

LEX MERCATORIA: TRA LOCALISMO E TRANSNAZIONALISMO

Il fenomeno della migrazione pugliese moderna , il network di Pugliesi nel Mondo e le attività socio-economiche loro connesse potrebbero svolgere un ruolo di maggior rilievo all'interno dell'economia globale. Tale risultato potrebbe essere raggiunto anche attraverso una più corretta implementazione di alcune norme regionali. La L.R. 23/2000, fonte legislativa notoriamente localista, sembrerebbe non conciliarsi con la realtà sociale planetaria dell'economia volta al transnazionalismo. L'apparenza, invece, è smentita dai fini esplicitati dalla stessa legge, che mirano anche a favorire il ruolo dell'imprenditore pugliese ed "originario", all'interno del nuovo ordinamento giuridico transnazionale, meglio noto come *lex mercatoria*.

Agli occhi del sociologo la l.m. appare subito meritoria di uno studio che la affronti come fenomeno giuridico, strettamente connesso e parallelo a quello di globalizzazione. (Ferrari). Come spiega il Pannarale, tale fenomeno, pur nella sua novità, è non del tutto ingiustificatamente relazionata con un altro, tipico del cosiddetto "capitalismo commerciale" di epoca cioè anteriore alla rivoluzione industriale, allorché il soggetto protagonista del sistema economico non era considerato il produttore, bensì il commerciante, il quale attraverso la l.m. era riuscito a creare ed imporre un proprio diritto. Da un punto di vista sociologico la caratteristica più saliente era un'ancora non completa differenziazione del sistema dell'economia da quello del diritto e della politica, tanto che persino la separazione disciplinare tra diritto ed economia è affatto estranea alle opere degli studiosi settecenteschi, i quali si occupavano indifferentemente di studi giuridici, economici e merceologici. Ciò è possibile perché i sistemi sociali non sono ancora differenziati in riferimento alla specificità della funzione che essi assolvono, ma piuttosto in base alla loro stratificazione, che regola le forme fondamentali di interazione e di comunicazione della società medesima. Ai giorni nostri, prosegue il Pannarale, il carattere essenzialmente statutale del diritto moderno e la sua formazione prevalentemente legislativa sono inadeguati a regolamentare i rapporti economici, transnazionali in misura crescente ed, inoltre, la legislazione appare troppo lenta rispetto alle mutevoli esigenze dei mercati. Per fare fronte a tali inadeguatezze, il sistema economico, caratterizzato come "mercato globale", è costretto a generare un diritto anch'esso sopranazionale, il quale deve a sua volta generare, regolamentare e proteggere il medesimo mercato globale che lo ha generato: la paradossalità insita in un simile percorso deve, tuttavia, poter restare invisibile grazie alla differenziazione ed alla conseguente autonomia del sistema economico e giuridico. Nel mercato globale

si crea una dissimmetria tra la ricerca di espansione dei mercati, connessa alle esigenze di profitto, e le pretese di regolamentazione e di sicurezza dei mercati stessi. Sempre secondo il Pannarale "... non è possibile alcuna soluzione al problema sicurezza dei mercati stessi: non è reperibile alcuna soluzione al problema della regolamentazione e della sicurezza che si ponga all'interno del sistema economico. Esso è costretto ad utilizzare il diritto per risolvere i propri problemi di autoreferenzialità". La I.m. rende possibile ad un tempo una soluzione giuridica del problema della autoreferenzialità del sistema economico ed una soluzione economica del problema dell'autoreferenzialità del sistema giuridico". L'economia è globale, perché alla base vi sono la necessità elementare di controllare e il rifiuto di condividere territori e risorse. Questa spinta globale ha dovuto, e continua a fare i conti con lo "stato moderno" e con il diritto internazionale classico: i principi di sovranità e reciprocità si trovano su piani differenti rispetto il transnazionalismo che regola la L.M. . Che l'attività imprenditoriale fosse insofferente ai confini territoriali, è cosa ben risaputa fin dai suoi albori. Marx ed Engels dichiarano infatti nel 1848 che il capitale non ha confini e concludono il *Manifesto* con l'invocazione "Proletari di tutti i Paesi unitevi", precorritrice dell'internazionalismo nonglobal (l'ossimoro è solo apparente) di questi giorni. (Ferrari V.).

L'autonomia del concetto di "transnazionalità" ed del suo sinonimo "anazionalità" non è universalmente riconosciuta. Parte della dottrina, infatti, vorrebbe costringere la I.m. nell'alveo del diritto internazionale classico. Ad onore del vero le specificità della I.m sono le medesime che caratterizzano anche l'ordinamento giuridico internazionale e che distinguono entrambi i sistemi da quelli giuridici nazionali: assenza di territorialità, assenza di organi specializzati nella funzione legislativa e conseguente forte decentramento normativo, meccanismi imperfetti di sanzione come conseguenza dell'assenza di un potere centralizzato di sanzione. I confini degli stati tradizionali sono stati definiti anche con guerre, mentre ora l'azione quotidiana dei soggetti economici, "pubblici" e "privati", ne mostra ed acuisce la fragilità strutturale e funzionale.

