*". Nel dilemma tra l'applicazione dell'art. 17 oppure dell'art. 57 (2) della Convenzione di Bruxelles del 1968 il giudice Clark, ammettendo la mancanza di precedenti, riconobbe la sussistenza della giurisdizione inglese sulla scorta della decisione del giudice Hobbouse nel caso "The Anna H" (1955) Ll. Rep. 11 e 18 che, distinguendo tra convenzioni speciali (quale quella sul sequestro di navi) e generali (quale quella di Bruxelles del 1969 sulla giurisdizione) ritenne prevalente la prima; gli stessi principi emergono dalla sentenza della Corte d'Appello in causa *Continental Bank v. Aeakos* (1994) 1 Ll. Rep. 501, 510 e 596). Commentatori inglesi (D. Mackie - "*The Arrest Convention bites bank? Arrest confers merits jurisdiction despite exclusive jurisdiction clause*" - in *International Journal of Shipping Law* 1998 pag. 189) riconoscono che la decisione nel caso "*Bergen*" potrebbe essere in contrasto con quella presa dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee nel caso "*Maciej Rataj*" (in *Giur. it.* 1995 - I - pag. 929). La controversia trae impulso da una serie di cause promosse in Olanda dagli armatori della nave vettrice "Tatry", in prevenzione, al fine di essere dichiarati non responsabili per la contaminazione di un carico di olio di soia e, in via subordinata, per essere ammessi alla procedura di limitazione; a tali cause se ne contrapponeva un'altra, "*in rem*", promossa in Inghilterra da alcuni ricevitori che avevano sequestrato la nave "*Maciej Rataj*" di proprietà dello stesso armatore della nave vettrice "Tatry". Gli armatori contestavano la giurisdizione inglese chiedendo che la causa venisse rimessa al giudice olandese a norma dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968, per litispendenza o, in subordine, a sensi dell'art. 22 per connessione. L'Admiralty Court affermò la giurisdizione inglese ma la Corte d'Appello, visti gli artt. 21, 22 e 57 della Convenzione di Bruxelles e l'art. 7(2) di quella del 1952 sul sequestro di nave, sospendeva il giudizio e sottoponeva alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee una serie di quesiti assai elaborati concernenti l'interpretazione e la portata degli articoli sopra riferiti delle due Convenzioni citate. La Corte decideva innanzitutto che "l'art. 57 introduce una deroga alla norma generale secondo cui la convenzione ha priorità sulle altre convenzioni ... in materia giurisdizionale. Scopo di tale deroga è il rispetto delle norme di competenza stabilite da convenzioni speciali, norme emanate tenendo conto della peculiarità delle materie che esse disciplinano. Alla luce di queste finalità, l'art. 57 va inteso nel senso che esclude unicamente l'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles a questioni disciplinate da una convenzione speciale. ... Stando così le cose, quando una convenzione speciale contiene talune norme di competenza ma non comporta nessuna disposizione sulla litispendenza e sulla connessione, vanno applicati gli artt. 22 e 23 della Convenzione di Bruxelles". In merito al concetto di "stesse parti" di cui all'art. 21 la Corte statui che "la norma esige, come presupposto

E' dubbio che risultati simili a quelli conseguibili in Sud Africa attraverso la teoria della "*associated ship*" siano raggiungibili in Italia nell'ambito dell'art. 2362 c.c. comportante la responsabilità sussidiaria illimitata dell'unico azionista in caso di insolvenza della società.

---

all'obbligo del secondo giudice adito di declinare la propria competenza, che le parti dei due procedimenti siano identiche ... Quest'interpretazione dell'art. 21 comporta effettivamente un frazionamento della controversia. Tuttavia l'art. 22 attenua quest'inconveniente; infatti esso consente al giudice successivamente adito di sospendere il procedimento e di dichiarare la propria incompetenza per connessione di cause se ricorrono i presupposti elencati nel detto articolo". Nel prosieguo della sentenza la Corte stabilì che ai sensi dell'art. 21 della convenzione il "titolo comprende i fatti e la norma giuridica adottata a fondamento della domanda aggiungendo che 'quanto all'oggetto' ai sensi del medesimo art. 21, esso consiste nello scopo della domanda". Infine la Corte decise che "... l'art. 22 della convenzione va interpretato nel senso che, affinché l'azione proposta in uno stato contraente da un certo gruppo di proprietari di navi contro il proprietario di una nave, al fine del risarcimento di un danno causato da una parte del carico trasportato alla rinfusa nell'ambito di contratti distinti ma identici, sia connessa all'azione di danni proposta in un altro stato contraente avverso lo stesso proprietario della nave dai proprietari di un'altra parte del carico, trasportato nelle stesse condizioni e nell'ambito di contratti distinti ma identici, è sufficiente che la loro istruzione e decisione separate comportino il rischio di pronunce contrastanti, senza che sia necessario che si configuri il rischio di conseguenze giuridiche che si escludono reciprocamente". L'art. 57 (2) della Convenzione di Bruxelles del 1968 ("La presente convenzione non deroga alle convenzioni ... che, in materie particolari, disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni") e l'art. 7 della Convenzione del 1952 del sequestro di navi (che riconosce la sussistenza della giurisdizione nel merito al Tribunale che ha concesso il sequestro "si ces tribunaux son compétents en vertu de la loi interne de l'Etat dans le quel la saisie est pratiquée") non esauriscono il quadro normativo che si arricchisce dell'art. 7 (3) della Convenzione sul sequestro di nave ("Si les conventions des parties contiennent soit une clause attributive de compétence à un autre jurisdiction, soit une clause arbitrale le Tribunal pourra fixer un délai dans le quel le saisissant devra engager son action au fond"). Quest'ultima norma è stata disattesa nel caso "Bergen" dalla Corte d'Appello perchè la Convenzione sul sequestro di nave non sarebbe "incorporated" nell'ordinamento inglese. Il giudice Clark ritenne altresì che il sostrato di fatto fosse ben diverso da quello considerato nel caso "Maciej Rataj". Sottigliezze giuridiche in tema di "incorporation" a parte, pare sommamente a chi scrive che, data la prevalenza della Convenzione del 1952 sul sequestro di navi sul diritto interno delle nazioni ratificanti (Regno Unito compreso), alla clausola contrattuale di proroga della giurisdizione, in favore di quella tedesca, doveva esser riconosciuto valore predominante in guisa da consentire solo il sequestro conservativo della nave "Bergen" in Inghilterra, riservando al giudice tedesco, prescelto dalle parti, ogni decisione di merito.

A parte la rigorosissima interpretazione riservata fin'ora alla norma dalla Cassazione<sup>34</sup> in assenza di norme “*ad hoc*” che (come nell'ordinamento sudafricano) alleggeriscono l'onere probatorio del reclamante, è ben difficile dimostrare (almeno negli ordinamenti che, come il nostro, non consentono l'anonimato azionario) che due o più società, intestatarie di navi diverse, fanno capo allo stesso azionista; senza contare che l'incisività della legge sudafricana discende soprattutto dal fatto che, ai fini della sussistenza della “*association*”, essa equipara la “proprietà” al “controllo” delle navi.

Il germe della esaltazione del concetto di “*control*” si potrebbe intravedere nella teoria del “socio tiranno” del Bigiavi<sup>35</sup> che ha fatto in Italia proseliti in dottrina ma ha trovato sporadica applicazione in materia fallimentare, a proposito dell'imprenditore occulto.

Come ha acutamente osservato Galgano<sup>36</sup> acciocché un soggetto possa essere chiamato a rispondere col proprio patrimonio dei debiti di una società in cui non figuri ufficialmente ma sia da lui manovrata a suo beneplacito, si possono seguire due strade: una che fa capo alla teoria dell'imprenditore occulto, l'altra che passa attraverso la revisione critica del concetto di persona giuridica; secondo la prima l'imprenditore occulto è chiamato a rispondere delle obbligazioni

34 “La limitazione di responsabilità al capitale sociale, mediante la costituzione di una società avente personalità giuridica, è scopo ritenuto perfettamente meritevole di tutela dal nostro ordinamento giuridico” (Cass. 23.IX.1958 n. 53 in Dir. fall. 1958, II, pag. 585). “La situazione del socio sovrano che, avendo la maggioranza delle azioni, ha la possibilità di esprimere una volontà determinante per l'attività sociale, e, quindi, può dominare la società, rientra nel normale funzionamento della società stessa informato al principio della maggioranza, e non può giustificare il sorgere nel socio di una responsabilità diversa e più grave di quella prevista dal tipo di società” (Cass. 9.XII.1976 n. 4577 Fall. Meladri c. Banco di Napoli e Cassa di Risparmio di Genova in F.I. 1977 - I - 369). Non risponde illimitatamente quale unico azionista ai sensi dell'art. 2362 c.c. chi possiede il 99,16% del capitale di una società e possiede il restante 0,84% attraverso una società da lui stesso posseduta (A. Palermo, 5 novembre 1980, Banca Comm. It. c. Raytheon Co. e altri; in *Giur. comm.*, 1981, II, 615 con nota di G.L. PELLIZZI, *Unico azionista e controllo totalitario indiretto*).

