

FRANCESCO GALGANO

Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto

SOMMARIO: 1. Le organizzazioni governative e i mercati internazionali. - 2. Le organizzazioni non governative: i *legal international standards* prodotti dalle tecnocrazie professionali. - 3. Continua: i centri di formazione dei modelli contrattuali atipici e nelle *new properties*. - 4. Gli usi del commercio internazionale ed i *Principi Unidroit*. - 5. *Societas sine lege* e *societas sine iure*.

1. *Le organizzazioni governative e i mercati internazionali.* –

Globalizzazione è parola fra le più usate, e abusate, del nostro tempo. Un punto è certo: la globalizzazione espande i mercati, mondializza le culture, getta le basi di una nuova, transnazionale, mondializzata, società civile, ma non sposta i confini che dividono la Terra in quasi duecento Stati, ciascuno dei quali presidia solo un frammento del mercato globale, e non è in grado di regolarlo.

Ci si deve interrogare sul se, prima ancora che sul come, di una regolazione dei mercati internazionali, atteso che il diritto è, nella sua attuale dimensione storica, una entità a carattere nazionale (o, tutt'al più, nel caso dell'Europa, a limitato carattere sovranazionale), in opposizione alla natura dei mercati internazionali, destinati a svolgersi in ambito planetario, sottratti all'azione regolatrice degli Stati, propensi a non ubbidire ad altre leggi che non siano le leggi economiche della domanda e dell'offerta, dei costi e dei benefici, della libera competizione fra le forze economiche.

Sono ben note, del resto, le filosofie che predicono l'avvento di una società senza diritto, destinato ad estinguersi in un mondo globalizzato, nel quale le regole della tecnica prenderanno il posto delle regole del diritto. E' però un fatto che gli stessi teorici dell'economia

globale sollecitano un intervento regolatore dei mercati internazionali. I mercati si espandono, per opportunità economica, oltre ogni confine nazionale; ma trovano nei diritti nazionali un ostacolo alla loro espansione, dovendo fare i conti con la persistente difformità del diritto interno agli Stati.

Sessant'anni or sono il Trattato istitutivo della Comunità economica europea aveva prefigurato l'obiettivo della armonizzazione del diritto degli Stati membri come condizione necessaria per l'instaurazione di un mercato comune. Oggi il nesso fra espansione economica e uniformità del diritto è colto su più ampia scala: si guarda alle barriere giuridiche che dividono gli Stati come ad un ostacolo che si frappone alla attuazione di un efficiente mercato globale ⁽¹⁾.

E' pertinente ricordare a questo riguardo la prassi delle imprese transnazionali, imposta dalle esigenze della produzione o della distribuzione di massa su larga scala. Le società madri trasmettono alle società figlie operanti nei vari continenti i modelli contrattuali da praticare, accompagnandoli da una tassativa prescrizione: che i modelli transitino attraverso gli uffici commerciali, e ricevano da questi una mera traslazione nella lingua locale, ma non passino attraverso gli uffici legali, che immancabilmente farebbero opera di adattamento al diritto nazionale, rompendo la essenziale uniformità internazionale del modello.

Semmai, ne sono condizionati. Come accade quando la sua politica interna deve fare i conti con il *rating* che il mercato finanziario internazionale assegna al suo debito pubblico. Alle ragioni intrinseche

⁽¹⁾ Segnalo al riguardo il saggio di analisi economica del diritto (o di analisi giuridica dell'economia) di F. GOMEZ e J. GANUZA, *Optimal harmonized Standards for Promoting Cross-border Trade*, relazione letta al convegno di Bolzano dell'11-12 dicembre 2009 su *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*.

allo sviluppo dell'economia globale si aggiungono ragioni di segno opposto, che militano per un intervento correttivo degli spontanei meccanismi di mercato, e diretto a riequilibrare il rapporto fra le aree più forti e le aree più deboli del Pianeta o fra i ceti più avvantaggiati e quelli meno avvantaggiati.

Quali, allora, i modi di una regolazione dei mercati internazionali?

Le convenzioni fra Stati per la formazione di un diritto uniforme sarebbero la strada maestra; ma l'esperienza storica ha dimostrato quanto sia arduo trovare un accordo fra Stati sovrani, nessuno dei quali è disposto a rinunciare al diritto nazionale. Il bilancio di un intero secolo è desolante: le uniche convenzioni a raggio planetario sono state la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili corporali e le Convenzioni di Monaco e di Washington sulla protezione internazionale della proprietà industriale. Quanto alle Convenzioni sull'assegno e sulla cambiale uniforme, esse furono sottoscritte solo dai paesi di *civil law*.