Modelli organizzativi nuovi, ispirati ad esigenze di funzionalità, vengono inventati ed iniziano a circolare in uno spazio potenziale, che potrebbe risultare molto appetibile anche per gli imprenditori Pugliesi nel Mondo. Il Marra riconducendo la tematica nella razionalità materiale weberiana, afferma giustamente, che il capitalismo razionale d'impresa si serve del diritto, sceglie tra quelli disponibili l'istituto più adatto ai suoi fini. Seppure, all'atto di valicare un confine, i predetti modelli possano incontrare ostacoli culturali, istituzionali, ecc, se economicamente convenienti, alla fine prevarranno. L'imprenditore, citando la "piramide di sguardi" de "La libertà negli occhi" di Escobar R., è ad un "livello autosufficiente ed

assoluto". "Il manufacturer sarà spinto al contratto dalla prospettiva del guadagno. Sarà cioè tenuto d'occhio dai suoi stessi calcoli. Per questo sarà attento e occhiuto di per sé, senza bisogno di alcuna istanza pubblica che lo sorvegli. Per quanto poche, le leggi sarebbero sempre troppe. Qualunque regolazione e limitazione si aggiungessero a quei calcoli, sarebbero contraddittorie con il suo interesse, e dunque con la ratio del contratto. D'altra parte, commenta Bentham (*Panopticon*) "non vedo nessun genere di pericolo dal fatto che non ci sia sulla terra nessun oggetto più caro al contraente che il suo interesse". Le ragioni della rapida diffusione degli usi transnazionali agli studiosi del settore appaiono talmente noti da sembrar banali. A noi basta accennare alla diffusione di formulari e contratti tipizzati derivanti dalla prassi internazionale tra le imprese italiane che operano verso l'estero.

Possono gli imprenditori pugliesi non sfruttare i mezzi portentosi messi a disposizione dalla l.m.? Possono non sfruttare il network di imprenditori Pugliesi già residenti, operanti e radicati all'estero? Coerentemente con la Legge Regionale 23/2000, l'ente Regione Puglia, può non attivarsi, predisponendo mezzi finanziari per favorire gli studi e la pratica forense di giuristi Pugliesi e di origine portandoli a rapportarsi con law firms che già operano in Italia o all'estero e seguono contratti o attività economiche e finanziarie internazionali? Perché l'accesso ad un insieme di istituti giuridici e di possibilità legate al diritto moderno devono essere considerate "di nicchia"? Queste nuova tendenza giuridica non va scoraggiata, perché è in grado di promuovere all'interno del sistema un rilevante grado di uniformazione con le regole internazionali; di consolidare, sia pure lentamente, un corpus di usi e conoscenze che attenuerà le asimmetrie informative tra imprese di Pugliesi e imprese italiane, europee ed extraeuropee e favorirà, quindi, la competitività delle nostre imprese, rendendo meno provinciale l'intero sistema del commercio Pugliese, che già soffre il provincialismo del diritto commerciale italiano.

Quanto detto finora non è una novità per quanto concerne il patrimonio del sociologo del diritto e del giurista puro. Gli oppositori della L.M. ritengono che il corpo dei precetti che le appartengono, corrisponda ad un elenco di principi estrapolati per "distillazione" dagli ordinamenti giuridici in tema di obbligazione e contratti. Una disanima superficiale di alcuni istituti, anche ricompresi all'interno dei Principi Unidroit, può trarre in inganno. Risaltano, infatti, tra le norme in questione, principi quali la buona fede contrattuale, il divieto di trarre vantaggio dal proprio illecito, l'irrisarcibilità derivante da atti a cui si è consentito, l'arricchimento senza giusta causa, il carattere vincolante del contratto, l'irrelevanza del silenzio nella formazione del contratto, salvo eccezioni derivanti da una "long standing business relationship", Ma la L.M. non è solo questo, e si