35 W. BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del socio “tiranno”*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1180 ID. *Imprese “di finanziamento” come surrogato del “socio tiranno” imprenditore occulto*, in *Giur. It.* 1967, IV, c. 49, ID., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento “in estensione”*, in *Giur. it.* 1959, I, 2 c. 166.

36 *La società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, I, pag. 1.

assunte, in nome proprio, dal suo prestanome; socio e società (quando anche il primo abusi dello “schermo” offertogli dalla seconda), restano pur sempre soggetti giuridici tra loro distinti.

Allo stato attuale della legislazione lo spazio per reprimere gli abusi del concetto di persona giuridica in Italia è ancora molto angusto; per quanto evolutiva, l'interpretazione della legge vigente da noi non potrebbe raggiungere gli esiti della “*association*” secondo il diritto sudafricano; l'ulteriore sua nota dominante è quella per cui per aggredire la nave “*associated*” non è richiesta l'insolvenza del debitore originario proprietario dell'altra nave, in quanto, omogeneizzando le navi “*associated*” sotto il profilo del “*control*”, il legislatore sudafricano le considera alla stregua di un patrimonio unificato. Evidentemente in *subiecta materia* il potere decisionale è considerato in Sud Africa la miglior dimostrazione di un sottostante potere dominicale predominante, seppur “schermato” dalla società intestataria di comodo.

Quanto sopra premesso se, da un lato, porta a concludere che i peculiari contorni del concetto di “*associated ship*” in diritto sudafricano non sono rispecchiati in nessun altro ordinamento, tantomeno nel nostro, cionondimeno con l'introduzione del codice ISM la responsabilità dell'armatore sarà difficilmente evitabile o limitabile in presenza di violazioni specifiche della normativa ISM.

Le “*Designated Persons*”, per legge obbligatoriamente inserite a “*highest level of management*”, finiscono con impersonificare le società armatrici che li nominano le quali diventano così, a loro volta, il centro di imputabilità delle anomalie (intrinseche o per difetto di funzionamento) del *Safety Management System*.

Per le società armatrici sarà perciò sommamente difficile sfuggire a responsabilità per incidenti in qualche modo ricollegabili alle violazioni dell'ISM code.

Sarà inoltre scoraggiato il mantenimento di un solo *management*, unificato, per diverse navi, seppur appartenenti a società intestatarie diverse. L'unificazione a livello manageriale, assicurativo, gestionale e organizzativo (anche in ordine al reclutamento degli equipaggi, forniture, approvvigionamenti, finanziamenti e pagamenti con le stesse linee bancarie) pur di per sé legittima e anche obiettivamente utile perché consente di economizzare i costi, alimenta il sospetto

che al potere decisionale, unificato, corrisponda un patrimonio anch'esso unitariamente prodotto e non solo gestito. Qualora a tutto ciò corrisponda la mancanza, nelle società di comodo intestarie delle singole navi, di un'organizzazione e di patrimoni separati e funzionanti, allora nei paesi, come gli Stati Uniti, in cui l'applicazione della teoria del "*piercing the veil*" è più avanzata, sarà più facile (attingendo anche agli elementi probatori ottenibili grazie alla normativa ISM) squarciare il velo delle società di comodo.

Come detto, i danni al carico, a differenza di quanto prevede l'art. 552 cod. nav., non sono assimilabili in diritto inglese (a differenza di quanto avviene negli USA) alla categoria dei *maritime liens*, e quindi il ricevitore - danneggiato (e il suo assicuratore - solvente che agisce in rivalsa) in Gran Bretagna soccombono di fronte ai creditori muniti di titolo prioritario (*maritime liens*, crediti privilegiati, ipoteca). La scelta della giurisdizione più favorevole è pertanto fondamentale per il successo del creditore e provoca sovente accese e delicate dispute di diritto internazionale privato (*conflict of laws*).

Solo in caso di collisione al proprietario di un carico danneggiato dall'evento è riconosciuto un *maritime lien*, esercitabile in via aquiliana (*in tort*) sulla *non - carrying vessel* e realizzabile in proporzione al grado di responsabilità per l'urto, valutabile in base alla Convenzione sull'Urto di Navi del 1910<sup>37</sup>.

Versandosi in materia aquiliana, negli Stati Uniti (che non hanno ratificato la Convenzione per i danni da urto) la responsabilità tra le navi collidenti è solidale e quindi l'armatore della nave vettrice risponde integralmente dei danni al carico, sempreché l'*actio in rem* sia radicabile negli USA.

---

37 W. Tetley, *Maritime Liens and Claims* (BLC 1985 pag. 309): "Throughout the world, cargo claimants may claim a maritime lien in tort against the colliding vessel. Cargo claimants also have a statutory right in rem against the carrying vessel in cargo claims for breach of contract, but this right ranks behind maritime liens and mortgages. A tort lien - aggiunge l'autore, *ibidem* pag. 316 - for cargo damage is valid against the carrying vessel in the United States even if it were the Charterer who had contracted with the claimant either by bill of lading or sub - charter (264 F. Sup. 625, 1967 AMC 1895 (S.D. Tex 1966). It can be argued that a waiver in advance of the bill of lading holder's lien would be invalid in virtue of COGSA sect. 1308(8) identical to art. III(8) of the Hague Rules which prohibits non - responsibility clause".

La Suprema Corte<sup>38</sup> ha ritenuto applicabile, in caso di danni da collisione, il criterio di responsabilità proporzionale, pur non avendo gli Stati Uniti ratificato la Convenzione Internazionale del 1910, e pertanto nell'apporzionamento delle reciproche responsabilità andrà dedotta la liquidazione del danno al carico in precedenza pagato all'avente diritto dall'una o altra nave collidente.

Un problema largamente dibattuto (che ha diviso per anni, in Italia, dottrina e giurisprudenza) concerne la legge disciplinatrice dei privilegi speciali gravanti sulla nave; in un recente passato<sup>39</sup> si è lungamente disputato circa i criteri determinativi della legge disciplinante la sussistenza e la realizzazione dei privilegi gravanti su una nave in caso di alienazione seguita dalla sua immatricolazione in Italia. Negli anni '60 il caso della nave "Arosa Sky", battente originariamente bandiera panamense, divenuta "Bianca C." e registrata nelle matricole italiane, divenne ed è tuttora emblematico.

Prima di essere venduta in Italia e di inalberare la bandiera italiana, la nave era stata rifornita da fornitori stranieri i quali, confidando nella natura privilegiata dei loro crediti, riconosciuta in sentenze poi regolarmente deliberate in Italia, chiesero ed ottennero dal Presidente del Tribunale di Genova svariati decreti di sequestro conservativo della nave, a garanzia dei propri crediti, privilegiati secondo la legge panamense ma non rientranti nell'elenco (tassativo) di cui all'art. 552 cod. nav.

Ne scaturì una disputa tra i sostenitori della tesi della persisten-

---

38 United States v. Reliable Transfer 421 U.S. 397 - 1975 AMC, 541 [1975] 2 Ll. Rep. 286.

39 I giudici genovesi e la stessa Suprema Corte pervennero a decisioni difformi nei casi Hansen Eft Skibproviertering di Copenhagen e Soc. Maison Genestal c. Giacomo Costa fu Andrea e Lloyd Tirrenico S.p.A. riguardanti forniture di bordo alla nave "Arosa Sky", battente bandiera panamense, prima che assumesse la denominazione "Bianca C." e di essere registrata nelle matricole italiane (in argomento su questa Riv. 1970 pag. 23 leggasi di F. Berlingieri "Il campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 10 aprile 1926 sui privilegi e le ipoteche" a commento di Cass. (S.U.) 18.IX.1970 n. 1553).

za della natura privilegiata dei crediti<sup>40</sup> avversata da chi<sup>41</sup> considera eccezionale la ricezione per rinvio delle disposizioni legislative straniere all'interno del nostro sistema giuridico.

A chi obietta che l'effetto principale del privilegio speciale è la persistenza (*ius sequelae*)<sup>42</sup> della sua efficacia (codificata all'art. 557 cod. nav.) è stato replicato che il trasferimento della nave straniera sotto bandiera italiana comporterebbe una sorta di purgazione dei diritti in precedenza acquisiti sulla nave da terzi.