Non molto, in verità, ci si può attendere, in fatto di regolazione uniforme dei mercati, o di loro regolazione correttiva, neppure dalle pur numerose organizzazioni internazionali, cui gli Stati hanno dato vita dopo la seconda Guerra mondiale. Non sono, come pure è piaciuto definirle, veri e propri organi di governo della Comunità internazionale ⁽²⁾. Non ci si faccia fuorviare dalla autonoma personalità giuridica di queste organizzazioni, separata da quella degli Stati che le compongono. All'autonomia giuridica non corrisponde una autonomia politica. Meglio esprimersi, come solitamente ci si esprime, in termini di organizzazioni intergovernative, che è espressione più aderente alla

⁽²⁾ Così S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

realità di queste organizzazioni, le quali non attuano una propria politica, distinguibile da quella degli Stati che ne sono membri, ma sono la sede permanente entro la quale i governi degli Stati membri concertano il se ed il come di una loro congiunta politica internazionale ⁽³⁾.

E' ben vero che si delibera a maggioranza nei vari organi dell'Organizzazione mondiale del commercio (principalmente la Conferenza dei ministri, che si riunisce almeno una volta ogni due anni, e il Consiglio generale, che opera permanentemente), composto ad oggi da circa centottanta Stati (ma altri attendono di essere ammessi). Il suo scopo non consiste nel formare e nell'imporre ai suoi membri regole di comportamento per il commercio internazionale, ma consiste più limitatamente nel favorire e promuovere accordi commerciali multilaterali aventi ad oggetto la determinazione di quelle regole, oltre che nel prestare la propria collaborazione all'attuazione degli accordi multilaterali, una volta che siano stati conclusi, e nel risolvere le controversie insorte nella loro attuazione.

Questi accordi fra Stati per la regolazione dei mercati internazionali, al cui conseguimento è preordinata la complessa organizzazione del WTO, non hanno quasi mai approdato a risultati apprezzabili. Le stesse Nazioni Unite hanno fallito l'obiettivo che più volte si sono prefisso. Il suo Comitato economico e sociale aveva proposto all'Assemblea, nel 1976 prima, nel 1990 poi, un pregevole «Codice di comportamento delle imprese transnazionali», idoneo a contenere il prepotere di queste nelle aree deboli del Pianeta. L'Assemblea non lo ha mai approvato. Nel 1999 il Segretario generale

⁽³⁾ E v. L.S. ROSSI, *Le organizzazioni internazionali come strumenti di governo multilaterale*, Milano, 2006.

lancia l'idea di un «*Global Compact* per il XXI secolo», e nel 2003 propone agli Stati membri le «Norme sulla responsabilità delle imprese transnazionali e delle altre imprese», ma la proposta cade nel vuoto. Sorte non diversa hanno subito le «*Linee Guida* per le imprese transnazionali», adottate nel 1976 dall'OCSE e modificate nel 2000, oppure il «Codice di Condotta sul trasferimento di tecnologia» dell'UNCTAD, oppure la «Dichiarazione Tripartita su imprese multinazionali e politica sociale», elaborata nel 1977, emendata nel 2000, dall'Organizzazione mondiale del Lavoro.

Altro discorso vale per una serie di organizzazioni intergovernative, quali le organizzazioni che fanno parte del Gruppo delle banche mondiali (Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, Associazione internazionale per lo sviluppo, Società finanziaria internazionale) e il Fondo monetario internazionale, nelle quali vale il principio secondo il quale le deliberazioni sono assunte dagli Stati membri a maggioranza, ma – si badi bene – a maggioranza di capitale sottoscritto.

La finalità perseguita da queste organizzazioni è di alta politica economica mondiale: è, per il Gruppo delle banche mondiali, di combattere gli squilibri economici e sociali fra le varie aree del Pianeta, finanziando le attività produttive dei paesi in via di sviluppo o ponendo in essere operazioni mirate alla riduzione del debito dei paesi del Terzo mondo; ed è, per il Fondo monetario internazionale, di mantenere la stabilità dei cambi, di correggere gli squilibri della bilancia dei pagamenti degli Stati membri, evitando loro di ricorrere a politiche che potrebbero compromettere il benessere nazionale o nuocere allo sviluppo dei mercati internazionali. Se la finalità è politica, il mezzo usato per realizzarla è economico, e consiste nello svolgimento di una

vera e propria attività bancaria, ossia nell'erogazione di mutui a lungo termine a tassi più vantaggiosi dei tassi di mercato, oppure nella prestazione di garanzie, ma con contropartite quali la riduzione della spesa pubblica, la privatizzazione delle imprese, la soppressione degli aiuti di Stato, la svalutazione della moneta nazionale. Se il mutuo è direttamente concesso a una impresa, è richiesta la garanzia dello Stato membro cui questa appartiene. Il mezzo può anche consistere, ed è il caso della Società finanziaria internazionale, nello svolgimento di un'attività di *capital venture*, volta ad acquisire e risanare imprese, da ricollocare sul mercato una volta risanate.