erra persistendo nel mettere in rilievo solo questo aspetto. Per la Boschiero, chi ritiene incomprensibile dal punto di vista pragmatico il dibattito sulla *lex mercatoria* alla luce della considerazione che ogni ordinamento statale attribuisce un ruolo agli usi del commercio internazionale, affronta il problema da un'ottica che è esclusivamente quella dell'ordinamento dello Stato e ragiona sulla base della tradizionale teoria delle fonti del proprio diritto commerciale, ponendo l'accento sugli storici rapporti che da sempre la *Law Merchant* intrattiene con la *Common Law* tradizionale, ossia l'ordinamento britannico. Ma i *mercatorists* non mancherebbero di osservare che riscontrare tali istituti non è sufficiente per negare l'esistenza della L.M. come ordinamento giuridico a sé stante, indipendente rispetto agli ordinamenti nazionali e alle norme di diritto internazionale pubblico. I principi della L.M. riescono a riflettere ed integrare culture giuridiche diverse, ora di *civil law* ora di *common law*, ora di altri lidi come nel caso di *gross disparity* e dell'*hardship*, che offrono al contraente più debole tutele più ampie di quelle riconosciute da istituti analoghi del diritto comune europeo, quali per esempio la nostra rescissione. In secondo luogo, l'applicazione che si fa di questi principi diverge in punti non secondari dalle diverse legislazioni nazionali che li hanno accolti. In terzo luogo, cosa di sicuro rilievo sociologico, questi principi sembrano essere stati "spontaneamente" accolti, elaborati e fatti propri, metaforicamente "levigati" (Pannarale) da giuristi di alto lignaggio, da una comunità cresciuta e operante al di sopra dei confini nazionali, divenendo criterio di riconoscimento identitario dei soggetti che ne fanno parte: quella *communitas* (o *societas*??) *mercatorum*" (olgiati). Una obiezione tra le più frequenti della dottrina che non riconosce la qualifica di ordinamento giuridico autonomo alla l.m., riguarda la pretesa inesistenza di una *societas mercatorum* ossia di un gruppo sociale identificabile con precisione, una società appunto nel senso istituzionale del termine, idonea a costituire un'unità concreta, distinta dagli individui in essa compresi. Si è infatti affermato, con riferimento ai soggetti della l.m., che non è possibile identificare un corpo sociale definito e diffuso in modo omogeneo su scala globale, bensì unicamente tanti settori del diritto del commercio internazionale. Essa risulterebbe, infatti, piuttosto fondata su solidarietà professionali parziali e interessi corporativi, inidonei come tali a fondare un sistema giuridico unitario. E' facile opporre che il fatto che gli attori economici internazionali siano tra loro in concorrenza e portatori di interessi sovente divergenti non implica affatto come conseguenza necessaria l'impossibilità di considerarli un corpo sociale in grado di esprimere un ordinamento proprio ed un quadro giuridico unitario adatto a reggere i rapporti economici globali. Inoltre per il Santi Romano l'ordinamento giuridico si identifica con ogni ente, o corpo sociale, che sia espressione di forze non meramente individuali, o comunque disorganizzate, e che si costruisca, come unità concreta distinta dagli individui in

essa compresi. Nessuno può, infatti, contestare l'evidenza di "milieux" fortemente omogenei di operatori del commercio internazionale, legati da interessi comuni gestiti da organizzazioni a vocazione economica, o da associazioni professionali, che funzionano come poli di agglomerazione in grado di unificare le regole e le pratiche del commercio in vari settori. La terza obiezione che la dottrina internazional-privatistica ha mosso alla qualificazione della I.m. come ordinamento giuridico autonomo riguarda la problematica della sanzione ossia la terza componente strutturale e funzionale di ogni sistema giuridico. Si contesta che la I.m. non disponga di sanzioni proprie, L'idea è doppiamente errata perché si misconosce l'esistenza di sanzioni proprie della I.m. muovendo dal principio che una vera sanzione è solo quella accordata dallo Stato. Non si considera che ciò che conta è che la norma sia generalmente rispettata dai destinatari nei loro comportamenti (aspetto esterno) e che lo sia in quanto regola di diritto la cui violazione è suscettibile di comportare una reazione sociale ostile e prevedibile (aspetto interno). Non si coglie che la peggior sanzione per un operatore del commercio non è una sentenza che lo obblighi ad un *facere*. Per un imprenditore non vi è sanzione peggiore dell'esclusione dal "mercato" a seguito della "perdita del buon nome", delle credenziali per far parte della *societas mercatorum*. Essere espulso dalla propria organizzazione di categoria, in quanto parte inadempiente, per un imprenditore corrisponde "alla morte". Una sanzione di tipo canonico proveniente da un organo giudicante, al quale è conferito tale potere dall'autorità statale, evidentemente, risulterebbe un mezzo inadeguato rispetto agli interessi delle parti e conseguentemente al processo di internazionalizzazione dell'economia. nella stragrande maggioranza dei casi aventi come parti due imprenditori. Per Nerina Boschiero la questione "lex mercatoria yes or no?" è superata e deve essere sostituita da "lex mercatoria when and how", perché torna futile il dibattito sulla natura della moderna della I.m. come ordinamento giuridico autonomo ed indipendente: l'accento deve ormai spostarsi sui metodi di soluzione delle controversie in materia di commercio internazionale, e sulle tecniche di applicazione della lex mercatoria.