Nel dibattito si è inserito il Righetti<sup>43</sup> il quale, distinguendo l'acquisto di nave straniera da parte di un cittadino italiano dall'alienazione di nave di bandiera italiana a stranieri, sostiene che ad escludere - in questo secondo caso - l'efficacia esecutiva dei gravami incombenti sulla nave sovviene l'apposita procedura per la liberazione della nave da tali oneri ad opera del terzo acquirente (art. 673 e segg. cod. nav.). Cionondimeno Righetti sostiene che, in caso di acquisto di nave straniera ad opera di cittadino italiano<sup>44</sup> "la legge regolatrice dei diritti di garanzia sulla nave sarà la legge nazionale al momento in cui le garanzie vengono esercitate, perché è la fase operativa quella che conta, non la fase potenziale".

Riprendendo il discorso nel suo splendido trattato<sup>45</sup> l'autore ricorda che parte della dottrina<sup>46</sup> nega natura sostanziale ai privilegi, ricomprendendoli nella materia processuale e assoggettandoli alla

---

40 P. Manca op. cit. vol. III. Pag. 436 e segg.; conf. Balestra, *Assoggettamento dei privilegi alla legge nazionale della nave del tempo del loro sorgere* in *Dir. Mar.*, 1960, pag. 227 e *ibidem* 1967, pag. 800.

41 A. Lefebvre D'Ovidio, *Trasferimento della nave da una nazionalità all'altra e sue conseguenze giuridiche nel campo dei diritti iure alieno*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1959, I, pag. 199.

42 Il Manca (*ibidem* pag. 438) fa riferimento all'art. 557 cod. nav. (intitolato significativamente "Esercizio del privilegio sulla nave e sul nolo") secondo cui "I crediti privilegiati seguono la nave presso il terzo proprietario".

43 G. Righetti, *La compravendita di nave*, Giuffrè.

44 G. Righetti, *La compravendita di nave*, cit. pag. 88.

45 G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, parte 1°, vol. I°, pag. 311 e segg.

46 V. Andrioli, *Comm. al cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, VI, Zanichelli, 1945, pag. 66 e segg.; Morelli, *Elementi di dir. int. privato*, Napoli, 1962, pag. 142 e segg.



norma di d. i. p. di cui all'art. 27 delle pre-leggi e non all'art. 21<sup>47</sup>, ponendosi così sulla scia di Giuliano<sup>48</sup> anche in vista dell'art. 6 delle Disposizioni Preliminari al Codice della Navigazione.

Commentando il divergente orientamento palesato dalla Casazione nel caso della m/n "Bianca C." ex "Arosa Sky", Righetti ricorda la sentenza n. 1014 del 21.IV.1966<sup>49</sup> favorevole ai sostenitori della tesi della vigenza del diritto soggettivo originariamente acquisito.

47 Contra Venturini, *Dir. Int. Priv., Dir. reali e obbligazioni in Trattato di dir. intern. di Balladore - Pallieri - Morelli - Quadri*, Sez. II, vol. II°, Padova, 1956, pag. 59.

48 Giuliano, *La legge regolatrice dei privilegi marittimi e mutamenti di nazionalità della nave*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1966, pag. 433 e *Ancora in tema di estinzione dei privilegi su nave straniera trasferita alla nazionalità italiana*, ibidem, 1971, pag. 846.

49 H. S. Hansens Eft. Skibsproviantering A/S c. s.n.c. Giacomo Costa e Lloyd Tirrenico in *Dir. Mar.*, 1966, 277: "In caso di cambiamento di nazionalità della nave i diritti previsti dall'art. 6 cod. nav. e, in specie, i privilegi continuano ad essere regolati, per tutta la loro durata, dalla legge nazionale sotto il cui impero ebbero origine" con nota favorevole di N. Balestra. In motivazione si legge: "La soluzione della questione in esame deve, infatti, più direttamente essere raggiunta attraverso ... l'interpretazione dell'art. 6 del cod. nav. ... seguendo il criterio unitario della legge della bandiera... Ciò posto, stabilito cioè che, per comune consenso di dottrina e lavori preparatori ... il criterio base per la soluzione del conflitto di leggi *de quo* deve essere quello dell'unicità e uniformità del regolamento legislativo, deve ora più da vicino considerarsi in cosa precisamente debba estrinsecarsi l'applicazione di tale criterio ai sensi dell'art. 6 del cod. nav. ... Tale norma è diretta non solo a dare trattamento legislativo uniforme tra loro ai vari istituti giuridici in essa considerati (proprietà, diritti reali, diritti di garanzia sulla nave) ma anche, e principalmente, a riservare detto trattamento a ciascuno di tali istituti per tutto il protrarsi del relativo rapporto giuridico ... Su questo punto della necessità della scelta di una sola legge regolatrice, tutti del resto concordano ... da ciò segue ineluttabilmente che nel caso di cambiamento della bandiera della nave, la legge nazionale da applicare dovrà continuare ad essere, anche per le successive vicende (esercizio, durata, estinzione) quella sotto la quale il diritto stesso ebbe origine, perché altrimenti, per forza di cose, il rapporto sarà regolato da due leggi diverse... Unità di regolamentazione significa quindi, *in apicibus iuris*, permanenza della legge sotto la quale il diritto ebbe origine... L'adozione della legge nazionale dal momento in cui sorse il diritto costituisce l'unico sistema possibile per assicurare compiutamente, nel campo dei privilegi, la garanzia del creditore quando la nave non appartenga ad uno degli Stati aderenti alla Convenzione di Bruxelles del 10 aprile 1926. È evidente che il creditore stesso non potrebbe in alcun modo essere sicuro delle sorti del proprio credito ove sottoposto all'alea continua di vedere diminuita o annullata la sua garanzia, cementata col privilegio validamente costituitosi, da eventuali cambiamenti di bandiera della nave gravata".



A soluzione diametralmente opposta pervennero invece le Sezioni Unite, in una fattispecie perfettamente identica, appena quattro anni dopo.

La massima della sentenza<sup>50</sup> recita: “Ove non sia applicabile la Convenzione di Bruxelles 10 aprile 1926, a norma dell’art. 6 cod. nav. i privilegi sulla nave che abbia mutato di nazionalità nel periodo tra la loro nascita e la loro attuazione sono regolati, per quanto concerne l’esercizio e la realizzazione della garanzia, dalla legge nazionale della nave all’epoca in cui la garanzia è fatta valere”.

Pur riconoscendo la non decisività dell’art. 6 cod. nav., le S.U. hanno affermato che il collegamento sostanziale è dato dal *forum rei sitae*, materializzantesi, in campo marittimo, nella legge della bandiera.

Secondo la Suprema Corte questa trasposizione condurrebbe all’esatta interpretazione dell’art. 22 delle pre-leggi (sostituito dall’art. 51 della legge 31.V.1995 n. 218).

Il legislatore, per ragioni di uniformità (le stesse che avevano indotto il supremo consesso ad adottare la soluzione diametralmente opposta, in un’identica fattispecie, appena 4 anni prima!) andrebbe così adottato il criterio di nazionalità, onde applicare “la legge di quella nazione di cui la nave batte bandiera nel momento in cui il rapporto, anche se sorto anteriormente, si esercita e si realizza o si estingue. Se nel corso del rapporto - conclusero le S.U. - si è avuto un mutamento di nazionalità, è la nuova legge che da quel momento in poi regola le fasi successive del rapporto. Solo così si realizza la immedesimazione della cosa con il diritto su essa fatto valere... il legislatore vuole evitare la possibilità di pregiudizio che il mutamento di nazionalità porti agli interessi dei creditori e inoltre postula che questi interessi debbano essere tutelati (!) non più dalla legge sotto cui i diritti di garanzia furono costituiti, ma dalla nuova legge risultante dal cambio di nazionalità, altrimenti non avrebbe ragione di porsi questione alcuna di pregiudizio derivante dal mutamento di nazionalità”.

<sup>50</sup> S.n.c. Giacomo Costa fu Andrea e Lloyd Tirrenico S.p.A. c. Soc. Maison Genestal - S.U. 18.IX.1970 n. 1553 in *Dir.Mar.*, 1970, pag. 364.

Se due soggetti, riconosciuti creditori privilegiati - secondo il diritto panamense - della società panamense armatrice - proprietaria della nave che avevano rifornito, alla fine della fiera sono risultati l'uno vincitore e l'altro soccombente nei confronti del nuovo acquirente della nave, pare sommessamente a chi scrive che, con tutto il rispetto per la Suprema Corte, non sia stata resa giustizia, tanto più che entrambe le sentenze, tra loro antitetiche, sono state pronunciate nella convinzione oltre che nell'intento di assicurare uniformità di trattamento ai creditori.