Le organizzazioni del Gruppo della Banca mondiale sono rette da organi formati dai centottanta Stati membri, il cui voto è proporzionale alla quota di capitale sottoscritta (un voto per ogni *tranche* di cinquemila dollari). Gli stessi organi sono presenti nel Fondo monetario internazionale: per la validità delle riunioni del Consiglio dei governatori è richiesto il *quorum* costitutivo della metà più uno, che rappresenti i due terzi del capitale; le deliberazioni sono prese a maggioranza assoluta, ma occorrono maggioranze rinforzate, fino all'ottanta per cento del capitale, per le materie più importanti.

Queste organizzazioni sono vere e proprie imprese pubbliche, collettivamente gestite da Stati che compongono la comunità internazionale. Al pari di ogni impresa pubblica esse perseguono, con l'esercizio di attività economiche, assimilabili a quelle delle società finanziarie, finalità eminentemente politiche, di diretto interesse di ciascuno degli Stati membri, quali la realizzazione di migliori condizioni di equilibrio economico e sociale entro la comunità internazionale. Il principio delle deliberazioni a maggioranza di capitale altro non è, in queste organizzazioni, se non la trasposizione di un

principio che è proprio delle imprese moderne, nelle quali il potere è proporzionale al capitale conferito.

Di singolare c'è questo: mentre l'impresa a partecipazione statale perde quota all'interno dei singoli Stati, quale strumento di governo delle economie nazionali, essa recupera terreno nella dimensione dell'impresa a partecipazione pluristatale, quale strumento che punta (con quale successo qui non è il caso di discutere) alla realizzazione di condizioni mondiali di equilibrio economico. Il principio della maggioranza di capitale apporta una notevole semplificazione: a prendere le decisioni e a delineare le strategie di intervento sono, in concerto fra loro, i cinque maggiori azionisti (Stati Uniti, Germania, Francia, Regno Unito, Giappone). Un cenno merita anche la prassi del cosiddetto *consensus*: raramente si contano i voti. Sulla lettura della proposta di deliberazione il presidente dell'organo deliberante chiede se ci sono voti contrari, e chi sa di essere in minoranza resta in silenzio, essendo disdicevole che uno Stato sovrano risulti vincolato dalla volontà di altri Stati.

La conclusione, in fatto di organizzazioni intergovernative, è che ben poco realizzano quelle basate sulla pari dignità degli Stati sovrani che le compongono. Le solenni dichiarazioni di principio che esse propongono restano *soft law*, diritto enunciato, ma non sanzionato; valgono, in ultima analisi, come testimonianza, per lo storico del futuro, che la cultura giuridica del nostro tempo era stata all'altezza del compito. Diverso è il caso delle organizzazioni intergovernative che perseguono finalità politiche con mezzi economici e decidono a maggioranza di capitale investito. Ma a decidere sono le Grandi Potenze, le quali finanziano per loro tramite politiche atte al riequilibrio dei mercati internazionali; ma le finanziano, è lecito supporre, solo per

realizzare obiettivi solidali con le loro nazionali politiche di mercato. I loro interventi, d'altronde, hanno obiettivi di politica economica, non di carattere normativo.

2. *Le organizzazioni non governative: i legal international standards prodotti dalle tecnocrazie professionali.* – Tutto questo non significa che i mercati internazionali siano del tutto privi di regolazione. Manca, o è insufficiente, una regolazione interstatale, secondo il modello delle convenzioni di diritto uniforme. E' presente, invece, ed in progressiva espansione, una regolazione di origine non statale, i cui soggetti attivi sono una serie varia e multiforme di entità, che alle organizzazioni inter-governative si è soliti contrapporre con il nome omnicomprensivo di Organizzazioni non governative. Non mi riferisco qui alle ONG a vocazione ecologica o umanitaria, ma a quelle che svolgono compiti di vera e propria normazione.

In questa serie eterogenea possono rientrare le forme di regolazione a base contrattuale, quali i codici di autodisciplina, spesso concepiti *ad instar* dei codici di condotta elaborati, ma non sanzionati, dalle organizzazioni intergovernative. Se ne conoscono due specie: quelli adottati dalla società madre delle imprese transnazionali ed imposti alle società figlie operanti nei vari continenti; e quelli elaborati dalle associazioni internazionali delle categorie imprenditoriali, cui le imprese aderenti sono tenute per vincolo associativo ad adeguarsi. La resa del modello è alquanto debole: l'autodisciplina è più declamata che applicata; l'esperienza non annovera casi di sanzioni inflitte ai trasgressori.

