

TRATTATO NOTARILE
diretto da
FILIPPO PREITE

TRATTATO NOTARILE
diretto da
FILIPPO PREITE

VOLUME I

hanno collaborato:

Srefano Armellini, Tito Ballarino, Bruno Barel, Giacomo Biagioni, Paolo Borghi,
Nerina Boschiero, Alessandra Cagnazzo, Alessandro Alessandrini Calisti,
Sergio M. Carbone, Gabriella Carella, Laura Carpaneto, Marina Castellaneta,
Matteo D'Auria, Saverio de Bellis, Raffaella Di Chio, Marcello Di Fabio,
Diomedede Falconio, Giuseppe Fauceglia, Luigi Fumagalli, Mariacarla Giorgetti,
Paola Ivaldi, Andrea La Martina, Alessandra Lanciotti, Eloisa Alessandra Luini,
Geo Magri, Fabrizio Marrella, Gaetano Petrelli, Giuseppina Pizzolante,
Ilaria Queirolo, Dario Ricolo, Margherita Salvadori, Francesco Sbordone,
Lorenzo Schiano di Pepe, Francesco Seatzu, Giovanni Siola, Fabio Tierno,
Camillo Ungari Trasatti, Francesca Trombetta Panigadi, Chiara E. Tuo,
Antonino Vacirca, Ilaria Viarengo, Pasqualino Visconti

ATTI NOTARILI
DIRITTO COMUNITARIO
E INTERNAZIONALE

a cura di

FILIPPO PREITE e ANTONIO GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE

VOLUME 1

Diritto internazionale privato

© 2011 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wvkiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza
da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di
riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qual-
siasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche),
sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere
effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di
periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso pre-
visto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941
n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso
non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commercia-
le, economico o professionale - e/o oltre il limite del
15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autoriz-
zazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108
- 20122 Milano - e-mail: segreteria@aidro.org e sito web
www.aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa
attenzione, non può comportare specifiche responsabilità
per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo
Redazione: Antonella Prandino
Editing: Gaia Graziano

Ufficio tecnico: Mario Cambria

Composizione: Finotello - Borgo San Dalmazzo (CN)

Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-0537-3

INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	pag. X
Capitolo I Il diritto internazionale privato nelle preleggi (<i>Tito Ballarino</i>)	»
1. Generalità	»
Capitolo II I principi generali di diritto internazionale privato (<i>Tito Ballarino</i>)	»
1. Generalità	»
Capitolo III La funzione delle norme di diritto internazionale privato (<i>Tito Ballarino</i>)	»
1. Generalità	»
Capitolo IV Le fonti del diritto internazionale privato (<i>Margherita Salvadori</i>)	1
1. Premessa: le regole interne di diritto internazionale privato	»
2. Le convenzioni internazionali	1
2.1. L'attività di coordinamento e armonizzazione	2
2.2. L'applicazione dei trattati internazionali in vigore per l'Italia	2
2.3. L'interpretazione delle convenzioni internazionali	2
3. La cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione europea	2
3.1. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia	2
3.2. Le competenze normative dell'Unione europea	2
»	3
Capitolo V Il richiamo o rinvio al diritto straniero (<i>Gabriella Carella e Giuseppina Pizzolante</i>)	3 ⁴
1. La funzione di richiamo o rinvio ed il suo oggetto. Il richiamo delle norme di confitto straniere e le ripercussioni dell'accoglimento del rinvio sul sistema italiano di diritto internazionale privato	»
»	35

8. Reciprocità e persone giuridiche straniere	pag. 130
9. Costituzione e partecipazione di cittadini stranieri in società italiane	» 134
10. Conclusioni	» 136

Capitolo IX Ordine pubblico "internazionale" e norme di applicazione necessaria (Nerina Boschi)

1. Considerazioni introduttive	» 137
2. La dimensione "internazionale" dell'ordine pubblico nella giurisprudenza italiana e straniera	» 139
3. La funzione "positiva" dei principi di ordine pubblico a tutela di valori "assoluti" ed universali	» 157
4. L'"incerto" confine tra l'eccezione di ordine pubblico internazionale e le norme di applicazione necessaria	» 161

Capitolo X La *lex mercatoria* (Fabrizio Marrella)

1. Introduzione	» 169
2. Il significato odierno della nuova <i>lex mercatoria</i>	» 173
2.1. In particolare: gli usi del commercio internazionale	» 174
2.2. Dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali	» 176
3. Sull'esistenza e la diffusione della nuova <i>lex mercatoria</i>	» 182
3.1. La realtà	» 189
3.2. L'applicazione della <i>lex mercatoria</i> ad opera dell'arbitro internazionale	» 192
3.3. La posizione del giudice statale dinanzi alla <i>lex mercatoria</i>	» 194

Capitolo XI L'adattamento (Paola Inaldi e Lorenzo Schiano di Pepe)

SEZIONE PRIMA - L'ADATTAMENTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE	» 201
---	-------

1. Separazione e coordinamento nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno	» 201
2. Art. 117, I comma, Cost., e obbligo positivo di garantire attuazione ai trattati internazionali	» 205
3. Le tecniche di "adattamento" al diritto internazionale nell'esperienza italiana	» 209
4. L'adattamento al diritto internazionale generale	» 213
5. L'adattamento ai trattati internazionali	» 218
6. (Segue). Trattati internazionali e diritto interno	» 221
7. Adattamento ai trattati e ruolo delle Regioni	» 228
8. L'adattamento alle fonti di "terzo grado" (diverse da quelle dell'Unione europea)	» 231

SEZIONE SECONDA - L'ADATTAMENTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

9. Premessa	» 233
10. Applicabilità diretta ed efficacia diretta dei regolamenti dell'Unione europea	» 234
11. Gli effetti diretti delle norme patrizie e la giurisprudenza " <i>van Gend & Loos</i> "	» 235
12. L'efficacia diretta di altre fonti di diritto dell'Unione europea	» 237
13. Il "primato" del diritto dell'Unione europea sul diritto interno	» 240
14. L'efficacia "indiretta" del diritto dell'Unione europea	» 245

2. Le modalità e i limiti del richiamo di norme di conflitto straniere da parte delle norme localizzatrici del foro	pag. 41
3. Il rinvio <i>in favorem</i> delle norme di conflitto a carattere materiale	» 47
4. La pluralità dei metodi ed il declino della funzione di coordinamento del rinvio. Il presunto richiamo delle norme straniere sulla giurisdizione e il rinvio indiretto implicito	» 51
5. Il richiamo internazionalprivatistico di situazioni derivanti da atti di autorità pubbliche straniere	» 56

Capitolo VI Il problema delle qualificazioni (Nerina Boschi)

1. Considerazioni introduttive sulla specificità del problema della qualificazione nel diritto internazionale privato	» 61
2. (Segue). L'influenza delle caratteristiche peculiari delle norme di diritto internazionale privato sul problema della qualificazione	» 63
3. (Segue). Il "conflitto di qualificazione" alla luce di alcuni esempi classici	» 66
4. La soluzione tradizionale proposta della dottrina italiana: la distinzione in due fasi dell'operazione di qualificazione	» 69
5. Il sistema di qualificazione <i>lege fori</i> elaborato dall'Ago e ripreso dal Morelli	» 72
6. (Segue). Gli argomenti addotti dalla scuola italiana per rigettare le teorie della qualificazione <i>lege causae</i> e della qualificazione mediante il metodo comparatistico	» 75
7. (Segue). Il secondo momento della qualificazione: ovvero la scelta delle norme straniere concretamente applicabili al caso di specie, ed i criteri ermeneutici ad essa applicabili	» 79
8. La reazione dottrinale all'impostazione positivista della scuola italiana del problema della qualificazione. Il dibattito teorico sull'oggetto del diritto internazionale privato: fatti e rapporti della vita sociale, rapporti giuridici, norme materiali straniere, <i>questiones iuris</i> ?	» 83
9. Sviluppi contemporanei sul tema delle qualificazioni	» 92
10. Conclusioni	» 98

Capitolo VII I criteri di collegamento (Tino Ballarino)

1. Generalità	» 103
---------------------	-------

Capitolo VIII Lo straniero e la condizione di reciprocità (Fabrizio Marrella)

1. Introduzione	» 107
2. La reciprocità diplomatica, legislativa e di fatto	» 107
3. Fondamento e significato della "condizione di reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.	» 111
4. Dei limiti di fonte costituzionale alla "reciprocità" di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.	» 114
5. Dei nuovi limiti posti dalla disciplina italiana della immigrazione	» 119
6. La prova della sussistenza della condizione di reciprocità	» 124
7. Dei limiti di origine comunitaria (UE) ed interstatale	» 126

Capitolo XII	Publicità legale, apparenza e affidamento nel diritto internazionale privato (Gaetano Petrelli)	pag. 251
SEZIONE PRIMA - LE TECNICHE DI TUTELA DELL'AFFIDAMENTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO		
1.	Il problema della tutela dei traffici giuridici in ambito internazionale	» 252
2.	I metodi applicati ai fini della tutela dei traffici. Principio generale di tutela dell'affidamento ed impiego dell'analoga	» 252
3.	L'opponibilità ai terzi di atti e situazioni giuridiche con elementi di estraneità; la legge regolatrice dell'opponibilità	» 258
4.	(Segue). L'opponibilità ai terzi della caducazione degli effetti contrattuali, delle azioni recuperatorie e dell'azione di riduzione per lesione di legittima	» 269
5.	(Segue). Le conseguenze dell'inopponibilità sul piano internazionale	» 281
6.	Le incapacità legali di agire dichiarate all'estero o regolate da leggi straniere; pubblicità e tutela dell'affidamento	» 285
7.	La rappresentanza volontaria in ambito internazionale	» 289
8.	La tutela dell'affidamento, l'apparenza e la pubblicità legale; osservazioni conclusive sul rispettivo ambito di applicazione	» 294
		» 296
SEZIONE SECONDA - LA PUBBLICITÀ LEGALE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO		
9.	La qualificazione della categoria "pubblicità legale" in diritto internazionale privato. Unitarietà e pluralità della relativa disciplina	» 299
10.	L'autorità internazionalmente competente per l'attuazione della pubblicità legale	» 304
11.	Il criterio di collegamento ai fini della determinazione della legge applicabile alla pubblicità legale; l'ambito di applicazione della legge competente	» 308
12.	Il mutamento nel tempo del fattore di collegamento della pubblicità legale (<i>conflict mobile</i>)	» 316
13.	La disciplina dei titoli soggetti a pubblicità provenienti dall'estero, e il controllo notarile di legalità: il principio di equivalenza ed i suoi limiti	» 318
14.	I controlli di legalità ad opera del conservatore dei pubblici registri in rapporto alle situazioni con elementi di estraneità	» 322
15.	La tipicità delle fattispecie soggette a pubblicità legale, gli istituti provenienti da altri ordinamenti e sconosciuti all'ordinamento del foro, e la tecnica dell'adattamento	» 325
16.	Il problema dell'efficacia extraterritoriale della pubblicità legale eseguita all'estero	» 327
17.	Il problema del conflitto tra più pubblicità eseguite in Stati diversi	» 334
18.	La giurisdizione per le controversie in materia di pubblicità legale	» 336
SEZIONE TERZA - LA DISCIPLINA DELLE SINGOLE PUBBLICITÀ LEGALI		
19.	La pubblicità immobiliare	» 340
20.	La pubblicità riguardante i beni mobili	» 346
21.	La pubblicità riguardante i beni immateriali	» 352
22.	L'iscrizione nel registro delle imprese; in particolare, la pubblicità legale riguardante le società straniere ed i relativi poteri di rappresentanza	» 355
23.	La pubblicità delle procedure concorsuali transnazionali	» 371

24.	La pubblicità del <i>trust</i>	pag. 385
25.	La pubblicità legale in materia di successioni <i>mortis causa</i> aperte all'estero, o regolate da leggi straniere	» 398
26.	La disciplina internazionalprivatistica della pubblicità nei registri di stato civile	» 404
27.	La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia stranieri	» 408
28.	La pubblicità delle convivenze registrate all'estero	» 423
Capitolo XIII La rappresentanza volontaria (Margherita Salvadori)		
1.	La legge di riforma del diritto internazionale privato italiano	» 427
2.	La legge applicabile alla rappresentanza volontaria. Il luogo di residenza del rappresentante	» 427
3.	La legge regolatrice della forma dell'atto di conferimento	» 428
4.	Altre fonti normative	» 430
5.	Il regolamento "Roma I"	» 431
		» 434
Legge 31 maggio 1995, n. 218		
Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato		
		» 437
Titolo I DISPOSIZIONI GENERALI		
		» 439
Art. 1 - Oggetto della legge (Chiara E. Tuo)		
		» 439
1.	La struttura della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 439
2.	Le regioni della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato	» 442
3.	Le principali novità introdotte dalla riforma	» 444
4.	L'attribuzione alla Comunità (oggi Unione) europea di competenze in materia di diritto internazionale privato e processuale	» 445
5.	Il coordinamento della legge 31 maggio 1995, n. 218, con le misure di diritto dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato e processuale e il suo residuo ambito applicativo	» 453
Art. 2 - Convenzioni internazionali (Sergio M. Carbone e Paola Ivaldi)		
		» 460
1.	Il significato del rinvio "generale" alle convenzioni internazionali disposto dall'art. 2	» 461
2.	(Segue). Il coordinamento della legge 31 maggio 1995, n. 218, con le convenzioni di diritto materiale uniforme	» 462
3.	Il ruolo ancora attuale del giudice comune a garanzia del rispetto delle convenzioni internazionali nelle materie disciplinate dalla legge 31 maggio 1995, n. 218	» 464
4.	L'interpretazione delle convenzioni internazionali	» 467
5.	Le altre fonti "esterne" in materia di diritto internazionale privato: in particolare, i regolamenti dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia	» 470