La motivazione dell'arresto delle S.U. non ha persuaso il Berlingieri<sup>51</sup>; l'illustre autore, pur convinto che la sfera di applicazione della Convenzione del 1926 debba essere stabilita con riguardo alla nazionalità della nave al momento dell'attuazione della garanzia (principio al quale si ispira l'art. 12 della nuova Convenzione destinata a sostituire quella del 1926), ha sottoposto a critica serrata la pronuncia delle S.U. arrivando a dire che parrebbe più logico, se mai, sostenere (per quanto inammissibilmente, dato che l'art. 14 non lo dispone) che la nave deve avere la nazionalità di uno Stato contraente al momento sia del sorgere del credito sia della sua attuazione.

Che la pronuncia delle S.U. non fosse del tutto convincente lo riconobbe la stessa Cassazione investita dal ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello di Torino alla quale la causa *Costa v. Genestal* era pervenuta per rinvio.

L'ultima massima della Cassazione<sup>52</sup> suona: "Il principio secondo cui il privilegio è regolato dalla legge nazionale della nave all'epoca in cui esso è sorto, quando si tratta di decidere intorno alla sua originaria esistenza e validità, e dalla legge nazionale della nave all'epoca in cui esso è fatto valere, quando si tratta

---

51 "Il campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles 10 aprile 1926 sui privilegi e le ipoteche" in *Dir.Mar.*, 1970, pag. 365 a commento di Cass. S.U. 18.IX.1970 n. 1553 *G. Costa fu A. S.n.c. e Lloyd Tirrenico S.p.A. c. Soc. Maison Genestal nave "Bianca C."*.

52 Cass. Sez. I° 12.IV.1976 n. 1279 *S.p.A. Costa Armatori c. S.A. Immobilière Genestal* in questa Riv. 1977 pag. 422 con nota di F. Berlingieri "Ancora sulla legge regolatrice dei privilegi marittimi".

di decidere attorno a questioni riguardanti il suo esercizio, la sua gradazione ed estensione, non implica l'esigenza che, per la sua attuazione, il privilegio debba essere riconosciuto anche dalla seconda di tali leggi".

Commentando la sentenza Righetti<sup>53</sup> scrive che, senza dirimere i contrasti accesi in materia, essa ha rimesso tutto in discussione lasciando irrisolta l'annosa diatriba; altrettanto incisivamente F.Berlingieri<sup>54</sup> si domanda "come può nello stesso tempo ammettersi che l'esistenza del privilegio nell'ordinamento in base al quale la graduazione deve avere luogo è irrilevante e che è sufficiente la sua esistenza nell'ordinamento di origine? Come può, ad esempio, applicarsi la legge italiana per la graduazione di un privilegio che questa legge ignora?". Effettivamente a questo - e ad altri interrogativi - la Cassazione non ha dato appagante risposta; da profondo conoscitore della materia, Berlingieri, toccando un punto nevralgico della problematica e proiettandola in una prospettiva internazionale, coglie un passaggio fuorviante della sentenza delle S.U. del 1970 che aveva affermato, erroneamente, che in diritto inglese l'esistenza del privilegio è giudicata secondo la legge regolatrice del credito<sup>55</sup>, omettendo di considerare che

53 G. Righetti, *Trattato di dir. marittimo*, parte I°, Tomo 1°, pag.316.

54 In *Dir.Mar.*, 1977, pag. 428.

55 L'autorevole Chesire, *Private International Law*, London 1974, pag. 676 - ricorda Berlingieri - afferma che il principio secondo cui la graduazione dei creditori deve essere stabilita in base alla *lex fori* "must not be allowed to obscure the rule that the substantive right of the creditor depends upon its proper law" ma precisa pure che "the validity and nature of the right must be distinguished from the order in which it ranks in relation to other claims". Sottolinea Berlingieri che Chesire, discettando di validità e natura del diritto, si riferisce ad un diritto che trae origine da un contratto, non dalla legge ("Before it can determine the order of payment, the Court must examine the proper law of transaction upon which the claimant relies in order to verify the validity of the right and establish its precise nature"). Berlingieri cita il caso *The Milford* [858 SWA 362] concernente il *maritime lien* invocato dal comandante di una nave a garanzia del pagamento del proprio salario. Il famoso giudice Lushington statui che "The proceeding originated in this country; it is a question of remedy, not of contract at all" sottolineando la natura processuale, non sostanziale del *maritime lien* incombente in Inghilterra sulla nave per legge a garanzia del pagamento dei salari degli equipaggi.

oltre Manica i *maritime liens*, a differenza di quanto dispone la legge italiana e quella continentale, in genere, oltre che dalla legge derivano anche dal contratto.

L'analisi dell'art. 6 del cod. nav. operata dalla Cassazione non soddisfa Berlingieri, al pari di quella di Giuliano<sup>56</sup> secondo il quale il privilegio, per essere riconosciuto in giudizio, deve sussistere tanto nell'ordinamento vigente all'epoca in cui sorge il rapporto che si assume privilegiato quanto nell'ordinamento di fronte al quale viene fatto valere. Respingendo tanto dette teorie quanto la pretesa di applicare due leggi (diverse) nello stesso tempo, per di più solo nella parte in cui esse corrispondono l'una all'altra, Berlingieri conclude che la soluzione logica del problema, con riguardo all'art. 6 cod. nav., non può essere altra che quella per cui i diritti di garanzia (ipoteche e privilegi) sono regolati esclusivamente dalla legge nazionale della nave al tempo della loro attuazione.

Ritiene sommessamente lo scrivente che detta conclusione, pur autorevolmente sostenuta e motivata, non sia condivisibile quanto meno in tema di ipoteche posto che, una volta costituita e trascritta regolarmente nelle matricole (la pubblicità, in materia ipotecaria, anche navale, è costitutiva - art. 567 cod. nav. - art. 2808 cod. civ.) ,l'ipoteca navale deve essere pienamente riconosciuta, non essendo concepibile, almeno dal punto di vista dell'ordinamento interno, che i diritti del creditore ipotecario siano menomati da una legge diversa da quella regolatrice *ab origine* e prescelta dai contraenti.

#### **4. LINEAMENTI DISTINTIVI DEI *MARITIME LIENS* IN DIRITTO INGLESE E LORO ORIGINE STORICA**

L'accenno ai *maritime liens* è stimolante e l'argomento merita qualche ulteriore riflessione estesa ai privilegi marittimi<sup>57</sup>.

La netta differenza che, al di là degli elementi in comune, li se-

<sup>56</sup> Giuliano, *Legge regolatrice dei privilegi marittimi e mutamento di nazionalità della nave*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1966, pag. 433.

<sup>57</sup> In materia leggasì di M. Deiana, *I liens nei contratti di utilizzazione della nave*, Giappichelli, 1995.

para dai *maritime claims* induce a darvi una rapida, seppur approssimativa, scorsa onde stabilire quanto meno un criterio orientativo di larga massima che aiuti il pratico a districarsi in una materia poco conosciuta ma nella quale ci si imbatte sovente.

La differenza basilare intercorrente tra la normativa italiana e quella inglese è che mentre quest'ultima ammette i *liens* convenzionali, in diritto italiano i privilegi, anche marittimi (corrispondenti grosso modo ai *maritime liens*) possono essere stabiliti esclusivamente per legge (art. 2745 cod. civ. - Fondamento del Privilegio - "Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito")<sup>58</sup> e si differenziano dal pegno che può essere costituito solo convenzionalmente<sup>59</sup>.

È universalmente riconosciuto che i *maritime liens* rivestono fondamentale importanza in diritto marittimo, su scala mondiale<sup>60</sup>.

In diritto inglese il *lien* è un gravame incombente su una cosa (nave per i *maritime liens*) azionabile dal titolare, munito di diritto di seguito, attraverso una *action in rem* esercitabile di fronte alla Admiralty Jurisdiction delle Admiralty Courts esistenti in tutti i paesi di *common law* (oltre che in Gran Bretagna, negli USA, in Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa, Hong Kong, India, Singapore e, in genere, negli ex possedimenti inglesi).

58 "La fonte dei privilegi è soltanto la legge e la determinazione di essi è sottratta all'autonomia privata. I privilegi sono tipici e non ne sono ammessi altri al di fuori di usi esplicitamente previsti dalla legge. Le norme che li disciplinano sono eccezionali e, come tali, non suscettibili di un'interpretazione analogica" (Cass. 27.II.1990 n. 1510 in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1435; Cass. 30.V.1960 n. 1398 in *Banca Borsa e Tit. di Cred.*, 1962, II, 20).