Ben maggiore importanza ha la produzione tecnocratica di regole uniformi, della quale farò qui una triplice esemplificazione. Ma

intanto debbo segnalare che, in questa materia, il lessico subisce una mutazione. Non si parla di norme o di principi, ma di *standard*: a volte *international legal standards*; altre volte, più semplicemente, *international standards*. Il concetto esprime un esteso livello di uniforme trattamento dei soggetti del mercato, sia che questo uniforme trattamento derivi dalla applicazione di norme di diritto comuni alla maggior parte dei Paesi sviluppati, sia che esso derivi dall'applicazione di regole tecniche, delle regole dell'arte, che siano universalmente accettate per l'esercizio delle attività professionali, come i «Protocolli internazionali», cui scrupolosamente si attengono medici e ingegneri, pena la responsabilità civile o penale in cui altrimenti incorrerebbero.

International standards possono anche essere norme di diritto uniforme adottate per convenzioni fra Stati, come la già citata Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale. E possono essere norme poste a presidio dei diritti umani, come nel caso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha un raggio di azione che va oltre l'Unione europea e vincola un numero di Stati pari al doppio dei membri di questa. Il valore implicito nel concetto di *standard* è l'uniformità di trattamento, quale che sia la modalità con la quale è stata realizzata ⁽⁴⁾.

Uno *standard-setter* rivelatosi capace di costruire un sistema di regole internazionalmente condiviso è l'*International Accounting*

⁽⁴⁾ Un preciso concetto di *international standard* era stato enunciato nel 1965 dal *Restatement of the Law* del Ministero degli esteri degli Stati Uniti. Vi erano espressi due principi: nessun individuo può pretendere, nei confronti di uno Stato estero, un trattamento conforme al proprio diritto nazionale, se questo non corrisponde allo *standard* di tutela dei paesi «civilizzati»; nessuno Stato, per contro, può imporre agli stranieri il proprio diritto nazionale, se questo non risulta conforme al predetto *standard* di tutela. Nel successivo *Restatement* del 1986 si fa più specifico riferimento al rispetto dei diritti umani e dei principi di diritto «comuni ai maggiori sistemi giuridici del mondo».

Standard Board (IASB), che detta i principi contabili internazionali. La loro formulazione è mezzo necessario per la comunicazione transnazionale dei dati di bilancio, altrimenti incomprensibili oltre i confini dei singoli Stati, indispensabile per la costruzione di un mercato transnazionale dei capitali di rischio. In questa materia le autorità politiche si rivelano impotenti, non potendo legiferare che entro i propri confini; debbono abdicare di fronte a queste private autocrazie internazionali. Solo al livello dell'Unione europea l'autorità politica ha trovato la forza di interloquire, ma non per dettare proprie regole, bensì solo per sindacare *ex post* le regole dettate dallo IASB, suggerendo correttivi con il regolamento comunitario n. 1606 del 2002 sulla informazione societaria. E così, nonostante le proteste dei governi, è passata la regola che permette di appostare i derivati finanziari, anziché al costo storico, secondo il prudenziale criterio generale, al loro *fair value*. L'art. 2427 *bis*, comma 5°, del nostro codice civile fa al riguardo riferimento ai «principi contabili riconosciuti in ambito internazionale e compatibili con la disciplina in materia dell'Unione europea». Laddove l'adesione allo *standard* internazionale è valutata come una imprescindibile necessità, mentre si guarda all'Unione europea come alla sola possibile trincea di difesa contro le tendenze più spericolate dell'economia finanziaria, talvolta avallate dallo IASB ⁽⁵⁾.

L'autorevolezza dei principi contabili internazionali va oltre la materia di cui alla norma ora citata. Richiamo l'attenzione su una recente sentenza della Cassazione che, nel valutare la congruità di una, per vero spericolata, appostazione di bilancio, ha concluso per la sua

⁽⁵⁾ Precisi ragguagli in materia sono forniti da S. FORTUNATO, *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in questa rivista, 2010, p.

legittimità, trattandosi di appostazione corretta alla stregua dei principi contabili internazionali ⁽⁶⁾.

In questa materia la standardizzazione non è ancora mondiale. I principi contabili europei differiscono da quelli statunitensi. Da una sponda all'altra dell'Atlantico (e del Pacifico) si auspica l'unificazione, ma nessuna delle due parti è disposta a conformarsi ai principi dell'altra.