TITOLO II GIURISDIZIONE ITALIANA	pag.
Art. 3 - Ambito della giurisdizione (Marina Castellanea)	474
1. Il rapporto tra l'art. 3 e determinati atti internazionali in materia di giurisdizione	» 474
2. I titoli generali di radicamento della competenza giurisdizionale del giudice italiano contenuti nell'art. 3	» 474
	» 477
Art. 4 - Accettazione e deroga della giurisdizione (Sergio M. Carbone e Ilaria Queirolo)	482
1. La concessione pubblicistica e il suo superamento	» 482
2. La volontà delle parti quale titolo di giurisdizione	» 486
3. La "prova per iscritto" delle clausole di proroga della giurisdizione ed i parametri valutativi rilevanti al riguardo nell'ordinamento italiano	» 488
4. (Segue). La deroga alla giurisdizione <i>per facta concludentia</i> ed il superamento della c.d. <i>relatio perfecta</i> . L'esigenza di accertare una "inequivoca volontà" delle parti di sottrarre la controversia al giudice italiano: dalla forma dell'atto alla forma della prova	» 490
5. La necessaria correlazione tra effetto derogatorio ed effetto attributivo della giurisdizione	» 493
6. La deroga alla giurisdizione italiana e la sua inoperatività ai soli diritti che rientrano nella disponibilità delle parti	» 494
7. La buona fede nella deroga alla giurisdizione e l'ammissibilità delle tecniche più varie ed adeguate al fine di consentire la scelta del giudice straniero. L'esigenza di indicare i casi in cui la proroga a favore di uno specifico giudice straniero è "esclusiva"	» 498
8. Il momento temporale di designazione del giudice e dell'arbitro straniero: l'esigenza di interpretare il principio della c.d. <i>perpetuatio jurisdictionis</i> in senso restrittivo	» 499
9. L'accettazione tacita della giurisdizione italiana. La rilevanza del primo atto difensivo ed il coordinamento dell'art. 11 con l'art. 4, 1 comma della legge 31 maggio 1995, n. 218, nel senso della prevalenza di quest'ultimo	» 501
Art. 5 - Azioni reali relative ad immobili siti all'estero (Marina Castellanea)	502
1. Generalità	» 502
Art. 6 - Questioni preliminari (Giacomo Biagioni)	504
1. Il problema delle questioni preliminari	» 504
2. «Questioni la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta»	» 505
3. «Questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana»: la differenza con le norme sulla connessione attributiva	» 507
4. Il campo di applicazione dell'art. 6	» 508
5. La cognizione incidentale e il coordinamento con l'art. 34 c.p.c.	» 508
6. Il rapporto con le norme sul riconoscimento delle decisioni e con l'art. 7, III comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 509

Art. 7 - Pendenza di un processo straniero (Margherita Salvadori)	pag.
1. Litispendenza internazionale: nozione	» 511
2. La determinazione temporale della litispendenza	» 514
3. L'applicazione giurisprudenziale dell'istituto	» 515
4. La pregiudizialità del processo straniero	» 517
Art. 8 - Momento determinante della giurisdizione (Marina Castellanea)	519
1. Generalità	» 519
Art. 9 - Giurisdizione volontaria (Francesco Seatzu)	522
1. La discutibile scelta del legislatore della riforma di introdurre una disciplina speciale sulla volontaria giurisdizione	» 522
2. La necessità di procedere ad una qualificazione <i>ex lege fori</i> della nozione di giurisdizione volontaria	» 524
3. L'ambito di applicazione tendenzialmente residuale dell'art. 9	» 531
4. La competenza territoriale quale criterio giurisdizionale ai sensi dell'art. 9	» 533
5. Il criterio della corrispondenza tra <i>forum</i> e <i>ius</i> nella materia della giurisdizione volontaria	» 535
6. I criteri della residenza e della cittadinanza della persona a cui si riferisce il provvedimento	» 537
Art. 10 - Materia cautelare (Mariacarla Giorgenti)	540
1. La giurisdizione italiana	» 540
2. Ambito di applicazione del procedimento cautelare	» 542
3. Competenza e giurisdizione	» 546
4. La domanda cautelare	» 553
5. Il procedimento cautelare	» 555
6. Il provvedimento	» 558
Art. 11 - Rilevabilità del difetto di giurisdizione (Marina Castellanea)	563
1. Generalità	» 564
Art. 12 - Legge regolatrice del processo (Marina Castellanea)	570
1. Generalità	» 570
TITOLO III DIRITTO APPLICABILE	572
Capo I Disposizioni generali	572
Art. 13 - Rinvio (Tito Ballarino)	572
1. Premessa	» 572
2. Origine del rinvio	» 573

3. Argomenti pro e contro	pag. 576
4. Convenzioni internazionali	» 578
5. Portata dell'art. 13, I comma	» 579
6. Eccezioni al rinvio	» 580
Art. 14 - Conoscenza della legge straniera applicabile (<i>Sergio M. Carbone e Paola Ivaldi</i>)	» 582
1. L'art. 14: il principio <i>iura aliena novis curia</i> e la connessa questione del carattere cogente delle norme di conflitto	» 583
2. (<i>Segue</i>). L'obbligo per il giudice di rilevare <i>ex officio</i> il carattere di "internazionalità" inerente al rapporto controverso	» 585
3. La "forza espansiva" del principio enunciato dall'art. 14 con riferimento al sistema italiano di diritto internazionale privato	» 587
4. Il trattamento processuale del diritto straniero: la soluzione accolta dall'art. 14 e la prassi applicativa	» 590
5. I mezzi di rilevazione del diritto straniero e le conseguenze del suo mancato accertamento	» 593
6. Comportamento processuale delle parti e (limitate) ipotesi di sua incidenza sull'applicazione del diritto straniero	» 597
7. Condizioni e limiti alla parità di trattamento tra diritto nazionale e diritto straniero	» 598
8. Casi residuali nei quali il diritto straniero rileva alla stregua di una <i>quaestio facti</i>	» 600
Art. 15 - Interpretazione ed applicazione della legge straniera (<i>Sergio M. Carbone e Paola Ivaldi</i>)	» 603
1. L'art. 15 e l'interpretazione "normativa" del diritto straniero	» 603
2. La stretta correlazione tra il momento dell'accertamento e quello dell'interpretazione: la ricerca del diritto straniero nella dimensione in cui si fa "diritto vivente"	» 605
3. Il controllo di costituzionalità del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto	» 608
4. Il rilievo delle norme straniere di diritto intertemporale	» 611
Art. 16 - Ordine pubblico (<i>Dario Ricolo</i>)	» 614
1. Note introduttive	» 614
2. Dalle preleggi agli artt. 16 e 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 615
3. Una nozione "cangiante"	» 620
3.1. L'ordine pubblico nei diversi settori del diritto	» 621
3.2. L'ordine pubblico nel diritto internazionale privato. Contenuto	» 622
3.3. L'ordine pubblico nel diritto internazionale privato. Funzionamento	» 630
Art. 17 - Norme di applicazione necessaria (<i>Dario Ricolo</i>)	» 634
1. Ordine pubblico e norme di applicazione necessaria	» 634

Art. 18 - Ordinamenti plurilegislativi (<i>Sergio M. Carbone e Chiara E. Tuo</i>) .. pag.	642
1. Il problema internazionale-privatistico del richiamo di ordinamenti plurilegislativi: soluzioni a confronto	» 642
2. (<i>Segue</i>). La soluzione accolta dalla legge 31 maggio 1995, n. 218	» 645
3. L'applicazione del criterio del collegamento più stretto	» 649
4. L'art. 18 nel sistema delineato dalla legge 31 maggio 1995, n. 218: in particolare, il suo coordinamento con gli artt. 13, 14 e 19	» 651
Art. 19 - Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze (<i>Marina Castellanza</i>)	» 653
1. La norma di funzionamento nei casi di applicazione del criterio di collegamento della cittadinanza	» 653
2. La soluzione fornita per apolidi e rifugiati	» 655
3. I casi di doppia e plurima cittadinanza	» 658
4. La prevalenza della cittadinanza italiana e i dubbi di compatibilità con il Trattato UE	» 659
5. Il rapporto tra art. 19 e altre norme di conflitto	» 662
Capo II Capacità e diritti delle persone fisiche	» 664
Art. 20 - Capacità giuridica delle persone fisiche (<i>Diomedede Falconio e Giovanni Stola</i>)	» 665
1. Premessa	» 665
Art. 21 - Commorienza (<i>Diomedede Falconio e Giovanni Stola</i>)	» 671
1. Generalità	» 671
Art. 22 - Scomparsa, assenza e morte presunta (<i>Diomedede Falconio e Giovanni Stola</i>)	» 674
1. Generalità	» 674
Art. 23 - Capacità di agire delle persone fisiche (<i>Francesco Sbordone e Giovanni Stola</i>)	» 678
1. Generalità	» 678
Art. 24 - Diritti della personalità (<i>Francesco Sbordone e Giovanni Stola</i>)	» 690
1. Generalità	» 690
Capo III Persone giuridiche	» 701
Art. 25 - Società ed altri enti (<i>Matteo D'Auria</i>)	» 701
1. I presupposti normativi: persone giuridiche (e non solo)	» 702

2. Il riconoscimento delle persone giuridiche straniere ai fini dell'applicazione del trattamento concretamente riservato dall'ordinamento agli enti ad esso estranei ed il criterio di collegamento; la normativa che immagina il futuro pag.	705
3. Il problema del riconoscimento delle "società straniere" ed i criteri di collegamento esistenti in applicazione dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218, previsti per ogni "entità"; una storia lunga e tortuosa: alla ricerca - nel tempo - di una disciplina unitaria	715
4. Le fusioni transfrontaliere: strumento di aggiramento delle normative di settore o strumento di effettiva competitività?	730
Capo IV Rapporti di famiglia	736
Art. 26 - Promessa di matrimonio (Ilaria Queirolo)	736
1. La promessa di matrimonio nel diritto internazionale privato italiano	736
2. I criteri di collegamento impiegati nella norma: il rinvio alla <i>lex fori</i>	739
3. L'ordine pubblico	744
Art. 27 - Condizioni per contrarre matrimonio (Ilaria Queirolo)	749
1. L'ambito di applicazione: matrimonio del cittadino italiano all'estero	749
2. (Segue). Il matrimonio del cittadino straniero in Italia	755
3. Il rinvio all'ordinamento competente e l'accertamento dello stato libero	760
4. Il limite dell'ordine pubblico: le unioni omosessuali	763
Art. 28 - Forma del matrimonio (Ilaria Queirolo)	770
1. I criteri di collegamento: il <i>favor validitatis</i>	770
2. Il matrimonio contratto all'estero: matrimonio per procura e matrimonio per telefono	775
3. Il matrimonio religioso	781
Art. 29 - Rapporti personali tra coniugi (Alessandra Cagnazzo)	785
1. Il criterio della legge nazionale comune	785
2. Il criterio della legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata	787
Art. 30 - Rapporti patrimoniali tra coniugi (Ilaria Viarengo)	789
1. L'ambito di applicazione	789
2. Problemi relativi all'individuazione della legge applicabile in assenza di scelta delle parti: doppia cittadinanza dei coniugi e determinazione della "localizzazione" prevalente della vita matrimoniale	794
3. (Segue). L'incidenza del rinvio	797
4. L'accordo di scelta della legge regolatrice	798
5. L'ambito di operatività della <i>lex voluntatis</i> : il limite dell'ordine pubblico e i rapporti con l'art. 161 c.c.	803

6. L'incidenza del fattore tempo sulla regolamentazione dei rapporti patrimoniali pag.	805
7. La questione dell'opponibilità del regime ai terzi	807
8. Verso nuove norme	811
Art. 31 - Separazione personale e scioglimento del matrimonio (Ilaria Queirolo)	812
1. Il rilievo dell'art. 18 delle preleggi al codice civile: il criterio della legge nazionale del marito	812
2. I criteri di collegamento impiegati nell'art. 31: la cittadinanza comune	816
3. (Segue). La prevalente localizzazione della vita matrimoniale	820
4. Il rilievo della <i>lex fori</i>	821
5. La proposta di cooperazione rafforzata e la sua ricaduta sulla legge interna	826
6. (Segue). I criteri di collegamento e il loro impatto sulla disciplina italiana	832
Art. 32 - Giurisdizione in materia di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio (Ilaria Queirolo)	837
1. I titoli di giurisdizione impiegati nella norma	838
2. Giurisdizione italiana e riconoscimento delle sentenze straniere	844
3. Il rilievo della normativa comunitaria e l'applicazione "residuale" della <i>lex fori</i>	849
Art. 33 - Filiazione (Laura Carpaneto)	855
1. I caratteri distintivi della disciplina internazionalprivatistica in materia di filiazione	855
2. (Segue). Le norme di conflitto relative al momento costitutivo della filiazione (artt. 33, 34, 35) e le considerazioni di carattere "materiale"	863
3. Il coordinamento delle norme interne con il diritto dell'Unione europea e con le convenzioni di diritto internazionale privato in materia di filiazione	867
4. La disciplina dello <i>status</i> di figlio e di figlio legittimo contenuta nell'art. 33	871
Art. 34 - Legittimazione (Laura Carpaneto)	875
1. La filiazione legittimata. La legge applicabile alla legittimazione per susseguente matrimonio	875
2. La legge applicabile alle altre ipotesi di legittimazione	878
3. La legge applicabile alla forma e alla contestazione della legittimazione	879
Art. 35 - Riconoscimento di figlio naturale (Laura Carpaneto)	884
1. L'ambito di applicazione dell'art. 35. La legge applicabile alle "condizioni" di riconoscimento	885
2. (Segue). La legge applicabile alla capacità ed alla forma del riconoscimento	889
3. L'applicazione del limite dell'ordine pubblico alle fattispecie di riconoscimento del figlio naturale	891