59 In materia leggesi di P. Manca, *Dei privilegi in generale*, pag. 399 e segg. del vol. III dei suoi *Studi di diritto della navigazione*, Giuffrè 1962 e di F. Berlingieri *Privilegi sulla nave per crediti derivanti da riparazioni e diritto di ritenzione*, in *Dir. Mar.*, 1955, pag. 573.

60 M. Thomas, *Maritime liens*, Stevens, 1980, pag. 3 cita il caso "Tolten" [1946] in cui il giudice Scott descrisse il *maritime lien* come "one of the first principles of the law of the sea" - "The effect of a maritime lien is to give a claimant a charge on a res from the moment of the circumstances out of which the maritime lien arises and which thereafter travels with the res into whosoever's possession it may pass .... The charge is crystallised by an action in rem as such a proceedings may be prosecuted even when the incumbranced res has been conveyed into the hands of a bona fide purchaser without notice".

Affini ai *maritime liens* sono, in diritto francese, le *créances privilégiées* e, in Italia, i privilegi enumerati all'art. 552 cod. nav. Negli Stati Uniti il *maritime lien* ha portata molto più ampia che nel Regno Unito<sup>61</sup>. Per cercare di attenuare i contrasti esistenti, sul piano internazionale, in tema di privilegi e ipoteche marittimi, è stata varata la Convenzione di Bruxelles del 1926, ratificata da molti paesi europei, compresa l'Italia, ma con l'esclusione dell'Inghilterra e degli Stati Uniti. Il progetto di una nuova Convenzione in materia è rimasto finora tale a causa del ridotto numero di nazioni ratificanti e tutto questo spiega la ragione delle disparità normative esistenti in materia, a livello internazionale, e le difficoltà che si incontrano a raggiungere uniformità di trattamento.

Il *common law lien* consiste essenzialmente nel diritto di trattenere la cosa oggetto di un servizio riconosciuto al soggetto che l'ha reso (non diversamente dal diritto di ritenzione di cui all'art. 437 cod. nav.). Si differenzia dall'*equitable lien* il quale, pur essendo esercitabile a danno del proprietario, non è condizionato dal possesso ma si perde in caso di alienazione della cosa ad un acquirente di buona fede<sup>62</sup>. Ciò non avviene per il *maritime lien*, fornito di *ius sequelae*.

A differenza dell'ipoteca navale (*mortgage*) che in diritto inglese può essere costituita solo convenzionalmente, il *lien* (per definizione "occulto") opera di diritto, senza l'osservanza di alcuna formalità; entrambi sono tutelati da una *actio in rem*, ma il titolare di un *maritime lien* è dispensato dall'onere di individuare e citare in giudizio, con tutte le garanzie del contraddittorio, il debitore convenuto<sup>63</sup>.

La recente introduzione in Inghilterra dell'istituto del *Mareva injunction*, corrispondente *latu sensu* al nostro sequestro conservativo, ha aumentato le risorse difensive del creditore insoddisfatto, ma la tutela apprestata dai *maritime liens* resta un caposaldo

61 Gilmore and Black, *The law of Admiralty*, (2<sup>nd</sup> ed.) cap. 9.

62 M. Thomas, *Maritime liens*, cit., pag. 3.

63 M. Thomas, op. cit., pag. 4.

della Admiralty jurisdiction<sup>64</sup>, presidiato da guarentigie di ordine pubblico. Per ragioni di ordine sistematico, non prive di rilevanza pratica, i *maritime liens* sono suddivisi dai commentatori inglesi in categorie, dapprima in *common law liens* e *statutory liens*, questi ultimi introdotti con apposite leggi.

I *maritime liens* tradizionali assistono l'*actio in rem* per danni provocati da una nave, per compenso di salvataggio, per il pagamento dei salari degli equipaggi e dei prestiti contratti dal Comandante per la prosecuzione del viaggio (*bottomry*).

Singolare, ma non casuale, è la similitudine che si riscontra tra i *maritime liens* e certi crediti privilegiati elencati all'art. 552 cod. nav. a dimostrazione della vocazione sovranazionale del diritto marittimo già segnalata da Vivante<sup>65</sup> e ripresa da insigni moderni internazionalisti.

Secondo la tradizionale teoria propugnata da Bonnell<sup>66</sup> l'essenza del fenomeno dell'unificazione del diritto consisterebbe nell'elaborazione di norme destinate a eliminare o almeno a ridurre le difformità esistenti tra i vari sistemi giuridici nazionali al loro interno.

Come ha giustamente annotato R. Luzzato<sup>67</sup> una simile definizione, indubbiamente corretta sotto il profilo della ricostruzione formale del fenomeno dell'unificazione internazionale del diritto, in genere, non coglie però il tratto, vitale e differenziatore, della

---

64 Mansfield, *Maritime Liens*, (1888) 16 L.Q.R. 381: "The one element common to all maritime liens is the "inaccessibility of the owner". A maritime lien - osserva P. Thomas op. cit. pag. 4 - who proceeds in rem in Admiralty therefore enjoys many advantages not available to a litigant at common law. Maritime liens also enjoy a high priority and circumstances where a multiplicity of competing claims exist against a res the claim of a maritime lien is generally the first to be satisfied".

65 C. Vivante, *Contratto di assicurazione*, 1885, vol. I°, pag. 76.

66 Bonnell, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, 1992 in *Dir. Comm. Int.*, pag. 315 e segg. L'autore sostiene che "per unificazione internazionale del diritto ... si deve intendere qualsiasi iniziativa diretta al superamento delle diversità esistenti tra due o più diritti nazionali tramite l'elaborazione di una disciplina uniforme, destinata a sostituirsi in tutto o in parte ai primi nella regolamentazione della materia interessata".

67 R. Luzzato, *Metodi di unificazione del diritto marittimo e interpretazione uniforme*.

vicenda storica dello sviluppo del diritto marittimo, caratterizzato dalla sua spontanea, persistente tendenza verso la internazionalizzazione e unificazione. Storicamente, infatti, la tendenza all'unificazione e alla sovranazionalità nel diritto marittimo non deriva dall'esigenza di armonizzare, ravvicinare e unificare regole giuridiche in qualche modo difformi elaborate all'interno degli Stati, ma dall'intento di garantire la possibilità che un complesso di norme, nate e seguite spontaneamente nella comunità internazionale, in ambiente esterno agli Stati sovrani, possano esplicare i propri effetti nonostante le lacune e/o le deviazioni riscontrabili negli ordinamenti interni, introducendosi nei medesimi e venendone assorbite.

In quest'ottica, nel percorso della ricostruzione storica del fenomeno dell'unificazione del diritto marittimo, assume particolare risalto quella forma di unificazione comunemente chiamata "contrattuale" che trae dalla contrattualistica privata dignità e efficacia sovranazionale.

La fecondità e autonomia del diritto marittimo, assicurazioni comprese, in campo sostanziale e processuale, si riscontra anche in Inghilterra.

In Gran Bretagna la *Magna Charta* fin dal 1215 riconosceva libertà di iniziativa e di commercio ai *mercatores* anche stranieri<sup>68</sup>. Marrella<sup>69</sup> riferisce che i *mercatores*, riuniti in *gild merchants*, erano dotati di propri organi giudicanti che applicavano un diritto distinto dalla *Common law* (la *law merchant*, traduzione inglese di

---

68 F. Battaglia, *Le carte dei diritti*, R. Calabria, 1998, riporta l'art. 30 della Magna Charta che recita: "Omnes mercatores, nisi publicae antea prohibiti fuerint, habeant saluum et securum exire de Anglia, et venire in Angliam, et morari, et ire per Angliam, tam per terram quam per aquam, ad emendum vel vendendum, sine omnibus toltis malis, per antiquas et rectas consuetudines, perterque in tempora gwerrae et si sint de terra contra nos gwerrina..."

69 Fabrizio Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Cedam, 2003, pag. 81.



*lex mercatoria* nel cui ambito sono fiorite le assicurazioni marittime con proprie regole sostanziali e giurisdizionali<sup>70</sup>.

La *law merchant*, come riferisce Bernini<sup>71</sup>, era lo *ius gentium* applicato dal ceto dei mercanti che si spostavano da una fiera ad un'altra; mercanti erano i componenti delle giurie che nel '600 assistevano il giudice monocratico. Ma ancora nel '700 nel caso *Liebarrow v. Mason*<sup>72</sup> (che percorse tutti i tre gradi di giurisdizione conclusisi col rinvio dalla House of Lords al King's Bench) i giudici inglesi riconobbero che la disciplina della polizza di carico (*bill of lading* costituente tutt'ora lo strumento principe del trasporto via mare e della vendita marittima - di indiscussa vocazione internazionale) differiva, in base alla *Law Merchant*, dalle corrispondenti regole della *Common law* posto che, secondo un uso mercantile, la polizza di carico già allora esercitava una funzione rappresentativa, conferendo al portatore il diritto a ritirare e/o disporre delle merci ivi descritte.