Altro caso di riconosciuta tecnocrazia professionale riguarda le analisi finanziarie, che orientano le scelte degli investitori esprimendo apprezzamenti (il cosiddetto *rating*) sugli strumenti finanziari presenti nel mercato, secondo il metodo che consiste nell'assegnare un punteggio (con lettere dell'alfabeto e con numeri) ai vari strumenti finanziari. L'attività degli analisti non è scevra di elementi di sospetto, specie sotto l'aspetto della loro indipendenza dagli emittenti dei titoli cui il loro *rating* si riferisce. Ad alimentarli concorrono rilevazioni statistiche dalle quali è emerso che oltre il 90 per cento delle volte essi consigliano di comperare anziché di vendere. E' il tema della manipolazione del mercato, cui l'Unione europea ha rivolto una specifica direttiva. I problemi di adeguata disciplina della loro attività sono resi ardui dal fatto che le *Credit rating Agencies* operano in ambiti transnazionali, entro un mercato finanziario ormai globale ⁽⁷⁾. In Italia, anche sulla base delle direttive comunitarie in materia, il problema è stato così affrontato: i soggetti, in genere, che producono o diffondono ricerche o valutazioni e quelli che producono o diffondono altre informazioni che raccomandano o propongono strategie di investimento destinate ai canali di divulgazione o al pubblico «devono presentare

⁽⁶⁾ Mi riferisco a Cass., 16 ottobre 2007, n. 23823, in *Società*, 2008, p. 700.

l'informazione in modo corretto e comunicare l'esistenza di ogni loro interesse o conflitto di interessi riguardo agli strumenti finanziari cui l'informazione si riferisce» (art. 114, comma 8°, Testo unico dell'intermediazione finanziaria). E la violazione di questa norma potrà esporre l'analista alla sanzione di cui all'art. 187-ter, oltre che alla responsabilità civile per fatto illecito nei confronti del singolo danneggiato ⁽⁸⁾. Ma che dire delle società di *rating* internazionali, che sono quelle che più contano? Di fronte ad esse i singoli Stati e la stessa Unione europea sono disarmati. Ne sono governati, non le possono governare. Altro non resta se non nutrire fiducia nella autodisciplina cui le *Credit rating Agencies* sono sottoposte entro le *International Organization of Securities Commission* ⁽⁹⁾.

3. *Continua: i centri di formazione dei modelli contrattuali atipici e delle new properties.* – Ma la più importante fra le tecnocrazie che regolano i mercati internazionali è costituita dalle *law firms* americane, che da decenni sfornano, anno dopo anno, sempre nuovi modelli contrattuali e, sempre con tecnica contrattuale, fondano le *new properties*.

Ai giuristi delle *law firms* è stata mossa l'accusa d'essere «mercanti del diritto» ⁽¹⁰⁾, perché mettono la loro creatività al servizio delle grandi *corporations*, dalle quali sono debitamente ricompensati. Non è mancato chi ha ancor più calcato la mano, e parlato di «rango

⁽⁷⁾ Al riguardo cfr. CAPRIGLIONE, *L'attività di ricerca degli analisti finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, p. 120.

⁽⁸⁾ Al riguardo FACCI, *Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte*, in questa rivista, 2008, p. 64.

⁽⁹⁾ Cfr. il Regolamento Consob del 12 giugno 2002, n. 13616.

⁽¹⁰⁾ Così Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, trad. it., Milano 1997.

servile» e di «ruolo spregevole» ⁽¹¹⁾. Resta il fatto che essi, con l'assecondare i loro clienti, hanno giovato all'intera umanità: ci nutriamo tutti, in ogni latitudine, di *leasing*, di *franchising*, di *factoring*, oppure di *put and call*, e tutti facciamo uso, e abuso, di *future* e di altri prodotti finanziari, senza sborsare nessuna *royalty* ai loro inventori d'oltre oceano.

Due punti, piuttosto, meritano d'essere messi in evidenza. Il primo è la uniformità internazionale di questi modelli contrattuali, in antitesi con la difformità, da Stato a Stato, dei modelli contrattuali tradizionali. Da questo punto di vista, la diffusione mondiale di questi contratti dal nome inglese si presenta come una forma, forse la più alta forma finora raggiunta, di regolazione uniforme dei mercati internazionali. Li definiamo come contratti giuridicamente atipici, nel loro rapporto con i tipi contrattuali del diritto nazionale; ma sono contratti socialmente tipici, in quanto destinati a dare forma giuridica ad operazioni economiche che si ripetono, sempre uguali, per tutti i continenti. Questo diritto contrattuale senza frontiere o «diritto sconfinato», come è stato detto ⁽¹²⁾, è espressione della spontanea adesione, in ogni angolo della Terra, a modelli di operazioni economiche rivelatisi capaci di interpretare i nuovi bisogni che i mercati incessantemente propongono. Sono contratti «alieni», per dirla con Giorgio De Nova ⁽¹³⁾, avuto riguardo alla loro matrice originaria; ma non sono tali rispetto ai mercati che, in forza dell'autonomia contrattuale, li hanno fatti propri.