Art. 36 - Rapporti tra genitori e figli (<i>Ilaria Quirolo e Laura Carpaneto</i>)	pag. 913
1. Il criterio di collegamento della nazionalità del figlio nell'individuazione della legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli	» 914
2. Ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> dell'art. 36. I rapporti personali tra genitori e figli	» 918
3. (<i>Segue</i>). I rapporti patrimoniali tra genitori e figli	» 924
Art. 37 - Giurisdizione in materia di filiazione (<i>Ilaria Quirolo e Laura Carpaneto</i>)	» 928
1. La giurisdizione in materia di filiazione: note introduttive	» 928
2. Ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> : il problema dei rapporti patrimoniali tra genitori e figli	» 931
3. I rapporti personali tra genitori e figli. Il Regolamento "Bruxelles II" e l'ambito di applicazione residuale dell'art. 37 e dell'art. 42 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 936
4. (<i>Segue</i>). La Convenzione dell'Aja del 1996	» 941
Capo V Adozione	» 948
Art. 38 - Adozione (<i>Alessandra Lanciotti</i>)	» 948
1. La disciplina internazionalprivatistica dell'adozione introdotta dalla legge 31 maggio 1995, n. 218	» 948
2. L'ambito di applicazione del diritto materiale del foro. La disciplina delle adozioni internazionali con effetti legittimanti	» 955
3. La preminenza accordata alla <i>lex fori</i> e le norme di applicazione necessaria in materia di adozione	» 959
4. Il richiamo del diritto straniero: la legge applicabile all'adozione non legittimante di minori e di maggiorenni	» 961
5. Il concorso successivo di criteri di collegamento previsto dall'art. 38	» 963
6. Il criterio di collegamento della cittadinanza dell'adottante e i limiti entro cui è possibile il richiamo di legislazioni straniere che consentono l'adozione in favore di persone singole	» 966
7. La disciplina dei consensi. La legge applicabile al consenso dell'adottando maggiore d'età	» 971
8. La revoca dell'adozione	» 974
9. Il rinvio	» 976
10. Il richiamo del diritto straniero e il limite dell'ordine pubblico	» 977
Art. 39 - Rapporto fra adottato e famiglia adottiva (<i>Alessandra Lanciotti</i>)	» 984
1. La disciplina internazionalprivatistica dei rapporti personali e patrimoniali tra l'adottato e gli adottanti	» 984
2. L'ambito di applicazione dell'art. 39 della legge regolatrice degli effetti dell'adozione	» 986
3. L'acquisto della cittadinanza e del nome dell'adottante	» 988

Art. 40 - Giurisdizione in materia di adozione (<i>Saverio de Bellis</i>)	pag. 992
1. Ambito di applicazione	» 992
2. I criteri di giurisdizione utilizzati	» 993
3. Il caso particolare della giurisdizione in materia di obbligazioni alimentari derivanti da adozione	» 995
Art. 41 - Riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione (<i>Saverio de Bellis</i>)	» 996
1. Il quadro normativo del riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione	» 996
2. Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione legittimante. La conversione dell'adozione straniera in adozione legittimante	» 998
3. Il riconoscimento del provvedimento straniero in tema di adozione semplice	» 1000
4. Il particolare riconoscimento del provvedimento straniero in tema di adozione da parte di cittadini italiani residenti all'estero da almeno due anni	» 1001
5. Il riconoscimento dell'adozione da parte di <i>single</i> e della <i>kafala</i> islamica	» 1003
Capo VI Protezione degli incapaci e obblighi alimentari	» 1008
Art. 42 - Giurisdizione e legge applicabile in materia di protezione dei minori (<i>Fabio Tierno</i>)	» 1008
1. Introduzione ed ambito di applicazione	» 1008
2. Disciplina	» 1010
3. Ipotesi di applicazione della legge italiana: a) cittadino italiano residente all'estero; b) cittadino straniero residente in Italia: provvedimenti ai sensi dell'art. 1 e 2; c) cittadino straniero residente in Italia: provvedimenti ai sensi dell'art. 6; d) minore cittadino straniero, non residente in Italia, che si trova sul territorio italiano	» 1012
Art. 43 - Protezione dei maggiori d'età (<i>Fabio Tierno</i>)	» 1013
1. Disciplina	» 1013
2. Soggetti	» 1014
3. Organi giurisdizionali	» 1016
Art. 44 - Giurisdizione in materia di protezione dei maggiori d'età (<i>Fabio Tierno</i>)	» 1018
1. Le ipotesi di giurisdizione previste dal I comma	» 1018
2. La giurisdizione sussidiaria del II comma	» 1019
Art. 45 - Obbligazioni alimentari nella famiglia (<i>Alessandra Cagnazzo</i>)	» 1022
1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia: Premessa	» 1022
2. Criteri di individuazione della legge applicabile	» 1027

3. Il rinvio "in ogni caso" dell'art. 45 della legge 31 maggio 1995, n. 218, alla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 "Sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari"	pag. 1029
4. Le riserve	» 1030
5. Coordinamento della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 "Sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari" con la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 "Sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali". Rilevanza notarile	» 1032
Capo VII Successioni	» 1037
Art. 46 - Successione per causa di morte (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1037
1. La legge regolatrice delle successioni. L'unità della successione e il criterio della nazionalità del <i>de cuius</i>	» 1037
2. Ordinamenti plurilegislativi	» 1040
3. Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze	» 1040
4. Il rinvio	» 1042
5. La <i>professio iuris</i>	» 1044
6. La validità della <i>professio iuris</i> straniera	» 1047
7. La successione del musulmano poligamo	» 1048
8. Le materie rientranti nello Statuto successorio e il progetto di regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile alle successioni	» 1050
9. La divisione ereditaria	» 1051
Art. 47 - Capacità di testare (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1054
1. Generalità	» 1054
Art. 48 - Forma del testamento (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1055
1. Generalità	» 1055
Art. 49 - Successione dello Stato (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1057
1. Generalità	» 1057
Art. 50 - Giurisdizione in materia successoria (Alessandro Alessandrini Calisti)	» 1058
1. Generalità	» 1058
Capo VIII Diritti reali	» 1060
Art. 51 - Possesso e diritti reali (Antonino Vacirca)	» 1060
1. La qualificazione dei diritti reali ed il principio della <i>lex rei sitae</i>	» 1060
2. L'acquisto, la perdita dei diritti reali e limiti all'applicazione della <i>lex rei sitae</i>	» 1062
3. Il c.d. conflitto mobile	» 1064

Art. 52 - Diritti reali su beni in transito (Antonino Vacirca)	pag. 1065
1. Generalità	» 1065
Art. 53 - Usucapione di beni mobili (Antonino Vacirca)	» 1067
1. Generalità	» 1067
Art. 54 - Diritti su beni immateriali (Antonino Vacirca)	» 1070
1. Il criterio di collegamento alla legge dello Stato di utilizzazione	» 1070
2. Limiti di applicabilità della norma	» 1071
Art. 55 - Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali (Antonino Vacirca)	» 1073
1. Generalità	» 1073
Capo IX Donazioni	» 1076
Art. 56 - Donazioni (Camillo Ungari Trastulli)	» 1076
1. Generalità	» 1076
2. La legge sostanziale applicabile secondo i criteri dell'art. 56	» 1077
3. Il regolamento 17 giugno 2008, n. 593 ("Roma I"): individuazione delle donazioni che rientrano nel relativo ambito applicativo e delle donazioni che vi sono estranee	» 1080
4. Le donazioni soggette alla legge 31 maggio 1995, n. 218: aspetti regolati dall'art. 56 e dalle altre sue norme di conflitto	» 1083
5. (Segue). La forma	» 1086
Capo X Obbligazioni contrattuali	» 1087
Art. 57 - Obbligazioni contrattuali (Matteo D'Auria)	» 1087
1. Il contratto internazionale, la legge 31 maggio 1995, n. 218, ed il rinvio alla Convenzione di Roma del 1980	» 1087
2. La Convenzione di Roma del 1980, il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 e la scelta delle parti sulla normativa applicabile: evoluzione e conferma del criterio	» 1091
3. I caratteri della scelta dalle parti effettuata sulla normativa applicabile ed il caso contrario: la Convenzione di Roma del 1980 ed il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 (il vecchio ed il nuovo a confronto)	» 1098
4. Il caso contrario della mancanza di scelta: la Convenzione di Roma del 1980 ed il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 (il vecchio ed il nuovo a confronto)	» 1103

Capo XI Obbligazioni non contrattuali	pag. 1107
Art. 58 - Promessa unilaterale (<i>Francesca Trombetta Panigadi e Eloisa Alessandra Luini</i>)	» 1107
1. La legge regolatrice della promessa unilaterale secondo l'art. 58 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 1107
2. L'ambito di applicazione dell'art. 58: problemi di qualificazione. Il coordinamento con la convenzione di Roma del 1980 e con il regolamento CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali	» 1108
3. (<i>Segue</i>). La nozione autonoma di "obbligazioni contrattuali" ai sensi della convenzione di Roma e del regolamento CE n. 593/2008 e la presunta riconducibilità in tale nozione di alcuni profili della materia in esame	» 1111
4. La disciplina internazionalprivatistica delle promesse unilaterali di cui all'art. 58 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 1115
5. La disciplina della sostanza, della forma e della capacità di promettere	» 1119
6. Inoperatività del meccanismo del rinvio	» 1119
7. Le fattispecie di promesse unilaterali escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 58	» 1120
8. Conclusioni	» 1121
Art. 59 - Titoli di credito (<i>Giuseppe Faucci</i>)	» 1134
1. Profili introduttivi	» 1135
2. La cambiale e l'assegno	» 1138
3. Gli altri titoli di credito	» 1142
Art. 60 - Rappresentanza volontaria (<i>Pasquino Visconti</i>)	» 1147
1. Inquadramento generale dell'istituto della rappresentanza: brevi cenni	» 1148
2. La rappresentanza volontaria nel sistema normativo del diritto internazionale privato anteriore alla riforma del 1995	» 1150
3. Disciplina normativa introdotta dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 ("La Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato")	» 1151
4. Adempimenti necessari per l'utilizzabilità in Italia della procura rogata o autenticata all'estero	» 1154
5. Ruolo e responsabilità del notaio	» 1157
Art. 61 - Obbligazioni nascenti dalla legge (<i>Stefano Armellini e Bruno Baril</i>)	» 1160
1. La disciplina di conflitto dell'art. 61, legge 31 maggio 1995, n. 218: suo carattere residuale	» 1160
2. La disciplina di conflitto delle obbligazioni <i>ex lege</i> prima della riforma del 1995	» 1164
3. Ambito di applicazione della disciplina di conflitto dell'art. 61 della legge 31 maggio 1995, n. 218	» 1166
4. La gestione di affari	» 1170
5. L'arricchimento senza causa	» 1172
6. Il pagamento dell'indebito	» 1177
7. Le altre obbligazioni legali non diversamente regolate	» 1180
8. Il criterio di collegamento e la legge applicabile	» 1180
9. Esclusione del rinvio	» 1183

Art. 62 - Responsabilità per fatto illecito (<i>Andrea La Mattina</i>)	pag. 1184
1. Ambito di applicazione dell'art. 62 e residualità della sua disciplina rispetto al Regolamento n. 864/2007/CE (c.d. "Roma II")	» 1185
2. Il criterio di collegamento del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso (I comma, prima parte)	» 1188
3. L'opzione del danneggiato in favore dell'applicazione della legge del luogo ove si è verificato il fatto che ha generato il danno (I comma, II parte)	» 1192
4. (<i>Segue</i>). Termini e modalità per l'esercizio dell'opzione del danneggiato	» 1194
5. Il criterio di collegamento dello Stato di cittadinanza e residenza comune a tutti i soggetti coinvolti nel fatto illecito (II comma)	» 1197
6. Illeciti a mezzo Internet: un difficile banco di prova per i criteri di collegamento di cui all'art. 62	» 1199
7. Ambito di applicazione della legge individuata in base ai criteri di collegamento di cui all'art. 62: rilevanza e <i>ratio</i> dell'esclusione del rinvio nella materia della responsabilità civile	» 1202
Art. 63 - Responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto (<i>Paolo Borghi</i>)	» 1205
1. Le esigenze (non solo giuridiche) da cui nasce la disciplina	» 1206
2. La normativa comunitaria, e la sua attuazione in Italia: profili generali	» 1209
3. Il c.d. rischio da sviluppo, la relativa armonizzazione parziale, e possibili implicazioni di diritto internazionale privato. Altre conseguenze collegate all'elemento temporale	» 1213
4. La nozione di produttore e di prodotto	» 1218
5. La nozione di difetto	» 1225
6. La natura giuridica della responsabilità, la nozione di danno risarcibile e i limiti del risarcimento	» 1231
7. La disciplina italiana di diritto internazionale privato, prima del regolamento "Roma II"	» 1237
8. La disciplina di diritto internazionale privato della responsabilità da prodotto, dopo il regolamento "Roma II" (con riferimenti alla Convenzione dell'Aja del 1973)	» 1243
TITOLO IV EFFICACIA DI SENTENZE ED ATTI STRANIERI	» 1258
Art. 64 - Riconoscimento di sentenze straniere (<i>Gabriella Carvella e Raffaella Di Chio</i>)	» 1258
1. Il regime del riconoscimento automatico degli effetti sostanziali di giudicato ed il diritto all' <i>exequatur</i> nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	» 1259
2. L'ambito di applicazione dell'art. 64 e i rapporti con le fonti internazionali e dell'Unione	» 1263
3. La nozione di sentenza straniera e la competenza internazionale del giudice straniero	» 1268
4. Gli ulteriori requisiti richiesti dall'art. 64	» 1272
5. L'ordine pubblico	» 1280

Art. 65 - Riconoscimento di provvedimenti stranieri (<i>Gabriella Carella e Raffaella Di Chio</i>)	pag. 1287
Art. 66 - Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria (<i>Gabriella Carella e Raffaella Di Chio</i>)	» 1287
1. L'art. 65 e il richiamo internazionale di situazioni derivanti da atti di autorità pubbliche straniere	» 1288
2. L'art. 65 come norma di conflitto che applica il metodo del riferimento all'ordi- namento competente. Problemi attuativi della norma nella individuazio- ne dell'ordinamento di riferimento	» 1290
3. Natura giuridica dell'art. 66 e parziale estensione delle conclusioni raggiunte per l'art. 65	» 1295
4. Ambito di applicazione dell'art. 66 e rapporti con l'art. 67	» 1297
Art. 67 - Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento (<i>Gabriella Carella</i>)	» 1301
1. Ambito di applicazione e presupposti del procedimento di cui all'art. 67	» 1301
2. Natura giuridica, avvio e svolgimento del procedimento	» 1307
Art. 68 - Attuazione ed esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero (<i>Marcello Di Fabio</i>)	» 1309
1. Ambito di applicazione della norma	» 1309
2. L'accertamento giudiziario dei requisiti	» 1311
3. L'oggetto dell'accertamento: gli atti pubblici	» 1313
4. Legalizzazione e traduzione	» 1315
5. Deposito dell'atto presso l'Archivio notarile o un notaio esercente	» 1316
6. Osservanza di normative comunitarie e di altre convenzioni internazionali	» 1317
7. Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati	» 1319
Art. 69 - Assunzione di mezzi di prova disposti da giudici stranieri (<i>Luigi Fumagalli</i>)	» 1320
1. Il quadro normativo complessivo	» 1321
2. La connotazione pubblicistica dell'attività di assistenza giudiziaria in materia istruttoria	» 1323
3. L'autorizzazione all'esecuzione della rogatoria	» 1323
4. L'organo competente all'assunzione della prova	» 1325
5. Le forme di esecuzione	» 1327
6. Gli atti istruttori eseguibili in Italia	» 1328
7. I limiti all'esecuzione della rogatoria	» 1329
8. L'assistenza giudiziaria passiva	» 1331
9. Brevi cenni al sistema della convenzione dell'Aja del 1970	» 1332
10. Brevi cenni al sistema del regolamento (CE) n. 1206/2001	» 1332