I maritime liens vengono anche suddivisi in *ex - contractu* (bottomry - wages), *quasi ex - contractu* (salvage), *ex delicto* (damage lien come quello che assiste l'azione del danneggiato da una nave).

È nota altresì la bipartizione - dipendente dall'accertamento della responsabilità - tra *absolute* e *non - absolute liens*, i quali ultimi contraddistinguono *damage* e *disbursement liens* in contrapposizione ai *bottomry wages* and *salvage maritime liens* con-

---

70 Wyndam Bewes, *The romance of law merchant*, 1923, a pag. 12 scrive: "There is some initial obscurity as to what in truth constituted or now constitutes the substance of *lex mercatoria*, but it may be best defined as the law administered as between merchants in the Consular or Commercial Courts, some of it being substantive law and some rules of evidence and procedure. Much of it survives in modern systems as parts of commercial codes, while the Courts themselves have become obsolete or merged in the commercial court of different countries. The consular courts were of two sorts, the one being ambulatory; each group of national merchants attending the fairs with their consuls, and the other fixed at different great commercial centers, where the appointed consuls had permanent jurisdiction over their nationals; while in other countries as in France, the jurisdiction over the fair was the prerogative of the Lord".

71 G. Bernini, *L'arbitrato*, pag. 158.

72 *Liebarrow v. Mason*, 1787, 2 TR 163.

siderati *absolute* in quanto giustificati dal servizio reso alla res e non richiedenti l'accertamento di responsabilità.

Storicamente il *maritime lien* discende dalla "personificazione" della nave, sequestrabile (e così nasce la teoria processuale) per costringere il proprietario a prestare garanzia, pena l'espropriazione della nave<sup>73</sup>.

Infine la "*conflict theory*" fa riferimento alla storica rivalità tra Common Law Courts e la High Court of Admiralty la cui giurisdizione all'epoca di Riccardo III venne circoscritta alle cause marittime<sup>74</sup>.

La prima definizione giudiziale di *maritime lien* risale al giudice Sir John Jervis che nel caso *The Bold Buccleugh* statui che "*a maritime lien is well defined ... to mean a claim or privilege upon a thing to be carried into effect by legal process ... that process to be a proceeding in rem ... This claim or privilege travels with the thing into whosoever possession it may come. It is inchoate from the moment the claim or privilege attaches, and, when carried into effect by legal process by a proceeding in rem, relates back to the period when it first attached*" (1851 - 7 Moo. P.C. 267).

Anche la dottrina inglese adopera il termine *privilege* per rimarcare la prevalenza (*priority*) su altri crediti, in particolare sulle ipoteche (*mortgages*), i *possessory liens* e gli *statutory rights of action in rem*<sup>75</sup>.

Il *maritime lien*, a differenza dei privilegi che negli ordinamenti continentali costituiscono una qualità del credito, azionabile nanti l'autorità giudiziaria ordinaria, negli ordinamenti anglosassoni si materializza in un *action in rem* esercitabile esclusivamente nanti la Admiralty Court cui è conferita<sup>76</sup> la "*executive function of arre-*

73 La teoria processuale fu elaborata da Marsden (Select pleas in the Court of Admiralty, vol. I, p. I XXI, Price, *Law of Maritime Liens*, pagg. 8-10, Hebert, *The origin and nature of maritime liens*, pag. 385).

74 M. Thomas, *Maritime Liens*, pag. 9, Roscoe, *Admiralty practice*, (3° ed.) pagg. 44-48; E. Ryan, *Admiralty jurisdiction and the maritime lien: an Historical Perspective*, (1968) L.R. 1973.

75 Per sottolineare la priorità assoluta accordata ai maritime liens essi vengono definiti di "first class" e di "very high and sacred character" (The "Hope" [1873] 1 Asp. Mar. Law Cap. 563).

76 The "Tolten" [1946] P. 135, 145-146.

*sting and selling the ship, so as to give a clear title to the purchaser and thereby enforcing distribution of the proceeds amongst the lien creditors in accordance with several priorities and subject thereto rateably”.*

La *Admiralty Court* inglese corrisponde storicamente alla Curia dell’Ammiragliato (*Curia Admiratia*) esistente in Italia nel XVI secolo<sup>77</sup>.

Ricorda Marrella<sup>78</sup> che fino agli albori del Trecento la *Law Merchant* venne applicata dalle *Piepowdered Courts* operanti nelle fiere e dalle *Borough Courts* in materia di commercio interno.

Edoardo I nel 1353 promulgò la *Statue of the Staple* per favorire lo sviluppo del commercio internazionale attraverso una procedura accelerata di composizione delle controversie. Col passar del tempo le *Staple Courts* perdettero gradualmente importanza in favore della *Admiralty Court* che ebbe il definitivo sopravvento in epoca Tudor<sup>79</sup>.

77 G. Cassandro “Note storiche sul contratto di assicurazione” in *Assicurazioni* 1959 pag. 27 ricorda l’odissea della nave “Santa Maria di Loreto” abbandonata dall’equipaggio, nel giugno 1550, per sfuggire ai pirati e fortunatamente ritrovata e rimorchiata a Messina, mesi dopo, nel golfo di Policastro, parzialmente carica, dal raguseo G. De Biasio. La Curia dell’Ammiragliato, a richiesta del Comandante della nave, fece redigere un inventario delle merci salvate, utilizzato poi dinanzi al Consolle dei ragusei, competente a decidere il contenzioso con gli assicuratori delle merci. Riferisce ancora Cassandro, a testimonianza dell’efficienza della giustizia (nel 1551!) che il 16 marzo 1551, a cinque mesi dall’*intimatio* notarile del 29.X.1550, il Consolle convocò gli assicuratori nanti a sé entro due giorni; dopo altre intimazioni, cadute nel vuoto (l’ultima del 5.VII.1551), il 14 luglio successivo il Consolato, respinta l’eccezione di nullità degli atti di istruttoria preventiva, accolse la domanda indennitaria e condannò gli assicuratori, rimasti contumaci, a pagare la somma assicurata, ordinando all’assicurato di cedere “ad epsi assicuratori... de le robbe che sono state salvate o vero del ritratto et proceduto da quelle, de posserle recuperare da qualsivogliono persone in potere de le quale si ritrovassero dicte robbe vero il dicto ritratto e proceduto de epse”.

78 Fabrizio Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi unidroit e usi dei contratti del Commercio Internazionale*, Cedam, 2003, pag. 83.

79 Haldoworths, citato da Marrella nella sua *History of English law*, narra che nel medio evo la *Law Merchant* venne applicata finché, a metà del ‘300, l’ascesa della *Admiralty law* creò un divario tra la normativa marittimistica e quella commerciale: “*In the sixteenth century, the Court of Admiralty showed signs of absorbing both these branches; but in the latter part of the sixteenth century and in the early part of the*

Gli stretti legami esistenti tra diritto marittimo e assicurazioni marittime dipendono dalla loro matrice comune, riconducibile storicamente agli usi assimilati e tramandati dalla *lex mercatoria*, materia affascinante recentemente rivisitata da Galgano<sup>80</sup> e Marrella<sup>81</sup> e in cui sono rintracciabili alcuni dei più caratteristici istituti del diritto marittimo, di ordine sostanziale e processuale, a testimonianza del fatto che, come la *lex mercatoria* (precorritrice del moderno diritto commerciale), anche il diritto marittimo storicamente si presenta come ordinamento autonomo, autosufficiente e alternativo al diritto sia interno sia internazionale<sup>82</sup>, capace di superare, nella dialettica degli scambi internazionali, anche il metodo conflittualistico, tipico degli ordinamenti di *common law*, inadatto, in quanto localizzato, a raggiungere dimensioni transnazionali.

L'origine marittimistica, non strettamente inglese, dei *liens* e dei *maritime liens* è riconosciuta anche dalla dottrina anglosassone. Tetley<sup>83</sup>, risalendo alla Lex Rhodia de jactu, alla legge greca e romana, si sofferma su quella bizantina e sulle raccolte di usi marittimi codificati nel Medio Evo in città marinare (Amalfi, Trani, Pisa, Barcellona), cita la *lex mercatoria* e le varie teorie fiorite a proposito di origine e natura dei *maritime liens*, soffermandosi sulla suddivisione tra la tesi processualistica (sostanziantesi nell'*actio in rem*), accolta in Inghilterra, e quella della personificazione della nave, prediletta negli USA dove però autorevoli commentatori ne

---

*seventeenth century this extension of the Admiralty jurisdiction was prevented and the clivage between these two branches was widened by the action of the Common law Court. Their jealousy confined the Court of Admiralty jurisdiction to maritime case and led them to appropriate to themselves jurisdiction over commercial cases. In the end they assimilated what they had succeeded in appropriating and they constructed our modern system of Commercial law”.*

80 F. Galgano, *Lex Mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2000.

81 F. Marrella, *La nuova Lex Mercatoria*, CEDAM, 2003 che cita l'autore seicentesco G. Malynes (*Consuetudo vel lex mercatoria*, London 1636) il quale, richiamandosi a Cicerone, la considera alla stregua di *ius gentium*.