⁽¹¹⁾ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 163.

⁽¹²⁾ Da M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi del mercato globale*, Roma-Bari, 2006, p. 85 ss.

⁽¹³⁾ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008.

L'altro punto riguarda la posizione al riguardo assunta dalla cultura giuridica nazionale. Anch'essa, a ben guardare, si è presto dovuta internazionalizzare. E' emblematico il caso della giurisprudenza sul contratto autonomo di garanzia, che gran parte della dottrina considerava nullo, per diritto italiano, perché in contrasto con il principio di accessorietà della garanzia personale, codificato per la fideiussione. Ma intervenne, già nel 1966, la Cassazione: il contratto autonomo di garanzia, statui, non è fideiussione, bensì contratto atipico da essa diverso; la meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito, motivò, sta nell'esigenza di assecondare la partecipazione del nostro Paese al commercio internazionale, che non può prescindere da simili forme di garanzia autonoma ⁽¹⁴⁾.

Ancora l'uso sapiente della tecnica contrattuale ha dato vita a forme nuove di ricchezza, ha creato la ricchezza finanziaria, la proprietà industriale, in una parola le *new properties*. Il contratto non serve solo per far circolare la ricchezza; ora serve anche per crearla. Il Vecchio Continente, fra il Seicento ed il Settecento, con Casaregis, Lord Holt e Lord Mansfield, aveva inventato, con la cambiale, lo strumento che fa circolare la ricchezza futura come ricchezza presente. Il Nuovo Continente ha portato quella invenzione alle estreme conseguenze. Si intende che, oltre una corretta proporzione con la ricchezza industriale, la ricchezza finanziaria si tramuta in ricchezza illusoria. I risparmiatori se ne sono accorti nei primi anni Duemila, quando si sono trovati fra le mani solo inutili pezzi di carta. Ma il difetto non stava, questo è evidente, negli strumenti dell'economia finanziaria; stava nell'uso smodato che se ne è fatto.

⁽¹⁴⁾ Mi riferisco a Cass., 3 settembre 1966, n. 2310, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, II, p. 38.

4. *Gli usi del commercio internazionale ed i Principi Unidroit.* –

Resta da dire degli usi del commercio internazionale, noti anche come Nuova *lex mercatoria*. Il loro elettivo campo di applicazione è l'arbitrato internazionale, amministrato dalle grandi Camere arbitrali internazionali.

La Nuova *Lex mercatoria* è doppiamente extrastatuale, perché diritto transnazionale e perché diritto consuetudinario. La consuetudine come fonte del diritto non ha fortuna nell'Europa continentale, dove diritto è sinonimo di legge. Con le codificazioni si è attuata la massima concentrazione del potere di normazione entro le sedi statuali. La consuetudine è stata relegata all'ultimo livello della gerarchia delle fonti. Non può essere *contra legem*; nelle materie regolate dalla legge vale solo se la legge la richiama.

E tuttavia si è presa le proprie rivincite, quando la globalizzazione dei mercati ha portato alla ribalta la Nuova *lex mercatoria*. I ben noti *Principi Unidroit* sui contratti commerciali internazionali ne sono solo una sapiente sistemazione. Anche la nostra Cassazione, con una sentenza del 1982, cui ha fatto seguito nel 1991 la Cassazione francese, non ha esitato a riconoscere nella *lex mercatoria* un ordinamento giuridico originario, proprio della *business community* e indipendente dagli ordinamenti giuridici degli Stati. E' ben vero che, in sede di esecuzione, i lodi arbitrali internazionali avranno bisogno del braccio secolare degli Stati; ma la loro forza coattiva non interviene nella formazione del diritto, che resta diritto consuetudinario. Gli organi dello Stato intervengono, precisa la Cassazione, solo per dare

esecuzione ai lodi arbitrali, ed a prescindere dalla loro conformità all'ordine pubblico dello Stato chiamato a dare loro esecuzione ⁽¹⁵⁾.