Art. 70 - Esecuzione richiesta in via diplomatica (<i>Luigi Fumagalli</i>)	pag. 1333
1. La posizione sistematica	» 1333
2. La via diplomatica	» 1334
3. La disciplina recata	» 1335
Art. 71 - Notificazione di atti di autorità straniere (<i>Luigi Fumagalli</i>)	» 1336
1. Il quadro normativo complessivo	» 1336
2. L'autorizzazione del pubblico ministero	» 1337
3. La sfera di applicazione della norma	» 1339
4. Le forme di esecuzione della notificazione	» 1340
5. Brevi cenni al sistema della convenzione dell'Aja del 1965	» 1342
6. Brevi cenni al sistema del regolamento (CE) n. 1393/2007	» 1343
TITOLO V DISPOSIZIONI TRANSITORIE E FINALI	» 1345
Art. 72 - Disposizioni transitorie (<i>Geo Magri</i>)	» 1345
1. Premessa	» 1345
2. Le disposizioni in materia giurisdizionale	» 1347
Art. 73 - Abrogazione di norme incompatibili (<i>Geo Magri</i>)	» 1347
1. Premessa	» 1348
2. Gli artt. 17-31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile	» 1349
3. La mancata abrogazione dell'art. 16 e la condizione di reciprocità	» 1350
Art. 74 - Entrata in vigore (<i>Geo Magri</i>)	» 1355
1. Generalità	» 1355

norma di diritto comunitario possa operare, a seconda dei casi, o come norma di applicazione necessaria comunitaria o come un principio di ordine pubblico comunitario, secondo quanto emerge chiaramente dalla sentenza *Eco Swiss*. I due meccanismi, dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria nella costruzione comunitaria sembrano concepiti come "alternativi"; da utilizzare – a seconda del caso e della convenienza – come semplici "vecteurs de la construction européenne"⁸⁹. Intendendo, in effetti, le norme di applicazione necessaria come una delle possibili espressioni di principi generali di ordine pubblico, quest'ultima eccezione può certamente essere utilizzata anche per correggere i risultati derivanti dall'applicazione di norme straniere in contrasto con i principi ritenuti fondamentali dall'ordinamento comunitario. In altre parole, questi principi comprendono anche quelli espressi dalle norme di applicazione necessaria comunitaria e da esse tutelati in sede di legge applicabile.⁹⁰

Questo ragionamento è stato applicato in dottrina non solo alle disposizioni fondamentali del diritto economico comunitario, ma anche alle norme contenute nelle direttive comunitarie che, pur lasciando operare le norme di conflitto degli Stati membri, ne condizionano l'operatività imponendo il rispetto di determinati standard posti dal diritto materiale comunitario in presenza di un collegamento con l'Unione europea, come nel caso delle direttive sulla protezione dei consumatori. Si tratterebbe, in questo caso, di chiare manifestazioni di un ordine pubblico comunitario di tipo positivo.⁹¹ Lo stesso ragionamento è stato esteso anche alla direttiva sugli agenti commerciali indipendenti e alla lettura che la Corte di giustizia ne ha dato nella sentenza *Ingram*. In particolare, è stato sostenuto che, in considerazione della "non diretta applicabilità" di tale normativa negli ordinamenti giuridici nazionali, l'unica lettura "possibile" della sentenza della Corte consiste nel considerare che le norme della direttiva vengano prese in considerazione dai giudici degli stati membri a titolo di ordine pubblico internazionale "di prossimità".⁹²

⁸⁹ POILLON PERUZZETTO S., *Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire*, in: *Traité de droit international privé et processuale*, Milano, 2005, 489.

⁹⁰ BASEDOW J., *Recherches sur la formation de l'ordre public européen*, in: *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, 2005, 56 ss. BOSCHIERO N., *L'ordine pubblico processuale comunitario ed "europeo"*, 182 ss.

⁹¹ BASEDOW J., *Recherches sur la formation de l'ordre public européen*, in: *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, 2005, 58 ss.; DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *La Communautarisation du droit international privé des contrats: remarques en marge de l'uniformisation européenne de droit des contrats*, in: *Liber Amicorum Hélène Gaudemer-Tallon. Ven de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, 2008, 796 ss.

⁹² DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Lois de police et ordre public international en matière contractuelle: problèmes d'interprétation des articles 7 et 16 de la convention du 19 juin 1980*, in: *Actes du colloque ERA-Université Paris-Sud (Paris XI), 22-23 novembre 2001*, in: *Petites affiches*, 2002, 4 ss. BASEDOW J., *Recherches sur la formation de l'ordre public européen*, in: *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, 2005, 60 s.

CAPITOLO X

LA LEX MERCATORIA

di
Fabrizio Marrella¹

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. Il significato odierno della nuova *lex mercatoria*. – 2.1. In particolare: gli usi del commercio internazionale. – 2.2. Dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali. – 3. Sull'esistenza e la diffusione della nuova *lex mercatoria*. – 3.1. La realtà. – 3.2. L'applicazione della *lex mercatoria* ad opera dell'arbitro internazionale. – 3.3. La posizione del giudice statale dinanzi alla *lex mercatoria*.

1. Introduzione.

Francesco Galgano, più di ogni altro autore del nostro tempo, ha studiato le radici profonde dell'antica *lex mercatoria* evidenziando che detta espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti medioevali. Questo era stato *lex mercatoria*, o *ius mercatorum*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: le sue fonti erano state gli statuti delle potenti corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*.²

L'antica *lex mercatoria*, la cui funzione era consistita nel derogare, per i rapporti commerciali, al diritto civile di allora, ossia al diritto romano (ma anche a quello canonico), rivelatosi non più adeguato alle esigenze dei traffici, aveva preceduto l'avvento degli Stati moderni. Questi ultimi finirono col recepirlo attraverso il diritto statale fino a collocarla, negli ordinamenti di Civil Law, nei codici di commercio. Ma la codificazione della *lex mercatoria* e, soprattutto, la sua nazionalizzazione ad opera dei singoli Stati non ha potuto reggere il confronto con la globalizzazione dell'economia, fenomeno legato all'instaurazione di un ordine economico internazionale del dopoguerra a matrice neoliberalista³ che ha segnato il nostro destino, imponendo una lettura

¹ Professore di Diritto del commercio internazionale nell'Università "Ca' Foscari" di Venezia.

² GALGANO F., *Lex mercatoria*, 5ª ed., Bologna, 2010.

³ Cf., *inter multos*, CARREAU D.-JULLIARD P., *Droit international économique*, 4ª ed., Paris, 2010, 50 ss., nonché, in Italia, COMBA A. (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*, Torino, 2008, ove riferimenti.

del diritto del commercio internazionale assai diversa da quanto era stato fatto dalla dottrina del secolo scorso.

Oggi, la nuova *lex mercatoria* altro non è se non un diritto creato direttamente dal ceto imprenditoriale, «senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, 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».

In altre parole, la nuova *lex mercatoria* si caratterizza per essere un complesso di norme di diritto transnazionale materiale e processuale uniforme di origine a-statale: norme che si coordinano in vario modo con quelle di origine statale ed interstatale per confluire nel diritto del commercio internazionale contemporaneo⁴.

A ben vedere, infatti, la nuova *lex mercatoria* non si colloca in antitesi con il diritto internazionale privato, bensì ne arricchisce i contenuti ed i metodi sviluppandoli dal punto di vista arbitrale. Si tratta di un fenomeno multiforme che presenta una dimensione giuridica sia sostanziale che processuale.

Sotto il primo profilo, va detto subito che la nuova *lex mercatoria* disciplina contratti internazionali *business to business*, sollecitando la materia societaria ma senza estendersi a quella fallimentare⁵. Tale precisazione appare necessaria in quanto, l'antica *lex mercatoria*, oltre che alla disciplina del contratto si rivolgeva anche alle forme dell'impresa societaria come dimostrano, *inter alia*, le vicende della commenda e della *societas mercatorum*⁶. Inoltre, la nuova *lex mercatoria*, a differenza dell'antica, non ha ancora generato principi o regole circa l'eventuale acquisto a titolo originario della proprietà di un bene mobile, lasciando quindi la soluzione della questione all'impostazione internazionale-privatistica tradizionale. Se l'antico *ius mercatorum* aveva escluso l'azione di rivendica del proprie-

⁴ Diffusamente al riguardo MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Dir. comm. Galgano*, Padova, 2003; nonché GALGANO F.-MARRELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Tratt. Dir. comm. Galgano*, Padova, 2010. AVVISA GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 8, che «l'odierna globalizzazione dei mercati ha sovrapposto al diritto degli Stati, per la regolazione dei traffici giuridici transnazionali, una universale nuova *lex mercatoria*, cui si riconosce da parte delle corti nazionali natura di ordinamento giuridico originario»; cfr. peraltro GOODE R., *Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law*, in *ICLQ*, 2005, 541, secondo il quale «[i]ndeed, it is the desire to escape from the conflict of laws that has powered the drive to assert the existence of the *lex mercatoria* as an autonomous legal order, detached from all national laws and existing by its own force. It is clear however that, that since there are practical limits to what can be harmonized, private international law will remain of considerable importance in the resolution of cross-border disputes for the foreseeable future».

⁵ BRANDT R., *Fundamentals of International Business Transactions*, The Hague, 2000, 7, afferma a tale proposito che «the history of international business transactions is in many ways the history of the law of contracts».

⁶ V. per tutti GALGANO F., *Lex mercatoria*, 44 ss., ove riferimenti completi.

tario derubato ammessa dal diritto romano in caso di acquisto da un pubblico mercante⁷, il nuovo *ius mercatorum*, invece, per quanto concerne il commercio dei beni culturali, sembra prevalentemente orientato – sulla scia di quanto ora imposto dalla Convenzione Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati del 24 giugno 1995 – verso la soluzione opposta, ossia in favore della restituzione dei beni *de quibus*⁸.

La dimensione processuale della *lex mercatoria* va colta, invece, con riferimento alla disciplina a-statale dell'arbitrato commerciale internazionale. Alla murevolezza nello spazio e (nel tempo) del diritto processuale statale si contrappone l'uniformità metanazionale del regolamento di arbitrato amministrato sicché, per gli operatori del commercio internazionale, il procedimento arbitrale presenta un grado di conoscibilità di gran lunga superiore (e minori costi di informazione) rispetto a quello dei sistemi processuali nazionali. Perciò, diritto dei *mercatores* ed esercizio, nell'ambito di quel corpo sociale, di un potere giurisdizionale sono due fenomeni correlativi e complementari⁹.

Accanto agli elementi comuni, ora succintamente indicati, si collocano due importanti momenti di differenziazione.

Innanzitutto, la nuova *lex mercatoria* si differenzia dalla antica perché, mentre quest'ultima si era sviluppata ai margini del sistema feudale, la prima nasce e si sviluppa nel cuore della società post-industriale.

Inoltre, se lo *ius mercatorum* di Baldo o Bartolo prosperava in un'epoca segnata dall'atomizzazione del potere politico, il mondo della nuova *lex mer-*

⁷ Cfr. GALGANO F., *Lex mercatoria*, 43 ss.

⁸ Cfr. per tutti MARTINE B.-FREDBERG J.A. (eds.), *Legal Aspects of International Trade in Art / Les aspects juridiques du commerce international de l'art*, Paris-The Hague, 1990-1996, vol. IV, ICC pub. n° 433, 477, 484, 532; cfr. LALIVE P., *Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels nés ou illicitement exportés*, *RDUJULR*, 1996, 40 ss.; FRIGO M., *Questioni in tema di rivendicazione e restituzione di beni culturali di proprietà privata al termine di conflitti armati*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 355-384; FRANCIONI F., *Controlling illicit trade in art objects: the 1995 Unidroit convention*, in DEL VECCHIO A.-FRANCIONI F.-DE CATERINI P. (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, Milano, 2000, 119-139.

⁹ V. al riguardo FOUCHARD PH., *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965 e FOUCHARD PH., *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, in *Rev. Arb.*, 1965, 99 ss., poi in FOUCHARD PH.-CAILLARD E.-GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1997, §50 ss. Ed in Italia v. già CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, 1929, pres. di SANTI R., Milano, 1963, 93, che, lucidamente, aveva rilevato che «accade oggi, nelle grandi associazioni commerciali ed industriali, ciò che avveniva nel Medioevo e che ha portato alla formazione di un diritto professionale dei mercanti. Rapporti d'affari nei quali si fondavano tradizionali elementi giuridici e nuovi elementi tecnico-economici erano sottoposti, in caso di controversia, agli organi giurisdizionali corporativi, che rendevano a valorizzare più gli elementi nuovi che i vecchi, e le loro decisioni valevano, naturalmente, entro l'ambito corporativo (dato che a questo apparteneva almeno uno dei contraenti), e formavano il materiale per le compilazioni statutarie». L'arbitrato costituisce dunque uno strumento di «ingegneria sociale» di rilevanza cruciale.

catoria risulta suddiviso in Stati. Ma anche sotto questo profilo emerge un ulteriore momento di differenziazione: se il declino dell'antica *lex mercatoria* iniziò con l'avvento dello Stato moderno, attraverso la statalizzazione (e la centralizzazione) delle fonti del diritto commerciale e del potere giurisdizionale in *subiecta materia*, oggi accade che la nuova *lex mercatoria* si sviluppa con la connivenza degli Stati¹⁰. Le inevitabili lacune del diritto interstatale uniforme, l'assenza di una Corte mondiale deputata a conoscere le controversie nascenti dai contratti transnazionali, la diversificazione degli attori del commercio internazionale, hanno indotto gli Stati a dare grande impulso all'arbitrato commerciale internazionale ed agli *ADR* (o *ODR*) *methods*, lasciando dunque agli operatori economici spazi di autonomia del tutto nuovi, come ad esempio si avverte in materia di commercio elettronico.