La I.m. comprende anche ben altro. Le sue componenti essenziali sono identificabili nei principi generali del diritto, nei contratti-tipo, negli usi del commercio internazionale e nella giurisprudenza arbitrale. ,ma anche istituti già presenti negli ordinamenti nazionali. Una delle maggiori obiezioni da parte della dottrina non favorevole alla I.m. riguarda i principi generali di diritto: in primis a seguito della loro specificazione a livello di diritto commerciale internazionale mediante l'enunciazione sistematica degli stessi operata dall'Unidroit con la relazione e codificazione dei *Principi sui contratti commerciali internazionali*; in secundis a causa di operazione analoga su scala europea dei PECL (*Principi di diritto europeo dei contratti*). Si tratta sostanzialmente di una specificazione

normativa dei principi generali di diritto indicati all'art 38, par. 1, lett. C, dello Statuto dell'attuale Corte internazionale di Giustizia. Dati empirici confermano che i predetti principi hanno progressivamente perso la loro importanza in quanto fonte del diritto internazionale, precisamente a partire dal momento in cui si è potuto fare direttamente riferimento alla pratica dei protagonisti della vita di relazione internazionale, rendendo così superfluo quello ai principi già accolti dalle diverse società internazionali. D'altro canto le ragioni del loro insuccesso nel diritto internazionale sono precisamente le medesime che ne hanno determinato il successo nel diritto della *lex mercatoria*, come dimostra la prassi nel campo del contenzioso arbitrale transnazionale e i richiami frequenti ai principi generali, in particolare degli *Statecontracts*, ossia i contratti tra Stati e persone fisiche straniere, ove gli arbitri spessissimo esercitano il potere, nella regolamentazione delle controversie loro sottoposte, di ricorrere a principi generali rilevanti *rationae materiae* sul piano specifico del diritto del commercio internazionale, quali appunto i *principi generali delle transazioni internazionali*, i *“principi generali del diritto applicabile alle relazioni economiche internazionali”*. Lo strumento del contratto rappresenta un'altra fonte “formale” di produzione giuridica di *lex mercatoria*. Una questione relevantissima per la sociologia del diritto è quella di comprendere fino a che punto “il contratto possiede nello specifico sistema giuridico della *lex mercatoria* la natura di procedimento di creazione e di sviluppo cosciente del diritto pur non emanando da un organo legislativo specializzato e specificatamente incaricato di adempiere tale funzione: il dominus della ‘positivizzazione del diritto’ per eccellenza, ossia il legislatore”. Sempre a tal proposito, M.R. Ferrarese, mette in risalto la paradossalità della natura dei contratti, con riferimento specifico agli “atipici”, frutto di ingegneria giuridica delle grandi law firm americane, su commissione delle imprese transnazionali. Tali contratti sono sospesi geneticamente tra l'artificio creativo ed il requisito consuetudinario a cui devono la propria diffusione e legittimazione sociale. Per certo, in quanto frutti di un'inventiva giuridica, sono prodotti artificiali, una sorta di *jus positum*.

In via preliminare la prima opportuna considerazione di carattere generale da formulare è che ogni sistema giuridico adempie alle proprie funzioni essenziali (legislativa, giurisdizionale, ed esecutiva) alla propria maniera. Il procedimento genetico del contratto transnazionale presenta analogie con il trattato internazionale. Sia il trattato che il contratto altro non sono, in definitiva, che fatti o procedimenti ai quali rispettivamente il diritto internazionale e la l.m. attribuiscono l'effetto di dar vita, a determinate condizioni ed entro determinati limiti, ad un autoregolamento obbligatorio tra soggetti di diritto. Il contratto per la *lex mercatoria* non può configurarsi in senso tecnico come fatto generatore di obbligazioni allo stesso modo di quella che la natura del contratto nei principali

sistemi giuridici nazionali, in cui il potere di autoregolamentazione dei privati in materia contrattuale coesiste sempre con regolamentazioni specifiche o generali sul contratto, di modo che regole presenti nell'ambito di tali sistemi si risolvono in veri e propri limiti all'autonomia contrattuale. Come osservato dal Treves T., se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in che modo muta il diritto del nostro tempo. Il contratto è, quindi, forse l'elemento costitutivo principale della nuova I.m. e ciò si spiega perché esso ha una strumentalità del tutto coerente non solo con i caratteri del mercato, ma anche con le esigenze giuridiche dell'epoca globale, a partire dal suo carattere di apoliticità. Sotto tale profilo basta pensare che esso non richiede un accordo sui fini, bensì sui mezzi. Il contratto, pariteticamente al mercato, coerentemente con le teorie di Hayek, ha una struttura intrinsecamente strumentale, di puro raccordo tra i contraenti che perseguono fini diversi e persino contraddittori. Piuttosto è da segnalare che attualmente sono modelli contrattuali perfezionati "dall'alto", dalle law firm, a condizionare la consuetudine commerciale internazionale e non questa a condizionare i contratti "dal basso". Del resto, la intrinseca giuridicità della I.m., è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza maggioritaria di diversi paesi che, in più occasioni, ha riconosciuto nelle norme della lex mercatoria principi giuridici e regole di diritto del tutto equivalenti alle norme di una lex contractus statale, inquadrando tale fenomeno nell'ambito dell'arbitrato "secondo diritto" e non secondo equità. Secondo la suprema corte italiana, "... l'esistenza di un diritto "transnazionale", "mercantile", composto da regole di condotta con contenuti mutevoli, ma *pro tempore* determinati, si deduce dall'adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori in virtù della *opinio necessitatis* che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè nella convinzione che essi siano vincolanti...". Di modo che la *lex mercatoria* "sorge quando si forma e manifesta la convinzione di valori cogenti e quando gli operatori coordinano le loro condotte in base a regole comuni integrando una *societas mercantile*..." In questa *societas*, caratterizzata secondo la Corte, dall'assenza di sovranità e di potestà coattive, il diritto si rileva allo "stato diffuso" ed acquista spessore, senza mutare la propria natura, attraverso l'attività di "strutture organizzative" proprie della società mercantile, segnatamente gli organismi che "preorganizzano e somministrano la giustizia arbitrale" (Cass. 8/2/1983, n.122).