Unidroit era sorta, or è un secolo, per promuovere convenzioni di diritto privato uniforme; passerà alla storia per avere, piuttosto, promosso la codificazione di un diritto transnazionale di formazione spontanea, costituito per norme consuetudinarie. Essa non ha avuto, ben inteso, la pretesa di legiferare; non ne aveva l'autorità. Sono stati i lodi arbitrali internazionali a fare riferimento ai *Principi Unidroit* come a "fonte attendibile di conoscenza del diritto del commercio internazionale" ⁽¹⁶⁾. Quei Principi sono la riconosciuta fonte di cognizione della *lex mercatoria*, la cui fonte di produzione resta la consuetudine. Da essi emergono figure, come la *Gross disparity* e lo *Hardship*, quanto mai originari, prima sconosciute ad ogni diritto nazionale, ispirate da esigenze di equità contrattuale e di equilibrio fra le parti contraenti. La prima ripristina l'equilibrio fra le parti, turbato dal prepotere del contraente forte; la seconda pone rimedio al disequilibrio provocato dalle vicende economiche successive alla conclusione del contratto.

La *lex mercatoria* potrà non piacere, ed infatti ben poco piace, a quanti sono stati educati dal positivismo giuridico all'idea della statualità del diritto, e ancor meno a quanti confidano nella formazione democratica del diritto, ad opera delle assemblee elettive. E' ben vero che la Nuova *lex mercatoria* è, come l'antica, un diritto creato dallo stesso ceto imprenditoriale, e per regolare i rapporti interni a questo ceto; non anche i rapporti con altri ceti, come i rapporti con i lavoratori

⁽¹⁵⁾ Così Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285; come in Francia Court de Cassation, 22 ottobre 1991, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, p. 645.

⁽¹⁶⁾ Riferimenti al riguardo in MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi nei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003.

o con i consumatori. E tuttavia essa protegge il contraente debole più intensamente di qualsiasi diritto nazionale. Lo si è constatato nell'esame della giurisprudenza arbitrale: un lodo arbitrale che aveva affrontato la controversia tra una grande impresa transnazionale e il governo di un Paese del terzo mondo aveva dato ragione al secondo e torto alla prima applicando una figura giuridica sconosciuta, o a quel tempo ancora sconosciuta, ad ogni diritto nazionale, ossia lo *Hardship* ⁽¹⁷⁾.

I Principi dei contratti commerciali internazionali sono opera di diciassette professori di diritto provenienti da tutti i continenti, che hanno sapientemente rielaborato le consuetudini del commercio internazionale alla luce dei principi di civiltà giuridica universalmente accettati. La mediazione politica degli interessi in gioco, propria del diritto legislativamente creato dagli Stati (o del diritto uniforme creato per convenzioni fra Stati), è sostituita, proprio come al tempo dell'antica *lex mercatoria* (i tempi di Bartolo, di Baldo, fino a Casaregis), dalla mediazione culturale dei giuristi. È ben vero che, nella costruzione del concetto di Stato di diritto, elaborato nell'Europa continentale, si è affermata l'idea che il diritto, per essere tale, deve emanare da assemblee legislative elette a suffragio universale. Ma è altrettanto vero che un'altra metà del mondo del diritto, cioè il *common law*, può invocare il *rule of law* pur ammettendo che il diritto venga creato, prevalentemente, da fonti non legislative, come la consuetudine e il *judge made law*.

Neppure si deve pensare che i principi di equità e di giustizia del contratto, propri della giurisprudenza arbitrale internazionale, siano

⁽¹⁷⁾ E G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, trad. it., Roma, 2005, p. 18 commenta: «in che modo un giudice di uno Stato nazionale po-

destinati a restare confinati nell'ambito di questa. La tendenza delle giurisprudenze nazionali e delle stesse legislazioni degli Stati manifesta una opposta tendenza. Le prime danno sempre maggiore rilievo alle clausole generali della buona fede e della ragionevolezza, dalle quali ricavano conseguenze che solo pochi anni orsono sarebbero apparse impensabili, come l'interpretazione correttiva del contratto; le seconde estraggono nuove regole proprio dei *Principi Unidroit*, come è accaduto per il codice civile riformato in Germania nel 2002, che ha introdotto lo *Hardship* nel diritto tedesco.

La *lex mercatoria* non è fonte del diritto gradita al diritto internazionale privato, le cui norme, anche quelle del recente regolamento comunitario Roma 2 sulle obbligazioni da contratto, non sembrano lasciarle spazio. Non la menzionano, come qualcuno si attendeva, fra le possibili opzioni dei contraenti. Questa omissione non è però decisiva. Le norme di diritto internazionale privato si muovono, a ben guardare, su un piano diverso: altro non regolano se non i conflitti fra leggi nazionali, impregiudicata l'applicazione delle norme di un ordinamento che trova la propria fonte altrove che nelle leggi nazionali. I regolamenti delle camere arbitrali internazionali ripetono, del resto, che gli arbitri debbono, quale che sia la legge nazionale applicabile, fare applicazione degli usi del commercio internazionale.