82 Così Marrella cit. pag. 25 che si rifà alle teorie di B. Goldman.

83 W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, BLC, 1985, pag. 1 *History and Definitions of Maritime Liens*.

riconoscono l'evoluzione storica nascente da radici europee<sup>84</sup> nell'ambito di ordinamenti di *civil*, non di *common law*.

Tetley<sup>85</sup>, riconoscendo che i *maritime liens* provengono dal conflitto tra le Corti britanniche di *common law* e le Admiralty Courts, rende omaggio alla *lex mercatoria*, sviluppatasi autonomamente in molti Paesi, non solo in Inghilterra, da una comune matrice marittimistica, poi confluita in testi legislativi via via più raffinati e da ultimo codificati, su base statutale, come l'Ordonnance de la Marine di Colbert del 1681.

Jackson<sup>86</sup>, privilegiando la teoria processualistica, scrive che “*Each maritime law is based on Admiralty but it is connected with common law and equity*”. L'autore ricorda che la *common law* si basa su “*custom and precedent*” fin dal XIII secolo e che solo successivamente conobbe il temperamento della *equity* affidata al Re che “*could dispense justice where the law was defective or for some reasons a party could not obtain the remedy which the law provided*”; nacque così la *equitable jurisdiction* affidata dal Re alla *Court of Chancery* da cui deriva la *Admiralty Court*, integrata in Inghilterra, nella seconda metà del XIX secolo, nelle *High Courts*, come *branch* della *Queen's Bench Division*; l'unificazione dell'amministrazione della giustizia fece salva però la distinzione, tuttora feconda, tra “*common law and equitable rights, liabilities and interests*”, annota ancora Jackson, sottolineando la natura composita della “*English maritime law*” che affonda le sue radici in leggi codificate (*statutes*), *common law*, *equity* e regole procedurali disciplinanti il processo davanti alle Corti ordinarie e alle *Admiralty Courts*, competenti a decidere in tema di *maritime liens* e *actio in rem*, ma non solo.

---

84 Gilmore and Black (The law of Admiralty - 2<sup>nd</sup> ed. 1975 pag. 589) scrivono che “*The procedural theory disregards the fact that maritime liens exist and have existed for centuries in civil law countries without benefit of the writ in rem. The procedural theory ignores that the maritime lien evolved over the centuries as a civil right, a privilege from the lex maritima*”.

85 W. Tetley op. cit. pag. 36.

86 D. C. Jackson, *Enforcement of maritime claims*, LLP, 1985, pagg. 6-9.

La nascita dell'*equity* e la sua interferenza, per sovrapposizione, con la *common law*, si è manifestata dapprima con semplificazioni (Jackson fa l'esempio del *mortgage*, per la cui costituzione la *common law* impone la trascrizione del titolo sulla cosa, rispetto all'*equitable mortgage* che si accontenta del deposito del titolo) e quindi con la creazione dei tipici istituti (*equitable remedies*) quali il trust caratterizzato dalla separazione tra *beneficial interest* (re-taggio del beneficiario) e *operating management interest* spettante al *trustee* e utilizzato in tempi moderni a fini fiscali o finanziari, in un quadro normativo di dubbia validità negli ordinamenti continentali, a cominciare dal nostro. L'*equitable interest* prevale sul *common law interest*, sopraggiunto in prosieguo, solo se il titolare ne dà comunicazione; esemplificando Jackson soggiunge che l'acquirente di un bene gravato da un *equitable lien* ne subirà le conseguenze solo se a conoscenza della sua esistenza al momento dell'acquisto. Oltre ai predetti istituti di ordine sostanziale l'*equity* ha creato anche *equitable remedies* di ordine processuale quali la *injunction* e la *specific performance*.

Riflettendo sul percorso storico - evolutivo del diritto nel secolo XIX si constata un graduale inserimento, in concomitanza allo sviluppo della codificazione, di *statutory liens* che, accanto ai tradizionali *maritime liens*, posti a protezione di interessi per così dire privati, tutelano interessi pubblici quali il diritto delle Autorità Portuali o dello Stato costiero a recuperare i diritti portuali (sosta, ancoraggio, doganali, etc.) e, più recentemente, i danni da inquinamento e altro ancora. Il fenomeno risente della tendenza del moderno legislatore, accentuatasi nei due ultimi secoli, a recuperare spazi un tempo lasciati all'autonomia privata, assorbendo gli usi nel diritto codificato e relegandoli in posizione ad esso subalterna. Da questa "deriva" intravedibile nel diritto commerciale (che pur non nasconde la sua discendenza dalla *lex mercatoria*) espressione somma della fecondità della libera iniziativa e della capacità del ceto imprenditoriale a darsi una giusta, condivisa e aggiornata forma di autodeterminazione, si è invece svincolato il diritto marittimo che (art. 1 del cod. nav.) nella graduatoria delle fonti colloca gli usi marittimi in posizione prioritaria al diritto civile<sup>87</sup>.

Il tracciato dell'antica *lex mercatoria* si snoda attraverso la lenta trasformazione di modelli contrattuali in diritto consuetudinario, di natura prevalentemente transnazionale.

Mentre il codice civile, pur menzionando gli usi fra le fonti del diritto, attualmente attribuisce loro carattere sussidiario e subordinato, il codice della navigazione, a somiglianza del codice di commercio del 1882, conferisce agli usi relativi al diritto della navigazione importanza primaria, relegando il diritto civile in posizione subalterna.

In campo marittimo, pertanto, gli usi assumono dignità normativa diretta quale diritto oggettivo, di ascendenza astatale a prescindere dalla volontà espressa delle parti.

In Inghilterra il giurista secentesco G. Malynes<sup>88</sup> richiamandosi a Cicerone, equiparava la *consuetudo vel lex mercatoria* ad un sistema di regole del commercio di diritto naturale, appartenente

87 C. di A. di Genova 25.II.1972 (in Dir.Mar. 1972 pag. 389) "L'uso in materia marittima, quando deroga alla legge sussidiaria civile, non può essere considerato *contra legem* appunto perché è nella sua natura di fonte del diritto speciale di derogare o innovare alla norma di diritto comune".

88 Gerald Malynes, *Consuetudo vel lex mercatoria*, London, 1636, a pag. 2 scrive: "This Law Merchant, or *lex mercatoria*, in the fundamentals of it, is nothing else but (as Cicero defines true and just law) *Recta ratio, natura congruens, diffusa in omnes, costans sempiterna* (De repub.). True law is right reason, agreeable to nature in all points; diffused and spread in all nations, consisting perpetually without abrogation: howbeit some do attribute this definition unto *jus gentium*, or the Law of Nations, which consisteth of Customs, Manners, and Prescriptions of all Nations, being of like conditions to all People, and observed by them as a Law. But the matter being truly examined, we shall find it more naturally and properly belongeth to the Law - Merchant. Every man knoweth, that for Manners and Prescriptions, there is great diversity amongst all nations: but for the customs observed in the course of traffic and commerce, there is that sympathy, concordance, and agreement, which may be said to be of like condition to all People, diffused and spread by right reason, and instinct of nature consisting perpetually".

89 W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, London, I, 1765 - 1769, scrive: "A particular fyfthem of cufioms ufed only among one fet of the king's fubjects, called the cufiom of merchants or *lex mercatoria*; which, however different from the Common Law, is allowed for the benefit of trade, to be of the utmoft validity in all commercial tranfactions; the maxim of law being, that "cuilibet in fua arte credendum eff[it]".



allo *ius gentium*. A Malynes fa eco Blackstone<sup>89</sup> che riconosce anch'egli l'originalità della *lex mercatoria* e la sua autonomia dalla *Common Law*.

Negli Stati Uniti il dizionario giuridico di J. Bouvier<sup>90</sup> fornisce analoga definizione della *law merchant*, sottolineando, a riprova della sua appartenenza in via autonoma all'ordinamento giuridico statunitense, che di essa il giudice deve conoscere *ex-officio*.