Il Marrella osserva che gli usi del diritto commerciale internazionale "spezzano le catene che li hanno relegati all'ultimo gradino della gerarchia delle fonti del diritto statale" per riprendere nell'ordinamento della I.m. : "una posizione di primo piano". L'origine dei principi regolativi l'ordinamento I.m. è molto risalente. Già nella seconda metà del Trecento, Baldo, come riportato da Maura Fortunati,

“Inter mercatores non convenit de iuris apicibus disputare, sed de mera veritate et consuetudine mercantiae”: tra i mercanti non è il caso di mettersi a discutere di sottigliezze giuridiche, ma conviene piuttosto attenersi alla semplice verità dei fatti e alla consuetudine mercantile. La risposta più comune, quindi, è che si tratta di un complesso di norme che sorgono “spontaneamente” nel mercato, ponendosi come necessario contrappunto tra le sottigliezze del diritto care ai civilisti e l'immediatezza concreta della consuetudine mercantile e della bona aequitas mercantile. La natura consuetudinaria del diritto dell'economia, permette ai moderni mercatores di stipulare contratti *business-to-business*, su una scala internazionale sfuggendo al diritto positivo dei rispettivi paesi. Questa spinta alla massima possibilità di liberalizzazione si è tradotta a livello privatistico nel sempre più frequente ricorso delle parti all'arbitrato internazionale. Esso rappresenta lo strumento che ha normativamente consacrato il potere degli attori sociali di sottoporre le loro contrattazioni internazionali ad un diritto materiale specificatamente concepito per le esigenze delle relazioni economiche internazionali. Effetto latente di questa azione è che gli Stati si stiano impegnando in una competizione per predisporre le condizioni che si suppongono possano attirare gli “arbitrators” e il giro d'affari che ruota attorno le transazioni di alto livello. Questa è la risposta “statale” al desiderio di libertà “dallo Stato” dei mercatorists. Su questo aspetto torna di certo utile il pensiero del Gambaro, secondo il quale la scelta del diritto e della giurisdizione applicabile finiscono con l'avere più “ un senso negativo che un senso positivo. Voglio dire che attraverso tale scelta si scarta un ordinamento, o una giurisdizione, piuttosto che eleggere un sistema preciso cui ancorare il contratto. Più che di *forum shopping* si tratta di una fuga dai sistemi meno attraenti”. Come spiega il Marrella ogni Stato presenta un proprio apparato giurisdizionale con caratteristiche ed efficienza variabili nello spazio e nel tempo. Non è un caso che tra gli indicatori di rischio-Paese elaborati da *Business International* si annoverano anche indici di efficienza della Giustizia. Diceva bene Ferrara Jr “... Ai commercianti non tanto interessa aver ragione, quanto di ottenerla nel tempo utile, una ragione tardiva non serve”. La relativa celerità del processo arbitrale e dell'eventuale *exequatur* del lodo conducono, infatti, alla minimizzazione dei costi-opportunità per le imprese grazie al più rapido reinvestimento dei capitali nei cicli produttivi.

Prendendo spunto da una importante dottrina americana, che tende ad assimilare le componenti economiche a quelle politiche del liberismo assoluto, non si dovrebbe avere alcuna difficoltà ad identificare la nascita di una *network society*. Gli attori di questa società-solidale si trasformano in “constitutional-subjects” cui si deve la creazione di autonome e peculiari sfere di legalità, in grado di far valere i propri diritti fondamentali non solo in senso verticale nei confronti dello Stato, ma anche in senso orizzontale, diventando la I.m. un paradigma della “new

global law”, “un self governing-system” decentrato, non organizzato in modo gerarchico. Siamo di fronte ad un tipico esempio di “diritto vivente”, che nasce e si diffonde in una sfera virtuale, a-nazionale anche in senso fisico. Ma non solo, poiché attraverso l’esperienza degli arbitrati si può rilevare come in una moltitudine di contratti commerciali internazionali si faccia riferimento ad una o più leggi nazionali per disciplinare i rapporti tra contraenti.