5. *Societas sine lege e societas sine iure* – Le matricole della facoltà di giurisprudenza vengono iniziate allo studio del diritto con l'evocazione dell'assioma secondo il quale *ubi societas ibi ius*. Possiamo ripetere questo assioma per l'odierna comunità internazionale?

trebbe affrontare una decisione così scandalosa?».

Parrebbe di no, se si considera che alla formazione di una società globale, quale sta diventando la post-nazionale società del nostro tempo, non fa riscontro una autorità capace di dettare un altrettanto planetario diritto. Non vale obiettare che, a coprire i vuoti, soccorre il diritto internazionale privato. Questo rimanda pur sempre alla legge nazionale, mentre la società globale resta priva di una propria legge. La odierna società globale può sembrare, dunque, una *societas sine iure*.

Posso immaginare una obiezione: la odierna comunità internazionale non è ancora una *societas*, nel senso presupposto dall'antico assioma. In qualche misura l'obiezione è fondata. Ma tutto dipende dal concetto che si ha del diritto. Se si muove dai postulati del positivismo giuridico, e si considera il diritto come risultato di volontà politica, secondo l'equazione diritto uguale legge, allora sembra inevitabile concludere che la comunità internazionale è una società senza Stato e, dunque, senza diritto. Tuttavia altre concezioni del diritto hanno da sempre tenuto il campo. Il diritto precede l'avvento degli Stati; da Roma all'Evo intermedio si è svolto, fondamentalmente, come diritto consuetudinario, a formazione spontanea, la cui sistemazione è stata opera dei giuristi. Le riletture recenti del diritto romano, come quella di Ulrich Manthe, hanno rivelato che ben poco contavano senato-consulti e costituzioni imperiali, quel diritto essendo piuttosto un diritto consuetudinario e giurisprudenziale. L'universalità del diritto romano, la sua capacità di porsi come fondamento del diritto moderno, è dipesa proprio dalla sua natura di diritto «indipendente da ogni costituzione politica»⁽¹⁸⁾. Il monopolio statale del diritto, che ha trasformato giudici e giuristi in interpreti della legge, è un accidente storico, una vicenda

⁽¹⁸⁾ U. MANTHE, *Geschichte des Römischen Rechts*, München, 2007.

che occupa i secoli successivi al Seicento, e che peraltro ha investito solo una parte del mondo, essendone rimasta largamente estranea l'area anglosassone nella quale la consuetudine ha assolto la funzione di argine al potere politico. Gliela aveva riconosciuta, nel Settecento, la cultura giuridica: il parlamento, aveva dettato William Blackstone, trova «un invalicabile limite nel *common law*, che regola la proprietà e la libertà»⁽¹⁹⁾. E non si tratta solo di un capitolo di storia del passato. Tuttora, in Inghilterra, la legge è vista come una indebita ingerenza della politica nelle questioni del diritto, che sono materia riservata al *common law*. Ma anche nell'Europa continentale il grande Diritto, quello con la maiuscola, il diritto delle codificazioni, non è mai stato diritto politico, votato da assemblee elettive, bensì opera di illuminati giuristi. Che cosa sono tre secoli di fronte a due millenni di civiltà giuridica?

La vocazione del nostro tempo per la universalità del diritto non si manifesta, né potrebbe manifestarsi, ripetendo la illuministica invocazione del primato della legge, formata secondo il procedimento democratico di formazione del diritto. Dove la legge non può arrivare, perché chiusa entro i confini degli Stati, arrivano gli *international legal standards*, forti della condivisione di cui godono su scala internazionale, forti, soprattutto, della autorevolezza che ad essi deriva dal fatto stesso della loro internazionalità. Oppure forti, se si tratta della *lex mercatoria*, della *opinio iuris atque necessitatis* che li assiste e che si manifesta nella diffusa applicazione nella giurisprudenza arbitrale internazionale. Questa condivisione è altro dalla democrazia politica; la si è talvolta definita tecno-democrazia. Ma è pur sempre una forma di consenso

⁽¹⁹⁾ W. BLACKSTONE, *Commentaries of the Law of England*, Oxford, 1770, I, pp. 32 ss.; e v. C. COSTANTINI, *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia*

diffuso, nella quale rinvigorisce il cuore antico del diritto, che per secoli, anzi per millenni, aveva preceduto l'avvento dello Stato legislatore.

Quale che sia la più adatta qualificazione teorica delle sopra esaminate forme di regolazione dei mercati internazionali, se fonti normative della *business community*, o altra qualificazione ancora da esplorare, un punto può darsi per certo: la società globale è, in larga misura, una *societas sine lege*, ma non una *societas sine iure*.

inglese, Roma, 2007, p. 65 ss.