D'altra parte si verifica, nell'epoca in cui scriviamo, che l'estensione territoriale dei mercati coincide sempre meno con la mappa dei confini territoriali degli Stati e che questo problema è destinato ad accentuarsi per gli Stati di più piccole dimensioni (inclusa l'Italia) mentre diversi scenari possono prospettarsi per i macro-Stati (in particolare USA e Cina) ove l'attrito tra frontiera "politica" ed "economica" si fa meno percettibile¹¹. Di più, l'estensione di molti grandi gruppi societari è tale che il valore della loro "economia interna" supera il PIL di molti Stati del pianeta¹².

Non è possibile rendere conto, nei limiti imposti a questo scritto, della vastità del dibattito scientifico sul tema e delle possibili applicazioni della *lex mercatoria*¹³. Piuttosto, nello spazio di questo saggio, una volta indicato il

¹⁰ A garanzia dell'efficacia della nuova *lex mercatoria* contribuiscono gli stessi Stati giacché, rinunciando a disciplinare il commercio internazionale, spingono, *ipso facto*, gli operatori ad elaborare delle regole per disciplinare direttamente i loro rapporti. Si può ravvisare dunque, in questo contesto, un fenomeno jellinekiano di autolimitazione dello Stato, una sorta di *self-restraint* cui corrisponde l'autoregolamentazione del ceto degli affari. Peraltro, non è sicuro che le convenzioni interstatuali di diritto contrattuale uniforme costituiscano una soluzione definitiva al problema della regolamentazione del commercio transnazionale.

¹¹ A tale proposito si è potuto parlare di "illusione cartografica", cfr. OMAHE K., *The End of Nation-State - The Rise of Regional Economics*, New York, 1995, tr. it. a cura di ANGELINI E., *La fine dello Stato-nazione*, Milano, 1995, 23 ss. L'Autore osserva altresì che «creati in un lontano passato secondo criteri puramente politici, gli Stati oggi [...] spinti dal preciso proposito di elevare il livello generale del benessere economico, si sforzano di affermare forme tradizionali di sovranità economica sulle popolazioni e sulle regioni che si trovano entro i loro confini, ottenendo in realtà l'effetto opposto. I rigurgiti di nazionalismo rendono impossibile il successo economico... dirottando altrove i flussi degli investimenti e delle informazioni», OMAHE K., *The End of Nation-State - The Rise of Regional Economics*, 30.

¹² Cfr. UNCTAD, *World investment report 2004*, UNCTAD/WIR, 2004; *Development and Globalization: Facts and Figures*, UNCTAD/GDS/CSIR/2004/1, 2004 nonché le osservazioni di GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, 27 ss.

¹³ In argomento rinvio a MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*.

significato odierno della nuova *lex mercatoria*; si presenteranno alcune considerazioni in merito al dibattito dottrinale ed alle sue applicazioni giurisprudenziali.

2. Il significato odierno della nuova *lex mercatoria*.

I fattori che hanno prodotto le regole internazionalmente uniformi ascrivibili alla nuova *lex mercatoria*, volte a superare la discontinuità giuridica provocata dagli ordinamenti statuali, risiedono, fondamentalmente:

a) nella diffusione internazionale delle pratiche contrattuali del mondo degli affari. A volte, questa diffusione si è prodotta in modo spontaneo: molteplici modelli contrattuali, come il *leasing*, il *factoring*, il *performance bond*, ecc., creati da operatori economici di un dato paese, sono stati recepiti dagli operatori economici di altri paesi, dando così vita a modelli contrattuali internazionalmente uniformi, resi legittimi rispetto ai singoli ordinamenti giuridici nazionali dal principio, vigente in ciascuno di essi, della autonomia contrattuale. Sotto questo aspetto, proprio la diffusione internazionale dei modelli contrattuali dà ad essi una considerevole forza: ben difficilmente, infatti, un giudice nazionale potrà ritenere invalido, applicando il proprio diritto nazionale, un modello contrattuale ovunque praticato e riconosciuto come valido; ben difficilmente, quali che siano i contrari argomenti ricavabili dal diritto nazionale, egli sarà disposto a collocare il proprio paese in una situazione di isolamento rispetto al contesto internazionale al quale appartiene¹⁴.

Altre volte, la diffusione è stata assecondata da cc.dd. regole oggettive del commercio internazionale¹⁵: associazioni transnazionali di categoria hanno predisposto formulari di contratti per gli imprenditori ad esse aderenti, favorendo, anche per questa via, le pratiche contrattuali internazionalmente uniformi.

Altre volte, ancora, sono state le grandi società multinazionali ad imporre questa uniformità: esse hanno predisposto in sede centrale le condizioni generali di contratto, cui le singole società nazionali, da esse controllate, si sono

¹⁴ Così, GALGANO F., in *Diritto e prassi del commercio internazionale*. Emblematico al riguardo è il caso del *performance bond* nella nostra giurisprudenza. Il principio di sussidiarietà dell'obbligazione fidejussoria (art. 1339 c.c.) avrebbe dovuto comportare la conseguenza della nullità di un simile contratto autonomo di garanzia, insensibile alle vicende del rapporto garantito. Per salvarne la validità la nostra Casazione lo ha concepito come contratto atipico, diverso dalla fidejussione e, perciò, sottratto al principio di accessorialità. Significativa, sotto questo aspetto, è Cass. 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, c. 106, con nota di Viale M., che qualifica il contratto autonomo di garanzia come «valido contratto atipico, realizzante interessi meritevoli di tutela connessi, tra l'altro, all'espansione del commercio internazionale»; nonché Trib. Milano 9 ottobre 1986, in *Banca borsa*, 1987, II, 333, che argomenta dalla «permeabilità del nostro ordinamento, oltre che alle esigenze economiche, anche alle influenze di figure giuridiche già codificate all'estero».

¹⁵ Sulle quali v. BONELLI M.J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976.

adeguate, provocando a questo modo una uniformità di regole contrattuali altrettanto estesa quanto i loro mercati;

b) negli usi del commercio internazionale, ossia nella ripetuta e uniforme osservanza di particolari pratiche da parte degli operatori di determinati settori imprenditoriali¹⁶;

c) nei codici di condotta collettivi delle imprese transnazionali.

Negli ultimi vent'anni e per reazione agli scandali in materia di gravi violazioni dei diritti umani da parte di molte imprese transnazionali, si sono diffusi, grazie al lavoro delle associazioni internazionali di categoria, dei codici di condotta la cui finalità è quella di disciplinare l'attività globale dell'impresa in modo da rafforzare la tutela dei diritti umani, anche al di là di quanto richiesto dalla normativa applicabile nello Stato territoriale¹⁷;

d) nella giurisprudenza arbitrale internazionale: la *ratio decidendi* adottata dagli arbitri internazionali per dirimere le controversie sottoposte al loro giudizio acquista il valore di un precedente, cui altri arbitri, successivamente aditi, sono soliti uniformarsi. Si forma così un corpo di *regulae iuris* che gli operatori economici sono indotti ad osservare sulla previsione che, in caso di controversia, verranno applicate ai loro rapporti commerciali.

2.1. In particolare: gli usi del commercio internazionale.

Gli usi del commercio internazionale, a differenza degli usi del commercio interno, si ricollegano ad un substrato socioeconomico transnazionale e sono diretti a disciplinare, in modo uniforme, specifici problemi legati a singole operazioni economiche¹⁸. Tale considerazione elementare ha condotto, sia alcune organizzazioni intergovernative, che le Organizzazioni non governative (ONG) economiche a vocazione transnazionale, a redigere delle raccolte le quali sono state configurate in blocco, dalla dottrina, alla stregua di "usi codificati" del commercio internazionale.

¹⁶ Cfr. il volume collettaneo *Gli usi del commercio internazionale nella negoziazione ed esecuzione dei contratti internazionali*, Milano, 1986.

¹⁷ V. GALGANO F.-MARRELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, ove riferimenti. ¹⁸ Risulta evidente che il ruolo da assegnare agli usi del commercio internazionale, in base all'impostazione conflittualistica classica, finisce con l'essere pari a quello svolto dagli usi del commercio interno nell'ordinamento statale in cui la fattispecie viene localizzata. In argomento v. anche per una valutazione della nozione stessa di uso del commercio internazionale, VIVANTE C., *Gli usi mercantili*, in *Arch. giur.*, 1883, 234 ss.; SCIALOJA A., *Fonti ed interpretazioni del diritto commerciale*, in *Saggi di vario diritto*, 1927, I, nn. 9-33; ROCCO A., *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1934; MOSSA L., *Studi sugli usi commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 557 ss.; RONDONI M., *Premesse storiche all'interpretazione dell'art. 1 del Cod. comm.*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, III, 579; GENOVESE, voce "Usi negoziali ed interpretativi", in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, I.

In linea di premessa, occorre ricordare che, nel diritto interno, il termine "usi codificati" acquista significato tecnico-giuridico attraverso la compilazione ufficiale da parte delle Camere di Commercio o del Ministero dell'Industria, mentre nel commercio internazionale, l'impiego del medesimo termine deve essere effettuato con grande cautela. Non esiste, infatti, alcun organismo ufficiale abilitato alla raccolta sistematica degli usi del commercio internazionale, ma alcune organizzazioni internazionali, governative e non governative, provvedono alla loro compilazione. Orbene, diversamente da quanto sostenuto in dottrina, non è condivisibile la tesi secondo la quale le raccolte di usi effettuate dalle Organizzazioni intergovernative e dalle ONG si collocano sullo stesso piano.

Ampie riserve, infatti, possono essere formulate con riferimento alle "codificazioni" realizzate dagli enti intergovernativi, le cui competenze, in tale materia, restano tutte da verificare o quanto meno da valutare caso per caso, considerati i loro compiti istituzionali e la loro base governativa. A nostro giudizio, siffatte raccolte portano all'acquisizione di indizi sull'esistenza degli usi del commercio internazionale. Infatti, restano da verificare i caratteri della *diuturnitas* e dell'*opinio juris sive necessitas* degli operatori economici, caratteri che non possono dedursi direttamente da una compilazione di matrice intergovernativa, ma che vanno ricercati *aliunde* e cioè tra gli operatori del commercio internazionale.

La verifica di cui si parla viene facilitata dalle raccolte di usi effettuate dalle ONG le quali, essendo esenziali di specifici settori economici, possono certamente identificare degli usi che siano "ampiamente conosciuti e regolarmente osservati nel commercio internazionale"¹⁹. Ciò avviene, ad esempio, presso la Camera di Commercio Internazionale (CCI) o ICC secondo l'acronimo inglese) ove, attraverso numerosi gruppi di lavoro formati al suo interno (*commissions*), vengono elaborate varie raccolte di regole valide in materia bancaria, assicurativa, di commercio e trasporti internazionali. Tali raccolte costituiscono delle fondamentali fonti di cognizione degli usi del commercio internazionale e quindi della nuova *lex mercatoria*. Così, in materia di credito documentario, in assenza di una Convenzione internazionale multilaterale, sono state compilate, presso la CCI, le NUU (*Norme ed Usi bancari Uniformi*)

¹⁹ È quanto richiede l'art. 9, § 2, della CVM. Oltre alla CCI occorre fare riferimento, *inter alios*, alle GAFTA (Grain and feed trade association); FOSFA (Federation of Oil, seed and fats association); RSA (Refined Sugar Association); Cocoa Association of London Ltd.; General Brokers Association of London; Liverpool Cotton Association; (LME); Timber Trade Federation of United Kingdom; The London Rubber Trade Association; The British Wool Confederation; The London Metal Exchange; The London Jute association. In argomento cfr. KAHN PH., *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961, 22; FOUCHARD PH., *L'arbitrage commercial international*, 584 s.; NOBILI R., *L'arbitrato nelle associazioni commerciali*, Padova, 1957, *passim*; BONELLI M.J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, 51 ss.

le quali sono state spontaneamente adottate dalla quasi totalità delle banche di tutto il mondo²⁰. Analoghe considerazioni valgono in materia di contratto autonomo di garanzia²¹.

Un'altra raccolta di usi particolarmente nota è offerta dagli *International Commercial Terms* (Incoterms) della CCI, redatti per la prima volta nel 1936 e periodicamente aggiornati nel 1953, 1967, 1976, nel 1980, nel 1990, nel 2000 fino all'edizione del 2010, "in vigore" dal gennaio 2011²².

Tra le ONG che svolgono un'attività di particolare rilievo per l'uniformazione del diritto commerciale internazionale vanno pure ricordate la *Fédération Internationale des Ingénieurs-conseils* (FIDIC), e l'*International Standard Organisation* (ISO)²³ di cui si è già fatto cenno a suo luogo.

2.2. Dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali.

L'esigenza di uniformità della disciplina dei traffici commerciali internazionali si colloca alla radice del progetto e dell'attuale successo dei Principi sui contratti commerciali internazionali elaborati dall'Unidroit²⁴.

Innanzitutto, va detto che i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali assolvono oggi numerose funzioni che vanno ben oltre quelle ufficialmente annunciate dal Preambolo che li introduce. Si tratta, infatti, di svolgere la funzione di:

- a) diritto applicabile *tout court* al merito di controversie transnazionali;
- b) uno strumento di interpretazione o integrazione del diritto applicabile;
- c) uno strumento di interpretazione del diritto internazionale uniforme;
- d) una fonte di cognizione e strumento di codificazione della nuova *lex mercatoria*;
- e) un modello per il legislatore nazionale e per le Convenzioni internazionali;
- f) una enunciazione di alcuni principi generali di diritto ex art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia;
- g) una guida alla redazione contrattuale;
- h) un *esperanto* di comunicazione giuridica;
- i) uno strumento didattico;
- j) uno strumento di individuazione degli usi del commercio internazionale.

I Principi Unidroit espandono la nozione di legge applicabile nel contesto arbitrale. L'arbitro internazionale, infatti, può trovarsi a decidere controversie in cui le parti hanno eletto i Principi Unidroit, quale *lex contractus*, in alternativa ad un dato diritto statale. Inoltre, non mancano casi in cui, gli arbitri, in assenza di scelta della legge applicabile, hanno impiegato i Principi, grazie alle specifiche disposizioni di *choice of law* contenute nei regolamenti arbitrali. È pur vero che se qualche dissenso persiste in dottrina in tema di applicazione dei Principi Unidroit alla stregua di *lex contractus*, sia pure ad opera dell'arbitro internazionale, l'applicazione dei medesimi Principi in chiave interpretativo-integrativa del diritto (statale) applicabile sembra essere meno controversa (punto b).