E’ evidente che un sistema economico e giuridico, ove prosperino schemi contrattuali di così varia natura, regno di ipercomplessità, per dirla a *la Luhmann*, possa anche generare insoddisfazione ed insicurezza negli attori principali di quest’azione sociale. Per evitarne gli effetti, definiti perversi da *Boudon*, e la relativa delusione di aspettative, vengono incontro i principi Unidroit. I Principi Unidroit si propongono di ovviare ad almeno alcune delle carenze legate alle contingenze che si riscontrano attualmente nel diritto del commercio internazionale, conseguenti al momento della scelta delle norme e del foro da parte degli operatori nel diritto del commercio internazionale. Rilevante dal punto di vista del sociologo è che il gruppo Unidroit non sia stato insediato da alcuna autorità politica o legislativa, in particolare e abbia dunque proceduto spontaneamente a questa riduzione di complessità. La stesso tipo di operazione, a livello continentale, è stata fatta anche dalla Commissione sul diritto contrattuale europeo. La “spontaneità” della genesi dell’Unidroit calza a pennello nel contesto della L.M., nel quale “spontanee” sono anche le prassi normative consolidate all’interno della comunità dei mercatores, integrate da apporti dottrinali. Anche la prassi contrattuale transnazionale ha dato vita in forma spontanea, ad una molteplicità di contratti internazionalmente uniformi, contratti-tipo suscettibili di essere impiegati nei più vasti settori del commercio internazionale e contratti internazionalmente uniformi, molti dei quali posti in essere dagli uffici legali delle società multinazionali e transnazionali e diffusi presso tutte le proprie filiali, ovunque localizzate nel mondo). Uno dei nemici maggiori della “spontaneità” è il paternalismo Statale. Oltre il Rodotà, anche il Gambaro rileva come tale atteggiamento statale sia fortemente esposto al rischio dell’eterogenesi dei fini, ossia inserisca nell’ordinamento una regola, la cui mentalità appare l’esatto contrario della mentalità che pervade il commercio internazionale.

In Italia per quasi tutto il XX secolo la nostra cultura giuridica si è fatta beffe dell’idea che l’assetto di interessi, messo in atto volontariamente dalle parti, possa essere in sé giusto ed ha quindi formato fitte schiere di giuristi ed operatori del diritto che venerano la legge statuale e disprezzano l’idea che il contratto abbia forza di legge tra le parti. Invece appare di palmare evidenza, dal punto di vista dell’analisi economica e sociologica del diritto, che l’esecuzione spontanea- e dunque out of court- dei contratti e degli eventuali lodi arbitrali in mercati

transnazionali si traduca anche nella necessità di minimizzare i “costi di reputazione” al fine di mantenere il proprio posizionamento nel mercato.

Un'altra domanda è importantissimo porsi. Quali sono i rapporti tra grandi imprese e grandi studi legali, tra enti pubblici e soggetti privati, fra la regolazione negoziale e regolazione autoritativa e, infine, fra quello spazio giuridico extra-statuale, di cui la *lex m.* è ritenuta l'espressione giuridica rivoluzionaria del nostro tempo, e l'ombra mai dissipata degli stati nazionali? La manifesta antipatia, che una parte considerevole della dottrina prova per la *l.m.*, risiede in considerazioni di natura propriamente politica. Secondo la Ferrarese l'avvento della globalizzazione ha spezzato la simmetria: “l'economia di mercato amministra il consenso economico” come la “democrazia amministra il consenso politico”. Le sedi che toccano i destini dei cittadini, si sono spostati, dall'ambito statale a quello transnazionale. Per il Ferrari, l'ordinamento *l.m.* deve poggiarsi sul concetto di *uguaglianza* “Proprio l'assunzione che accomuna liberali e marxisti, secondo cui l'*homo oeconomicus*, agisce secondo una logica strumentale che mira alla massimizzazione del profitto, induce piuttosto a vedere una tendenza all'isonomia, solo quando le parti trattino da partenza uguali e piuttosto una tendenza all'asimmetria, quando al contrario le parti trattino da posizioni disuguali. Qui deve intervenire un'autorità ad impedire, quanto meno, gli eccessi di approfittamento, i quali producono accumulandosi, mercati monopolistici che sono l'opposto dei mercati liberi di ispirazione liberale.” Il pensiero del Ferrari è accostabile, almeno sotto questo aspetto, a quello del Luhmann, secondo il quale il principio di uguaglianza ha la funzione specifica di richiedere una motivazione sufficiente per ogni trattamento disuguale. La *societas mercatorum* permette, infatti, trattamenti diversi tra i suoi attori sociali solo per garantirsi la sopravvivenza, come avviene attraverso gli istituti favorevoli ai contraenti più deboli. L'istituto della *gross disparity*, generalizza l'invalidità del contratto stipulato da una parte che si trovi in una situazione di bisogno economico o di necessità urgenti, dalla quale l'altra parte abbia potuto trarre un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto. Non viene stigmatizzato solo lo stato di pericolo o lo stato di bisogno, ma ogni grave squilibrio tra le prestazioni di potere contrattuale, per di più prevedendo che il giudice o l'arbitro possano, su domanda di una o dell'altra parte, modificare il contenuto del contratto con quanto avrebbe convenuto nel rispetto del principio di buona fede e della correttezza, al fine di mettere il contratto “in armonia con il principio della ragionevole correttezza commerciale”.