Le stesse nozioni fornisce lo Smith's Mercantile Law<sup>91</sup> ad evidenziare un radicato convincimento nel mondo anglosassone circa l'origine pre-statuale e transnazionale della *lex mercatoria*, che le ha consentito di tramutarsi da diritto mercantile consuetudinario, creato e interpretato da mercanti, in diritto commerciale di Stato, in cui tutt'ora vanta un proprio spazio e risalta l'autonomia della volontà dei singoli nella scelta dei modelli contrattuali e nella selezione della normativa e della giurisdizione applicabili.

Appropriata e pienamente condivisibile appare perciò la definizione di *lex mercatoria* datane da Galgano<sup>92</sup> per la quale essa è "il diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare, in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati".

90 John Bouvier, *A law dictionary adapted to the Constitution and Laws of the United States of America and of the several States of the American Union, with reference to the Civil and other systems of Foreign law*, 6 ed. Philadelphia, 1865.

91 J. Macdonnel Smith's Mercantile, Law 10 ed., London, pag. 4: "In many ancient, and even in some modern authorities, the *lex mercatoria* is spoken as a form of private international law. This language was once correct. The statement made by early writers...that 'The Law Merchant is a branch of the law of nations' sometimes meant no more than that it was free from certain technical rules of the Common Law. But it is also recorded the fact that mercantile law grew in great degree out of the transactions between different nations and that it was, to a large extent, the earliest form of private international law ... Undoubtedly there was a time when the *lex mercatoria*, though the law of England, was also the law of other nations. Undoubtedly too, it was administered in a manner different from that in which the Common Law was administered - in a manner similar to that in which the Praetor Peregrinus administered the *jus gentium*".

92 Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, Il Mulino Bologna, 2000, pag. 1 e pag. 73.



Nonostante l'importanza rivestita dai *maritime liens* in campo marittimo mondiale, essi restano confinati nell'ambito degli ordinamenti anglosassoni<sup>93</sup>. La Convenzione Internazionale del 1926 (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Maritime Mortgages and Liens*) non contiene una definizione di *maritime liens* e non a caso non è stata ratificata dalla Gran Bretagna né dagli Stati Uniti, notoriamente allergici a sottoscrivere convenzioni di diritto uniforme.

Sulla *vexata quaestio* circa la natura sostanziale o processuale del *maritime lien*, l'autorevole Thomas<sup>94</sup> pur dando atto delle incertezze riscontrabili al riguardo in dottrina afferma che “*a maritime lien is a substantive right whereas a statutory right of action in rem is in essence a procedural remedy. The object behind the availability of a statutory right of an action in rem is to enable a claimant to found jurisdiction and to provide the res as security for the claim*”.

Da ultimo (ma non in termini di importanza) va considerato il regime giuridico non tanto del diritto (claim) azionato in giudizio con la *action in rem* o altrimenti, ma del *maritime lien* invocato nel caso specifico; allorché l'ordinamento del giudice adito lo contempra come tale, *nulla quaestio*. Il problema si propone (negli stessi termini considerati in Italia, con esiti alterni, nel caso “*Bianca C.*” ex “*Arosa Sky*”) allorché il credito, secondo la *lex loci contractus*, presenti connotati simili ad un *maritime lien* ma tale non sia riconoscibile di fronte al giudice adito.

In tal caso, applicando il principio della *lex fori*, il reclamo non fruirebbe del trattamento privilegiato riservato ai *maritime liens*,

93 Negli Stati Uniti si è affermata una concezione di *maritime lien* ancor più ampia di quella accolta in Inghilterra. Nel caso *The Rock Island Bridge* [1867] 73 U.S. (6 Wall.) 213-215 il giudice Field osservò che “*The lien and the procedure in rem are, therefore, correlative - where one exists, the other may be taken, and not otherwise*” ma i commentatori inglesi non mancano di rimarcare che “*it is not however the case that where an action in rem is made available a maritime lien is thereby inferred*” (così M. Thomas *ibidem* pag. 30).

94 M. Thomas, *Maritime liens*, Stevens, 1980, pag. 32, sostiene che la distinzione pare implicitamente ammessa dal giudice Brandon J. nel caso *The Monica S.* [1968] P. 741-768.

al cui novero venga negata l'appartenenza. Il problema, risolvendosi in un conflitto di leggi, è ben noto in Inghilterra e si pone particolarmente in caso di *liens ex contractu*<sup>95</sup>.

In Inghilterra - come s'è visto - a differenza degli Stati Uniti, la sussistenza di un *maritime lien* è giudicata con riferimento alla *lex fori*, perché il tema è considerato di carattere procedurale non sostanziale.

I commentatori riconoscono però che la questione è controversa e che l'adesione alla teoria sostanziale comporterebbe un totale rovesciamento dell'attuale approccio al problema, finora risolto in chiave processualistica.

Nel caso "*Tolten*" citato il giudice Scott riconobbe che "*a creditors lien was indubitably a rule of substantive law in admiralty*" ma che cionondimeno "*the lien consists in the substantive right of putting into operation the admiralty Court's executive function*", propendendo per ciò, a detta dei commentatori, sulla scorta della decisione del dr. Lushington nel caso "*Milford*"<sup>96</sup>, per la teoria processuale.

È interessante notare che, al di là delle questioni di principio, di ordine sistematico - classificatorio, il celebre magistrato optò per la tesi della *lex fori* perché intimorito dalle difficoltà che un giudice, aderendo alla teoria della *lex loci contractus* (che per la verità non ha mai avuto molta fortuna, oltre Manica, in ambito di *conflict of laws*), incontrerebbe nel stabilirla esattamente<sup>97</sup>.

A parte il fatto che lettera e portata di una legge straniera costituiscono un fatto che sta alla parte che l'invoca dimostrare e al giudice accertare, ognuno vede l'iniquità cui la ratio del caso "*Mi-*

95 M. Thomas, *Maritime Liens*, Stevens, 1980, pag. 320, *Proper law of Maritime Liens*.

96 The *Milford* [1858] Swab. 362.

97 Nella sua pregevole monografia sui *Maritime Liens* M. Thomas, più volte citato, riproduce questa sorprendente motivazione: "*It is impossible not to be struck with the inconveniences which might ensue if the Court is to be governed by the lex loci contractus; in every case in which a foreign seaman or master sued, the Court would have to enquire into the contract and into the law of the country under which it was made*".

lford” (concernente un contenzioso laburistico) condurrebbe nel caso in cui la *lex fori*, a differenza della *lex loci contractus*, non riconoscesse natura privilegiata ai reclami dei diritti dei marittimi per salari non pagati etc.

Da ultimo vale la pena di ricordare il caso “*Acrux*”<sup>98</sup> dov’era implicata la Cassa Nazionale della Previdenza Marinara, creditrice nei confronti dell’armatore per le prestazioni assicurative dispiagate a beneficio dell’equipaggio. La Cassa si insinuò nella procedura di vendita subastataria della nave in Inghilterra ma la sua domanda fu respinta per difetto di giurisdizione.

Il giudice Newson scese anche nel merito osservando che la domanda della Cassa non era assimilabile a “*wages*” a tutela dei quali l’*Administration of Justice Act* del 1956 accorda un *lien* esercitabile nanti l’*Admiralty Court*, a nulla rilevando che, a termini della legge italiana, il credito della Cassa aveva natura privilegiata. Evidentemente la Cassa si era mossa in ritardo, ma il principio della *lex fori* pare tutt’altro che irresistibile.

Anche la motivazione di merito lascia interdetti. Le prestazioni degli enti previdenziali hanno solitamente carattere retributivo<sup>99</sup>, talvolta differito, o integrativo e quindi stupisce che nel caso “*Acrux*” non siano stati assimilati a “*wages*” e che sia stata negata la natura privilegiata riconosciuta loro in diritto italiano dall’art. 2753 cod. civ.

In contrario non varrebbe osservare che la Cassa agiva in surroga in quanto la surroga legale ex art. 1916 cod. civ. compete anche agli enti previdenziali<sup>100</sup>; quale forma di cessione *ex lege* essa profitta anche (art. 1263 cod. civ.) del privilegio che assiste solitamente il cessionario.

98 “*The Acrux*” [1965] 1 Ll. Rep. 565 (1965) 2 AER 323.

99 “Ogni dazione a pro del lavoratore nell’ambito del rapporto di lavoro deve presumersi onerosa, e quindi di natura retributiva, anche se diretta a salvaguardare il salario di fronte a maggiori oneri, salva la dimostrazione dell’esistenza di una specifica causa negoziale e, in particolare, della causa di liberalità”(Cass. 19.X.1983 n. 6143).

100 Cass. 3.VII.1991 n. 7300 in Giust. Civ. 1992 - I - 1351; Cass. 1.IX.1987 n. 7154.