Analoghe considerazioni valgono circa il possibile impiego dei Principi per l'interpretazione o l'integrazione di Convenzioni internazionali di diritto uniforme (punto c): operazione, questa, che sembra auspicabile proprio per realizzare un'interpretazione internazionale alternativa alla tradizionale localizzazione, come dimostra una fiorente prassi arbitrale.

Quanto alla idea di una codificazione della nuova *lex mercatoria* (di cui al punto d), non v'è dubbio che, secondo l'intenzione dei compilatori, l'obiettivo dei Principi Unidroit «consiste proprio nel definire meglio il contenuto della pretesa *lex mercatoria* togliendone quel carattere di assoluta indeterminazione e arbitrarietà»²⁵.

Se, tuttavia, i Principi Unidroit costituiscono una fonte di cognizione della *lex mercatoria*, questa fonte non è esaustiva. A conferma di tale osservazione, è sufficiente rilevare che, nella prassi arbitrale, continuano a manifestarsi casi

²⁵ Cfr. il commentario al Preambolo dei Principi Unidroit nonché BONELLI M.J., *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in SIDI, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1997, 198; MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2003; BONELLI M.J., *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, 2ª ed., Milano, 221 ss.

²⁰ *Uniform customs and practice for documentary credits*. Cfr. la particolarità della terminologia britannica ove per *customs* si intende una regola legata ad una particolare località, mentre un *usage* denota una "settled practice of a particular trade or profession", GOODE R., *Commercial Law*, 14. In argomento cfr. MATTOU J.P., *Droit bancaire international*, 2ª ed., Paris, 1996, *passim*. La giurisprudenza italiana sembra orientata ad inquadrare le norme delle NUU tra gli usi contrattuali.

²¹ Su cui v. in generale VILLANI U., *Garanzie bancarie (diritto internazionale privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1 ss.

²² Propende, tra i commercialisti italiani, a favore di un inquadramento negli usi del commercio internazionale SANTINI G., *Commercio e servizi: due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988) 290 s. In argomento v. ASTOLFI A., voce "Incoterms", in *Dig. comm.*, 1993, 315 ss., da ultimo v. CCI, Incoterms 2000: regole ufficiali CCI per l'interpretazione dei termini commerciali (in vigore dal 1º gennaio 2000), Roma, 1999. Non è da escludere che in dette raccolte vengano inserite quali usi delle pratiche che in realtà corrispondono solo alle aspirazioni di determinate categorie di operatori. Senonché, sarà la particolare base sociale dell'organizzazione non governativa che, col tempo, attribuirà il valore di usi a quelle regole tramite il reiterato ed effettivo impiego da parte degli operatori del commercio internazionale. La raccolta e la pubblicazione degli usi, comunque, non ne impedisce la possibilità di una modificazione tramite una successiva codificazione "ufficiale", né la contraria constatazione da parte del giudice interno e persino dell'arbitro internazionale.

²³ V. dettagli nel sito internet www.iso.ch. Basti solo pensare alla diffusione delle norme ISO 9000 in materia di certificazione di qualità, nonché alle norme ISO 14000 in materia di management ambientale.

²⁴ Cfr. <http://www.unidroit.org>.

– seppure, in prospettiva, è da ritenere che siano sempre più rari – di applicazione della sola *lex mercatoria* senza far riferimento ai Principi Unidroit.

In secondo luogo, sembra evidente che i Principi Unidroit si ricollegano a quella componente della *lex mercatoria* rappresentata dai principi generali di diritto, offrendone un'enunciazione sistematica di altissimo pregio. Si tratta, peraltro, di una codificazione parziale, sia in quanto alcune materie non vengono regolate dai Principi, sia in quanto, come insegna l'esperienza statunitense dei *Restatements*, i Principi possono contenere soluzioni innovative sicché, data anche la particolare metodologia di redazione, occorre usare prudenza nel considerare i Principi Unidroit a più elevato grado di astrazione quali espressione di principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili.

De iure condendo, e su questo punto la risposta dovrà provenire dalla giurisprudenza arbitrale (i cui precedenti costituiscono un'altra componente essenziale della *lex mercatoria*), si deve auspicare che i Principi Unidroit vengano posti dagli arbitri al vertice delle fonti del diritto di formazione spontanea, subordinando così ad essi tutte le altre componenti della *lex mercatoria*. Mancano, infatti, nei Principi, apposite norme in materia di gerarchia delle fonti ed anche disposizioni di conflitto che consentano di delimitare esattamente l'ambito di applicazione degli stessi.

Non bisogna, poi, perdere di vista il fatto che la *lex mercatoria* è composta anche da modelli contrattuali internazionalmente diffusi i quali identificano – evolvendosi nel tempo in stretta aderenza col substrato socio-economico di riferimento – contesti normativi più specifici e relativi a dati settori del commercio internazionale; nonché delle norme enunciate nei codici di condotta adottati dagli organismi non governativi esponenti di determinate categorie professionali.

Da altro punto di vista (evidenziato al punto e), i Principi assolvono una funzione che è tradizionalmente attribuita alle leggi-modello, funzione particolarmente importante se si ha riguardo, ad esempio, ai risultati conseguiti dalla legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale. Nell'epoca in cui scriviamo fiorisce un nuovo genere di letteratura comparatistica che si propone il raffronto tra il diritto positivo statale con quello non statale contenuto nei Principi Unidroit. Questa nuova letteratura avrà come possibile risultato quello di migliorare la legislazione nazionale per porla in sintonia con le esigenze del commercio internazionale.

Fungendo da strumento di *soft law* i Principi potranno concorrere all'uniformazione del diritto superando, in radice, il problema delle ratifiche e delle eventuali riserve alle Convenzioni di diritto uniforme.

La funzione di modello legislativo svolta dai Principi Unidroit rispetto al legislatore vale anche nell'ambito internazionale in senso proprio. La redazione di Convenzioni interstatali di diritto uniforme in materia contrattuale dovrà infatti necessariamente essere ispirata ai Principi Unidroit proprio in quanto

enunciativi della parte generale del contratto transnazionale internazionalmente accettata. A dispetto del loro carattere non vincolante, i Principi in esame contribuiscono alla coerenza ed anche alla certezza del diritto.

Ma è vero che i Principi Unidroit sono una mera espressione di *soft law* dal punto di vista del diritto internazionale?

Sembra evidente – e si passa quindi al punto *f* sopra evidenziato – che i Principi Unidroit (o almeno alcuni di essi) costituiscono enunciazione di alcuni principi generali di diritto valevoli in materia contrattuale, enunciazione ascrivibile all'opera di un organismo internazionale. Come tali, quindi, è logico che vadano inquadrati tra i “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili” previsti appunto, come fonte del diritto internazionale, all'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia. I Principi Unidroit vanno considerati come il risultato di un peculiare processo di specializzazione dei principi generali di diritto – particolarmente rilevante nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale²⁶ – idoneo a superare la critica della “vaghezza” e dell'eccessiva incoerenza della *lex mercatoria* (che secondo la nozione meno controversa si compone, appunto di principi generali di diritto ed usi del commercio internazionale). I Principi Unidroit, infatti, consolidano la nuova *lex mercatoria* integrandone la componente “principi generali di diritto”, strutturandola e rendendone immediatamente conoscibili i contenuti. Per gli stessi motivi, i Principi Unidroit, oltre che ai rapporti interindividuali, hanno vocazione ad applicarsi anche in quelli intergovernativi ed *a fortiori* nei contratti transnazionali tra Stati e stranieri.

L'impiego dei principi (*sub g*) come strumento di ausilio nella negoziazione contrattuale è poi fuori dubbio²⁷. Anzi, la ricchezza dei loro contenuti e del loro commentario fornisce un pregevole strumento pedagogico per i membri della *business community*.

Inoltre, la traduzione dei Principi nelle lingue più diffuse del pianeta ha gettato le basi di un vero *esperanto* di comunicazione giuridica in materia contrattuale (*sub h*). In quale lingua si esprime il diritto globale dei contratti? Lingua e diritto della società globale si ricongiungono proprio attraverso i

²⁶ Cf. KAHN P., *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, in *JDI*, II, 1989, 305-327. V. pure le riflessioni di LORD MC NAIR (*Oppenheim's International Law*, a cura di JENNINGS R.Y. e WATTS A., 9th ed., 1992, 37), secondo il quale: «International law has recruited and continues to recruit many of its rules and institutions from private systems of law... The way in which International law borrows from the source is not by means of importing private law institutions “lock, stock and barrel”, ready made and fully equipped with set of rules... In my opinion the true view of the duty of international tribunals in this matter is to regard any features or terminology which are reminiscent of the rules and institutions of private law as an indication of policy and principles rather than as directly importing these rules and institutions».

²⁷ DE NOVA G., *I principi unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, 5 ss.

Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali generando un *ex-ante* giuridico che va al di là della lingua inglese e, soprattutto, dei sistemi di Common Law. Il rischio di una *confusio linguarum*, di una Babele delle lingue e del diritto, può essere così scongiurato tramite l'algebra giuridica dei Principi Unidroit. Il sogno di Leibniz volto a creare un linguaggio logico che, al pari dell'algebra, potesse condurre dal noto all'ignoto attraverso l'applicazione di regole operative, potrà forse realizzarsi nei contratti commerciali internazionali. I Principi Unidroit, infatti, hanno vocazione a divenire dei simboli del linguaggio logico-giuridico del commercio internazionale in quanto non stanno al posto di una idea propria a questo o a quell'ordinamento statale, ma *in vece* di essa.

Principi, come quelli enunciati in materia di *hardship*²⁸ o di *mitigation of damages*²⁹, identificano categorie giuridiche sconosciute alla tradizione di Civil Law e non ignote, invece, nella tradizione di Common Law; ma il significato preciso di quelle nozioni non appartiene al diritto britannico o a quello statunitense bensì viene posto direttamente dai Principi Unidroit. Infatti, come viene rilevato nel lodo CCI n° 7110, l'inglese dei contratti commerciali internazionali non appartiene né all'Inghilterra né alla Common Law in genere.³⁰ Si tratta, rilevano i medesimi arbitri, di uno "strumento internazionale", un idioma che, di per sé, non implica in nessun modo il richiamo della Common Law a titolo di *lex causae* e che, di conseguenza, deve essere considerato solo il terreno comune su cui far confluire gli istituti giuridici più rispondenti alle esigenze del commercio internazionale. D'altra parte, il superamento della Common Law (soprattutto britannica) compiuto dalla stessa lingua inglese - *rectius* anglo-americana - lo si coglie proprio attraverso i Principi Unidroit, i quali, nella versione ufficiale inglese, comprendono nozioni sconosciute alla Common Law più tradizionale in quanto la propria radice si ritrova nella famiglia romano-germanica. Basti pensare alle nozioni di creditore, debitore nonché di buona fede rese in inglese, agli artt. 1.10 e 1.7, con i termini *obligor*, *obligee* e di *good faith* and *fair dealing*.³¹

²⁸ Cfr. Principi Unidroit, artt. 6.2.1 ss.

²⁹ Cfr. Principi Unidroit, art. 7.4.8.

³⁰ Sul lodo CCI n° 7110 v. MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria*, Padova, 395 ss. Il passaggio che qui interessa è il seguente: «[t]he fact that the Contracts are drafted in English is not decisive, since the English language has become an international tool for expressing the terms and conditions of sophisticated transactions, even between parties none of which is a national of an English speaking country or entering into transactions wholly unconnected with any such country. Resorting to English when it comes to exteriorizing in black and white the substance of a deal does not necessarily imply espousing the technical meaning that a specific Common Law jurisdiction would ascribe to the terms utilized».

³¹ Cfr. GOODE R., *The concept of "good faith" in English Law*, Centro di Studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1992, *passim*.

Per tutte le ragioni esposte sin qui, i Principi Unidroit assumono anche un valore didattico (*sub i*) come dimostra il ruolo sempre più rilevante che ad essi viene affidato nei *curricula* delle migliori Università del mondo.³²

Infine, i Principi Unidroit possono servire come strumento di individuazione degli usi del commercio internazionale.³³ Certo, nell'ambito dei loro compilatori, i Principi Unidroit dovrebbero costituire una fonte - se non *la* fonte - di cognizione degli usi del commercio internazionale. Tuttavia, pur non escludendo che alcuni dei Principi Unidroit possano coincidere con gli usi del commercio internazionale, va sottolineato che si tratta di una coincidenza puntuale tra categorie giuridiche differenti.

Gli usi, legati indissolubilmente alla pratica degli operatori, non possono che essere diritto non scritto di formazione spontanea rispetto al quale i principi generali di diritto si pongono ad un livello più elevato di astrazione. Peraltro, la mutevolezza dell'uso e la sua aderenza al substrato socio-economico degli operatori ne impedisce una sua cristallizzazione in un'opera di codificazione internazionale, in quanto alla dinamicità dell'uso del commercio si contrappone la staticità dei principi generali. Qualora si accogliesse la tesi della piena assimilazione degli usi del commercio internazionale ai Principi Unidroit si finirebbe, perciò, con l'ammettere ben presto che la mutevolezza degli usi trasformerebbe i Principi Unidroit in una codificazione obsoleta. Se invece si configurano i Principi Unidroit - ed è quanto noi riteniamo - alla stregua di "principi generali di diritto", a diverso grado di astrazione, si attribuisce automaticamente agli stessi solidità e stabilità.

Nonostante un accoglimento largamente favorevole da parte della dottrina, sono state mosse, contro i Principi Unidroit, alcune critiche di cui occorre tenere conto ai fini di una migliore comprensione del fenomeno e della loro collocazione nel contesto del diritto del commercio internazionale.

Parte della migliore dottrina, ha osservato che, dinanzi al giudice italiano, i Principi Unidroit non possono essere considerati oggetto di un rinvio internazionale privatistico.³⁴ L'elezione dei Principi Unidroit, come del resto quella della *lex mercatoria*, non viene infatti riconosciuta come scelta della legge applicabi-

³² Cfr. BONELLI M.J., *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, 193.