La regola della *gross disparity* torna certo utile in casi come quello in cui un imprenditore pugliese voglia affacciarsi sul mercato internazionale. In quanto parte “meno informata” vedrebbe aumentate le sue tutele, essendo estese a contratti tra imprese l'ordine pubblico di protezione che il nostro sistema prevede

solo per i consumatori. Sempre sul concetto di uguaglianza, bisogna rimarcare come liberali e comunisti sono concordi nel ritenere che il sistema sociale dei mercatores troverebbe la sua fine, a causa del Monopolio. I Principi Unidroit cercano per esempio, di scongiurare (indirettamente) la disuguaglianza, vietando le tangenti che sono parte essenziale, se non condicio sine qua non, di molti contratti internazionali. Un ulteriore peculiare mezzo di tutela del mercato, ossia di un interesse collettivo "superiore", può essere individuato nella nozione *lexmercatoristica* dell'ordine pubblico transnazionale. L'arbitro nella pratica dichiara nullo un contratto, perché è contrario all'ordine pubblico transnazionale, producendo esternalità favorevoli agli altri operatori del settore in quanto garantisce la sopravvivenza del mercato medesimo (Marrella). Per fare un ulteriore esempio: cosa succede nei contratti tipo? Sono frutto di un comune tendere delle parti verso una regolazione vantaggiosa per entrambi (*win win*) o piovono da lontano sulla testa di uno dei contraenti, che non ha altra scelta se non "prendere o lasciare"? La Ferrarese spiega come la rilevanza dei servizi per il capitalismo globale sia parte integrante del processo che induce la nostra epoca a caratterizzarsi sulla base "dell'accesso" e non della proprietà. Tra i vari "servizi", quelli giuridici non sono di secondaria importanza, perché anche da essi dipendono le possibilità di scambio. Le difficoltà all' "accesso" sono determinate anche dalla forza di "penetrazione" della I.m. che riposa sul fatto di essere nata come "diritto dei professori" o "diritto dei giuristi". Così appare al Galgano l'ordinamento giuridico dei mercatorists, quasi un sottosistema sociale "riflessivo". Un giudizio apprezzabile sulla realtà fattuale, lo si potrà dare scendendo ad indagare empiricamente sui casi singoli, per comprendere se inserire anche il tema della I.m. nella prospettiva teorica del conflitto sociale, da cui è difficile distaccarsi quando si parla di diritto.

La Regione Puglia potrebbe limitare i problemi di "accesso" dei suoi operatori di mercato predisponendo interventi formativi volti a far conoscere realtà, istituti, strategie, già radicate all'estero. Un esempio è quello delle *lobby* che intervengono sia nel momento formativo dei contratti sia, nella rete protettiva esterna – per esempio governativa- dei loro interessi. In questo scenario si deve ricordare che al diritto statuale restano comunque dei bastioni che al momento appaiono inespugnabili, settori del diritto dei quali restano sovrani. Spicca in tal senso il trattamento normativo ed economico riservabile ai lavoratori assunti in loco per eseguire materialmente l'opera. In questo campo gli stati stessi fungono da cintura protettiva locale delle operazioni economiche transnazionali. La normativa del paese interferirà con quella transnazionale su una somma di altri aspetti, per cominciare con quello fiscale, proseguire con quello amministrativo e quello ambientale e finire con quello dei rapporti con le élites politiche, compresi i rapporti illeciti. Questa inevitabile interferenza dei sistemi normativi locali nello