³³ BONELLI M.J., *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, 172 s.; che auspica un ruolo dei Principi alla stregua di fonte di cognizione della *lex mercatoria*, da verificare attraverso la prassi contrattuale ed arbitrale ed ammettendo implicitamente che potrebbe trattarsi di fonte non esaustiva; LUZZATTO R., *I principi Unidroit e l'arbitrato commerciale internazionale*, in BONELLI M.J.-BONELLI F., *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, 91 ss. secondo il quale i Principi si presentano «almeno in parte come un'espressione particolarmente autorevole della *lex mercatoria*».

³⁴ GIARDINA A., *I Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I Principi ed il diritto internazionale privato)*, in BONELLI M.J.-BONELLI F., *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, 58 ss.

le né dalle norme di conflitto italiane in vigore né, in particolare, dalla Convenzione di Roma del 1980, richiamata "in ogni caso" dall'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218, né ora dal Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali³⁵. Se è, dunque, vero che una scelta espressa sia della *lex mercatoria* che dei soli Principi Unidroit corrisponde ad una non-scelta della legge applicabile nel sistema della Convenzione di Roma, non bisogna tuttavia concludere per la completa irrilevanza delle norme a-statali ora citate.

Il giudice italiano, infatti, lungi dal considerare inefficace il richiamo dei Principi, dovrà considerarlo alla stregua di un richiamo contrattuale. Di conseguenza, occorrerà ricercare la legge applicabile e la si dovrà applicare ad una fattispecie caratterizzata dal recepimento contrattuale dei Principi Unidroit; un caso, dunque, di *materiellechtliche Verweisung* che, come tale, comporta il limite sia delle norme imperative della legge competente, sia quello delle norme di applicazione necessaria che risultano applicabili in base al sistema di d.i.pr. del foro.

In linea con i rilievi critici appena presentati, si collocano le ulteriori considerazioni effettuate da un'autrice francese. Secondo quest'ultima, non è chiaro il metodo di lavoro che ha condotto ai Principi Unidroit fermo restando che si tratta dell'opera di professori fatta propria dall'Istituto al di fuori di ogni negoziazione diplomatica. Si tratterebbe solamente di un esercizio di diritto comparato o al più di un'opera da inquadrare al più tra quelle dell'*International Law Association* e dell'*Institut de Droit International*. Si aggiunge altresì che, ammettendo la possibilità di impiegare gli stessi qualora "si dimostri impossibile individuare le regole pertinenti del diritto altrimenti applicabile", secondo quanto disposto dal loro Preambolo, si enuncia un principio assurdo per il giudice interno giacché in caso di mancato accertamento della legge straniera si applicherebbe la *lex fori* a titolo sussidiario.

Le critiche vibrare dalla dottrina appena richiamata si ricollegano al più vasto dibattito sulla esistenza e sull'efficacia della nuova *lex mercatoria*. Qui basti notare che i rilievi appena presentati valgono solo ponendosi nell'ottica del giudice interno. I medesimi rilievi vengono superati nell'ottica dell'arbitro internazionale e nella prassi più recente confermando la particolare valenza operativa della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit.

3. Sull'esistenza e la diffusione della nuova *lex mercatoria*.

Si è discusso e si continua a discutere moltissimo sulla nuova *lex mercatoria* e sui suoi caratteri per stabilire se sia "norma" essa stessa o fonte di norme, per

³⁵ In argomento v. MARRELLA F., *Funzioni ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in BOSCHERO N., *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, 15-65, ove riferimenti.

individuare il suo fondamento e la sua forza, per chiarire il meccanismo della sua creazione e per stabilirne le modalità di applicazione³⁶.

Nella letteratura giuridica più recente, si sono affermati al riguardo due approcci complementari ma distinti.

L'uno consiste nell'osservare la diffusione della *lex mercatoria* dal punto di vista del giudice interno allorché questi venga investito della cognizione di rapporti contrattuali atipici dal punto di vista della *lex fori*. Da questo punto di vista – che è quello civilistico – viene in considerazione l'autonomia privata interna e la possibilità per le parti di porre in essere contratti atipici rispondenti a modelli contrattuali internazionalmente uniformi.

L'altro approccio – che è quello internazionalistico – consiste nell'esaminare i contratti internazionali e stabilire se la nuova *lex mercatoria* espliciti la propria efficacia a titolo di diritto applicabile al contratto, ovvero in combinazione con una *lex causae* a carattere statale preventivamente individuata.

In ciascuna di queste determinazioni diviene cruciale la concezione del diritto dalla quale si muove ossia l'antica questione ontologica sul concetto di diritto, un dibattito mai sopito tra visioni giusnaturalistiche e positivistiche ossia tra quella "ideale del diritto (o legge) naturale e quella storica del diritto positivo, cioè positivamente vigente in un luogo e in un tempo determinati"³⁷. A quel dibattito si ricollega l'ulteriore dibattito tra la concezione monistica del diritto e quella del pluralismo degli ordinamenti giuridici non solo secondo un'ottica interna³⁸ ma anche internazionale³⁹.

³⁶ In argomento MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, 636 ss., ed in particolare le accurate e profonde riflessioni di BOSCHERO N., *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Società e dir.*, 2-3, 2005, 83-155. Cfr. da ultimo FRIGNANI A.-TORSSELLO M., *I contratti internazionali*, in *Tratt. Dir. comm. Galgano*, 2010, 24 ss.

³⁷ Cfr. FERRARI V., *Lineamenti di sociologia del diritto*, I, *Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, 1997, 152, ove puntuali riferimenti.

³⁸ Secondo la teoria monistica "in corrispondenza di un territorio e presso una popolazione esiste, per definizione soltanto un ordinamento giuridico, esclusivo di ogni altro, se non per quelle parti che esplicitamente o implicitamente esso recepisce in sé", secondo la visione pluralistica invece "esistono e si intersecano su un medesimo territorio ed, eventualmente, presso la medesima popolazione, più ordinamenti giuridici, che possono anche essere, in tutto o in parte, mutuamente repulsivi" (FERRARI V., *Lineamenti di sociologia del diritto*, I, *Azione giuridica e sistema normativo*, 235). La «concezione monistica del diritto – avvisa Vincenzo Ferrai – ha dominato la cultura giuridica per almeno tre secoli, a partire dall'affermazione dello Stato moderno, in particolare lo Stato nazionale, come entità politica sovrana, tanto al proprio interno, quanto nei rapporti esterni. Metaforicamente parlando, questa concezione rappresenta il mondo come se fosse un'immensa area suddivisa in tanti appezzamenti di terreno, delimitati l'uno dall'altro secondo confini netti, indiscutibili e indicativi con chiarezza, nella loro fisicità, anche dell'apparenza di ciascun singolo abitante».

³⁹ V. *inter alios*, ARANGIO-RUIZ G., *Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law*, in *Rev. dir. intern.*, 2003, 909-999. Cfr. voce "Pluralisme juridique" in SALMON J. (a cura di), *Dictionnaire de droit international*, Paris-Bruxelles, 838-839, ove si osserva, *inter alia*, che «la conception de pluralisme juridique doit être détachée du clivage entre monisme et dualisme».

Così, coloro i quali muovono da un'impostazione dogmatica volta ad identificare il diritto con le norme poste dallo Stato sono – a volte inconsciamente – portati ad attribuire valore alla nuova *lex mercatoria* solo se vi sia una norma statale che la riconosca, onde il fondamento della sua efficacia viene ricondotto, in modo immediato o mediato, alla volontà dello Stato.

Tale impostazione culmina nella teoria dell'esclusivismo giuridico, teoria che fu descritta da Ago, all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, con queste parole suggestive: «[l']ordre juridique est exclusif dans le sens qu'il exclut le caractère juridique de ce qui ne rentre pas en lui-même»⁴⁰.

Seguendo tale impostazione, la dottrina internazionale-privatistica tradizionale ha dedotto che le norme di conflitto concernono esclusivamente un conflitto tra leggi statali risolvendo per questa via il problema della eventuale rilevanza di norme di produzione non statale. In base al suddetto approccio, tuttora dominante, la tecnica conflittualistica conduce alla localizzazione di un rapporto transnazionale nell'ambito di un ordinamento statale dato: una volta individuato l'ordinamento statale competente, sarà dunque quell'ordinamento a stabilire l'eventuale rilevanza della *lex mercatoria* la cui efficacia dipenderà, in definitiva, dalla tolleranza di ciascuno Stato cui spetterà ogni valutazione in termini di giuridicità/a-giuridicità, nonché di rilevanza/irilevanza⁴¹.

Invece, per coloro i quali possiedono una visione più ampia del diritto e ne ammettono la possibilità di una formazione spontanea, la nuova *lex mercatoria* possiede il carattere di fonte originaria, espressione e momento normativo della *business community* entro cui si svolge il commercio internazionale⁴². E, a ben

Celui-ci caractérise les conceptions de relations existant entre le droit international et les droits nationaux, soit entre deux types distinctes de sociétés, le pluralisme s'envisageant par définition au sein d'une société donnée soit nationale, soit internationale. A l'échelle internationale, un dualiste, qui considérera qu'il existe autant de droits que de sociétés ne sera dès lors pas nécessairement pluraliste». Avvisano al riguardo Giuliano SCOVAZZI M.-TREVES T., in TREVES T. (a cura di), *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 649) che «l'affermazione della reciproca separazione dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti nazionali non porta necessariamente con sé che, al di fuori di tali ordinamenti, non vi possano essere fenomeni giuridici di cui tenere conto. Non è invece possibile escludere l'eventualità che si affermino al di là del controllo sia dell'ordinamento internazionale che degli ordinamenti statali, degli ordinamenti giuridici separati ed autonomi sia rispetto al diritto internazionale che rispetto ai diritti interni degli Stati». Quale esempio di siffatti ordinamenti viene indicato l'ordinamento interno delle organizzazioni intergovernative e, con molta cautela, anche quello della *lex mercatoria*.

⁴⁰ AGO R., *Règles générales des conflits de lois*, in RCADI, 1936/IV, 302.

⁴¹ Cfr. VIRALLY M., *Un tiers droit?*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1983, 385 e, da ultimo, RGAUX P., *D'un nouvel ordre économique à l'aube, in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, 689 ss.

⁴² La Chiesa, la stessa Comunità internazionale hanno prodotto un loro diritto originario al di fuori di ogni potere conferito dallo Stato e talora in contrasto con esso. Certo, si dirà, lo Stato può attribuire a siffatte norme una limitata efficacia entro il proprio ordinamento per mezzo di vari

guardare, non sono il comportamento individuale degli operatori o il singolo fatto posto in essere che hanno di per sé carattere normativo. La loro rilevanza sul piano del diritto, cioè la loro idoneità a produrre effetti giuridici, non dipende tanto dalla forza che quei comportamenti avrebbero in sé, ma dal loro realizzarsi in modo ripetitivo e diffuso nella *business community*. Cioè, il fulcro della *lex mercatoria* non è nei comportamenti isolatamente considerati, ma nel loro essere accompagnati dall'atteggiamento di approvazione o disapprovazione che assume la *business community* rispetto ai comportamenti stessi. Pertanto la normatività della *lex mercatoria* e dei suoi singoli elementi costitutivi – modelli contrattuali internazionalmente uniformi, usi del commercio internazionale, principi generali di diritto e codici di condotta – non è tanto una qualità intrinseca ai singoli elementi quanto un carattere che va rapportato al contesto in cui si realizzano e cui sono connessi.

Se, dunque, la teoria del pluralismo giuridico, a cui aderiamo, conduce senz'altro a considerare la *lex mercatoria* alla stregua di un ordinamento giuridico originario, comune, universale e transnazionale, organizzato su base non accentrata⁴³, la dottrina positivista critica, invece, confrontando l'ordinamento della *lex mercatoria* con quello statale ha tentato di sgretolarne i suoi elementi costitutivi formulando le seguenti obiezioni principali: a) non è possibile individuare i soggetti appartenenti alla *societas mercatorum*; b) manca un'autorità centrale in grado di esercitare un potere sovrano; c) qualora vi fosse un ordinamento giuridico risulterebbe carente di contenuto; d) non si rilevano sanzioni proprie a tale ordinamento⁴⁴.

Abbiamo già avuto modo di esprimere più di qualche perplessità su questa operazione intellettuale poiché, affannandosi a cercare lo Stato ove non c'è, quella dottrina ha operato una comparazione tra due ordinamenti poco o

procedimenti che si estendono dal semplice riconoscimento, al rinvio formale, alla recezione, all'approvazione. Ciò però non significa che, quando manchi questa ulteriore valorizzazione, le norme ascrivibili a complessi normativi esterni all'ordinamento statale non abbiano quel carattere di giuridicità sia pure con i mezzi e con gli effetti che sono loro propri. Pertanto, attraverso quella valorizzazione non si tramuta una norma da metagiuridica in giuridica bensì lo Stato aggiunge alla efficacia intrinseca propria del diritto di tali ordinamenti un'ulteriore efficacia che è propria delle sue norme per conseguire gli effetti che sono propri a queste ultime. In questa prospettiva va dunque notato che l'ordinamento della *business community* non abbisogna sempre e comunque del braccio secolare dei singoli Stati; piuttosto – come si vedrà più oltre in tema di sanzioni –, se ne serve, quale *ultima ratio*, per raggiungere i propri scopi. Con riferimento all'ordinamento sportivo cfr. CARBONE S.M., *I caratteri privatistico-internazionalistici del diritto sportivo: in particolare il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, in *Dir. comm. intern.*, 2004, 619 ss.

⁴³ Per queste ed altre considerazioni di teoria generale del diritto v. MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Dir. comm. Gagliata*, 2003.

⁴⁴ V. per tutti LAGARDE P., *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Études offertes à Berthold Goldman*, 125 ss.

affatto omogenei arrivando a concludere che non c'è un ordinamento giuridico giacché nella *lex mercatoria* non si ritrovano i caratteri dell'ordinamento statale. La tautologia contenuta in quel ragionamento è dunque evidente *in oculis* e la sua assurdità è dimostrata dal fatto che, se sviluppata ulteriormente, quella stessa impostazione porterebbe a negare la qualità di ordinamento giuridico anche allo stesso ordinamento giuridico internazionale.

Com'è stato invece esattamente rilevato da Sousa Santos, «quello di "pluralismo giuridico" è il concetto-chiave in una visione post-moderna del diritto. Non il pluralismo giuridico della antropologia giuridica tradizionale, nel quale i diversi ordinamenti giuridici sono concepiti come entità separate coesistenti nello stesso spazio politico, ma piuttosto la concezione di diversi spazi giuridici sovrapposti, interpenetrati e mescolati nelle nostre menti [...] Viviamo in un tempo di giuridicità porosa o di porosità giuridica delle reti multiple degli ordinamenti giuridici, il che ci conduce a transizioni e sconfinamenti continui. La nostra vita giuridica è costituita da un'intersezione di ordinamenti giuridici differenti, cioè dalla *interlegality*»⁴⁵.