schema contrattuale concordato “nello spazio virtuale” non si fa poi apprezzare solo all’origine , cioè nella fase preliminare e nel momento della stipulazione, ma anche in itinere, nel corso di viaggi lunghi e tormentosi. Si dovrebbe indagare più a lungo anche sull’ *exequatur* da parte dei giudici nazionali delle decisioni in sede di arbitrato internazionale. Questo argomento è forse di scarsa rilevanza fattuale, poiché il ricorso alla giustizia ordinaria ai fini dell’esecuzione dei lodi è un evento raro, specie in Italia, ma ha una grande rilevanza teorica, poiché si tratta del ponte, magari sottile, ma pur sempre in aggirabile nei casi estremi (*just in case*) che unisce il sistema giuridico tradizionale degli stati alla L.M., assegnando a questi l’ultima parola attraverso la permanente titolarità del monopolio della forza “legale”. La problematica è importante se si considera che per certa parte della dottrina le norme della l.m. risulterebbero prive di una funzione normativa “eteronoma” e, pertanto, sarebbero suscettibili di acquistare rilevanza giuridica unicamente nella misura in cui lo stato provvede a recepirne il contenuto direttamente, per il tramite dell’autonomia delle parti, o, indirettamente, per il tramite del riconoscimento delle sentenze arbitrali. Proprio gli arbitrati sono la fonte principale di conoscibilità della l.m. e, nonostante ciò, sulla base della comune esperienza si può supporre che essi rappresentino una porzione minoritaria di quell’universo. Sociologicamente dobbiamo avere un’idea non del tutto vaga di quei rapporti economici, che rappresentano la fisiologia del fenomeno, per poter capire da cosa scaturisca la patologia che giunge sul tavolo degli arbitri e dei giudici. E’ evidente che la rilevanza della l.m. nei rapporti commerciali internazionali possa essere apprezzata con lo studio della sua peculiare ricorrenza: a) alla scelta dell’organo giudicante che può essere del tutto autonomo e privato nel senso più stretto della parola, oppure coincidere con enti stabili (Camere di Commercio, Camere arbitrali internazionali), operanti sul crinale fra “privato” e “pubblico”, su un confine che si rivela in realtà sempre più mobile e in discussione; b) alla scelta del rito, che può essere predeterminato dal contratto con riferimento a norme o regolamenti già esistenti, nazionali, sovra-nazionali o internazionali nel senso classico oppure lasciato alla discrezionalità dell’organo giudicante; c) all’ambito di discrezionalità lasciato dalle parti ai decisori nella raccolta e valutazione delle prove, nella decisione di merito e nella motivazione del lodo. Questo aspetto assume particolare rilevanza, poiché agli arbitri è consentito o meno di giudicare secondo equità, o secondo le particolarità del caso, o secondo altri criteri che si riconoscono nella weberiana razionalità materiale; d) alle concrete modalità del disputing, il che significa entrare negli *interna corporis* dei procedimenti arbitrali, per registrare gli scambi, le comunicazioni, il diverso atteggiarsi dei protagonisti nei rispettivi ruoli. Parte della dottrina (Boschiero) segnala come spesso la rilevanza del lodo arbitrale vada ad oscurare tutti gli altri elementi che caratterizzano l’ordinamento giuridico L.M. . Si arriva addirittura in

alcuni casi a ritenere che il fondamento dell'applicazione della *lex mercatoria* sarebbe unicamente da ricondurre al potere degli arbitri di giudicare sulla base di norme a-statali o di parametri equitativi. Non sarebbe, sempre per la Boschiero, la "intrinseca normatività delle regole, usi, consuetudini del commercio internazionale a rilevare, quanto piuttosto la natura dell'organo investito della soluzione della controversia. La libertà dell'arbitro avrebbe carattere assorbente rispetto al diritto sostanziale applicato; rileva solo la decisione, in quanto prodotto "giurisdizionale" concreto, e non già il diritto e le norme giuridiche applicate. Altre considerazioni aprioristicamente riduttive della I.m. criticano la mancanza di generalità dei suoi principi generali, lodi arbitrali in primo luogo. La prassi contrasta fermamente queste obiezioni. E' ampio infatti il ricorso al precedente giurisprudenziale nella giurisprudenza transnazionale: l'arbitro verifica d'abitudine la coerenza della propria decisione con la giurisprudenza precedente. Questa funzione interpretativa e cognitiva della giurisprudenza arbitrale, unitamente alla pubblicazione sempre più ampia e diffusa dei lodi arbitrali, consente di apprezzare in essa un momento determinante per garantire la costruzione di un sistema coerente e convergente. Il lodo arbitrale inoltre assume, così una funzione assolutamente assimilabile a quello di "struttura delle aspettative" nel sistema sociale dei mercatorists. Sembra evidente tra l'altro, che il successo dell'arbitrato rispetto al tradizionale contenzioso dinanzi al giudice interno può essere spiegato anche attraverso la comparazione dei costi totali tra i due procedimenti per opera delle parti. Al costo del conflitto di giurisdizioni si sostituisce un unico procedimento arbitrale transnazionale.

Restano ulteriori interrogativi, come segnala il Pannarale, che allarmano maggiormente chi intende occuparsi di questo fenomeno da una prospettiva di tutela dei diritti. E' emerso come non siano solo le grandi imprese transnazionali le protagoniste della *societas mercatorum*. Ci si deve domandare se l'accettazione delle regole della I.m. per chi più o meno abitualmente si trovi ad essere implicato in attività di commercio Internazionale, sia un prezzo da pagare o un rischio per essere ammessi a far parte di tale *societas*. Tale società è in grado di sviluppare al suo interno una dialettica di tipo democratico o si caratterizza come un sistema oligarchico? Chi decide e come si decidono le regole di questo nuovo ordinamento transnazionale? Per individuare una risposta plausibile occorre un apposito studio ma come avverte sempre il Pannarale è necessario preventivamente sgombrare il campo da ogni tentazione di ricorso all'etica o ai valori.