Se così è occorre muovere dall'assunto che l'ordinamento statale è solo uno degli ordinamenti possibili per regolare degli interessi di ordine collettivo e che, in particolare, oltre al modello dell'ordinamento statale può essere preso in considerazione, *inter alia*, quello dell'ordinamento internazionale⁴⁶. Così, Alain Pellet, già presidente della Commissione di diritto internazionale dell'ONU, sulla scia di un isolato quanto premonitore scritto di Virally⁴⁷, ha preso, in tempi recentissimi, le distanze dal coro dei critici contro la *lex mercatoria* fra i quali egli stesso aveva militato, rilevando – attraverso delle *remarques* tutt'altro che "ingenue" – che qualora, sia pure per ipotesi, si ammettesse l'esistenza di un ordinamento mercatico, tale ordinamento non assomiglierebbe a quello interno bensì presenterebbe caratteri di marcata affinità con quello internazionale⁴⁸.

Confrontando la *lex mercatoria* con l'ordinamento interstatale emerge che, a differenza di quanto si osserva nel diritto statale interno, in entrambi i casi ci si trova dinanzi a norme sprovviste del carattere della territorialità. Inoltre,

⁴⁵ DE SOUSA SANTOS B.-DA TEUBNER G., *Il diritto come sistema autopoietico*, ed. it. FEBBRAJO A.-PENNISI C. (a cura di), Milano, 1996, 153. V. altresì DE SOUSA SANTOS B., *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Società e dir.*, 1990, 28 ss.

⁴⁶ Illustranti al riguardo restano i lineamenti di teoria generale del diritto tracciati, sia pure con accenti diversi, da SANTI R., *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, 1946; PERASSI T., *Lezioni di diritto internazionale*, I, 4^a rist., 1955, 37 ss.; PERASSI T., *Introduzione alle scienze giuridiche*, 3^a rist., Padova, 1967; ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale nonché Certeza del diritto ed autonomia delle parti*, in ASCARELLI T., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, rispettivamente 69 ss. e 113 ss.

⁴⁷ VIRALLY M., *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, 384 ss.

⁴⁸ PELLET A., *La lex mercatoria, "tiers ordre juridique"? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public*, in *Mélanges Ph. Kahn*, 54-74.

mandando in entrambi gli ordinamenti – a differenza che nell'ordinamento interno – un potere sovraordinato, si tratta di diritto spontaneo. La distinzione tra diritto internazionale generale cioè applicabile a tutti gli Stati e particolare, ovvero applicabile ad una cerchia ristretta di soggetti⁴⁹, appare valida anche nel contesto della *lex mercatoria*. Nell'ambito di quest'ultima, a norme di carattere generale si affiancano norme speciali sia per la materia trattata che rispetto ai soggetti cui essa è applicabile.

E' altresì pacifico che il diritto internazionale generale si compone di norme consuetudinarie; analogamente, l'uso del commercio internazionale può considerarsi la componente più generale della *lex mercatoria*. Di più, la definizione della consuetudine internazionale e quella dell'uso presentano affinità indiscutibili: dalla nozione di uso del diritto interno viene raffinata *mutatis mutandis* la nozione di consuetudine internazionale; la nozione di consuetudine internazionale⁵⁰ appare idonea, *mutatis mutandis*, a fornire gli elementi essenziali della nozione di uso del commercio internazionale.

Certo, si rileva sempre nel diritto internazionale pubblico, esistono consuetudini particolari, tuttavia «le tipiche norme di diritto internazionale sono quelle poste da accordi (o parti, o convenzioni, o trattati) internazionali e che vincolano solo gli Stati contraenti»⁵¹. Ma dal canto degli studiosi del diritto del commercio internazionale si rileva unanimemente la centralità del contratto transazionale, se ne esalta il ruolo di strumento essenziale della circolazione della ricchezza e lo si colloca tra le componenti della *lex mercatoria*⁵².

Nel diritto internazionale-interstatale si osserva che oltre alle consuetudini ed agli accordi internazionali si trovano i procedimenti previsti da accordi, fonti di diritto internazionale particolare, definite alla stregua delle fonti di terzo grado. Trattasi, in altre parole, degli atti delle organizzazioni intergover-

⁴⁹ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 6^a ed., Napoli, 2002, 5.

⁵⁰ In argomento, tra una letteratura vastissima, cfr. ARANGIO-RUIZ G., *Consuetudine internazionale*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988.

⁵¹ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 6; GIULIANO M.-SCOVAZZI T.-TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, 221, ove riferimenti.

⁵² Con riferimento all'ordinamento interstatale, Conforti (CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2002) osserva che «la norma internazionale *pacta sunt servanda* ha natura consuetudinaria così come ha natura legislativa o comunque statale la norma secondo cui il contratto "fa legge fra le parti"». Posto che l'accordo internazionale risulta subordinato alla consuetudine, sviluppando la tesi di Conforti nell'ordinamento della *lex mercatoria* ne segue che il contratto transazionale soggetto alla *lex mercatoria* risulta subordinato agli usi del commercio internazionale. Inoltre, «il fatto che gli accordi internazionali [...] sono molto più numerosi delle consuetudini dimostra che la comunità internazionale già nelle norme giuridiche, già nella produzione di esse, ha particolarità del tutto diverse dalle comunità statali. In altre parole, proprio il fatto che il diritto generale sia estremamente povero e che quasi tutti i rapporti siano regolati da convenzioni dà l'idea di una comunità abbastanza... anarchica». In argomento cfr. LAUTERPACHT H., *Private law sources and analogies of International Law*, London, 1927.

native, atti che possono avere natura vincolante o meramente esortativa. Oltre, anche dal punto di vista della *lex mercatoria*, si possono evidenziare dei fenomeni simili: gli operatori danno vita a forme peculiari di aggregazione in seno ad organizzazioni internazionali non governative le quali possono avere vocazione generale (ad esempio, la CCI) o settoriale (ad esempio, la IATA) dotandole per statuto di determinati poteri. Questi possono avere per oggetto la redazione di contratti-tipo, l'emanazione di raccomandazioni, la compilazione degli usi del commercio internazionale, la predisposizione di eventuali meccanismi di soluzione delle controversie tra membri.

Inoltre, la funzione di accertamento giurisdizionale del diritto internazionale consente di accentuare un'ulteriore affinità tra l'ordinamento interstatuale e quello della *lex mercatoria*.

Nell'ambito della comunità interstatuale, ci si accorda a rilevare che la funzione di accertamento giurisdizionale del diritto «è in prevalenza una funzione di carattere arbitrale»⁵³. Di più, si nota che, mentre nell'ordinamento statale interno il ricorso all'arbitrato è, ancor oggi, un fatto eccezionale, nel diritto internazionale esso costituisce la regola. La stessa considerazione vale anche nel diritto del commercio internazionale ove si stima che l'80% dei contratti transnazionali sia munito di una clausola compromissoria⁵⁴. L'impiego dell'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie transnazionali è però un fatto notorio, a tal punto che la *lex mercatoria* vive proprio nella (e della) giurisprudenza arbitrale.

Infine, con riferimento ai mezzi di esecuzione coattiva, si evidenzia la diversità tra l'ordinamento interstatuale e quello interno riconoscendo così una diversità strutturale tra sanzioni dell'uno e dell'altro ordinamento⁵⁵. Ma anche dal punto di vista della *lex mercatoria*, come si vedrà più oltre, si possono evidenziare sanzioni proprie all'ordinamento medesimo (*market based sanctions*): sanzioni che, al pari di quanto osservato nel diritto interstatuale, possono ricondursi alle figure generali dell'autotutela individuale e collettiva.

In conclusione, sembra evidente che si è in presenza non di una semplice manifestazione di autonomia privata (come ritengono i critici della *lex mercatoria* che la osservano solo dal punto di vista del diritto statale) bensì di un ordinamento giuridico ogni volta che quella manifestazione viene ripetuta da

⁵³ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 7.

⁵⁴ Non esistono in realtà valori certi sulla esatta percentuale di contratti internazionali contenenti clausole compromissorie. Secondo BERNINI G. «non esiste contratto, pur di modesta importanza, che non contenga una clausola compromissoria» (BERNINI G., *L'arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna, 1993, 34), mentre, secondo Fouchard Ph. (FOUCHARD Ph., *Appunti delle lezioni di DEA*, 1998, inedito), l'80% dei contratti internazionali risulta munito di accordo arbitrale; cfr. altresì BERNARDINI P., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, 1 ss.

⁵⁵ In argomento cfr., tra una letteratura vastissima, PICCHIO FORLATI L., *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova, 1974.

tutti i componenti di un corpo sociale esteso su uno spazio transnazionale e per tutti gli affari la cui trattazione costituisce lo scopo e la ragion d'essere di tale *business community*. Da questo punto di vista, dunque, i contratti-tipo, gli usi del commercio internazionale, i principi generali di diritto ed i codici di condotta collettivi⁵⁶ sono elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico originario della nuova *lex mercatoria*. Un segno indelebile — una sorta di punta dell'*iceberg* — del passaggio dal livello delle mere manifestazioni di autonomia privata ad un ordinamento giuridico a-statale lo si coglie allorché venga costituito dagli operatori economici un ente associativo destinato ad esercitare un'autorità tecnica sugli operatori medesimi. Quell'ente, infatti, come avviene presso la CCI, codifica gli elementi costitutivi della *lex mercatoria* sviluppando altresì le forme giurisdizionali (i.e. arbitrato e *ADR methods*) in cui quegli elementi sono destinati ad essere applicati.

L'impiego nella contrattazione di contratti-tipo predisposti dall'ente cui le parti fanno riferimento non significa solamente sostituire una manifestazione di volontà individuale alle norme dispositive della legge applicabile. In realtà, com'era stato esattamente rilevato da Cesarini Sforza, «è un'altra legge che si sostituisce a quella statale, e che, rispetto ai suoi destinatari, ha anch'essa, in parte, un valore semplicemente dispositivo, ma in parte anche un valore tassativo [...] il sostituire un regolamento personale a quello stabilito dall'associazione equivale praticamente a considerarsi fuori dall'associazione stessa, vale a dire comportarsi in conformità di un altro e diverso ordinamento, che è naturalmente, quello statale»⁵⁷.

3.1. La realtà.

Che la nuova *lex mercatoria* sia una realtà e non solo un fantasma accademico⁵⁸ non è solo la constatazione degli specialisti del diritto del commercio internazionale, bensì anche quella dei vari giudici statali — incluse quelle italiane — ed internazionali, che hanno dovuto cimentarsi con essa⁵⁹.

⁵⁶ La nozione di codice di condotta "collettivo" si trova in MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, 237 ss.

⁵⁷ CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, 94 ss. e, con riferimento all'antico *ius mercatorum*, v. BERMAN H., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, tr. it., Bologna, 1998, 321 ss., secondo il quale (323) «il diritto del commercio [...] regolava una classe speciale di persone (mercanti) in luoghi particolari (fiere, mercati e porti commerciali) [...] Si trattava di un diritto separato da quello ecclesiastico, feudale, signorile, cittadino e regio, sebbene avesse legami particolarmente forti con il diritto cittadino ed ecclesiastico».

⁵⁸ Cfr., ad esempio, RENSCHMANN T., *Autonational Arbitral Awards. Legal Phenomenon or Academic Phantom?*, in *Journal of International Arbitration*, 1998, 37 ss.

⁵⁹ Cfr. MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, 519 ss., ove riferimenti alla giurisprudenza arbitrale ed a quella straniera

Certo, sarebbe vano cercare riferimenti alla *lex mercatoria* nella giurisprudenza che ha fatto applicazione della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Nelle materie rientranti nel proprio ambito di applicazione⁶⁰, la convenzione di Roma, infatti, fissa il principio di autonomia contrattuale all'art. 3, principio che esprime tutto il proprio vigore nell'ambito dei contratti *business to business*. In base ad esso «il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti», con ciò intendendosi che la libertà di scelta della *lex contractus*, ad opera dei contraenti, può investire qualunque ordinamento statale (persino di uno Stato non contraente ai sensi dell'art. 2), e a cui la fattispecie non risulti oggettivamente collegata, fatto salvo il correttivo a scopo «antielusivo» (ed operante a favore delle norme imperative) di cui al § 3⁶¹. Tuttavia, l'eventuale elezione della *lex mercatoria* viene ricondotta, secondo l'interpretazione prevalente, alla fattispecie dell'assenza di scelta della legge applicabile, ai sensi dell'art. 4 della convenzione medesima⁶². Ciò in quanto il silenzio della convenzione di Roma in merito a questioni di fonda-

(francese, belga, austriaca, tedesca, olandese, britannica, statunitense ed australiana). V. altresì BRUNETTI M., *The Lex Mercatoria in Practice: the Experience of the Iran-US Claims Tribunal*, in *Arbitration International*, 2002, 355 ss.

⁶⁰ La convenzione di Roma del 1980 esclude, tuttavia, dal proprio ambito di applicazione *a)* le questioni di stato e di capacità delle persone fisiche; *b)* la materia delle obbligazioni contrattuali relative a testamenti e successioni, regimi matrimoniali ed altri rapporti familiari; *c)* la materia delle obbligazioni relative a strumenti negoziabili (cambiali, assegni, vaglia cambiari...); *d)* delle convenzioni d'arbitrato e d'elezione del foro competente; *e)* le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche; *f)* la questione di stabilire se l'atto compiuto da un intermediario valga ad obbligare di fronte ai terzi la persona per conto della quale ha affermato di agire (e, analogamente, della questione di stabilire se l'atto compiuto da un organo di una società, associazione o persona giuridica valga ad obbligare di fronte ai terzi l'ente medesimo); *g)* le questioni relative alla costituzione ed organizzazione di *trusts*; *h)* le materie attinenti alla prova ed alla procedura; *i)* i contratti d'assicurazione per la copertura di rischi localizzati nei territori degli Stati membri, ferma restando l'applicazione della convenzione ai contratti di riassicurazione.

⁶¹ Una soluzione analoga è contenuta all'art. 1 della convenzione dell'Aja del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale (non ancora in vigore per l'Italia): «La présente Convention détermine la loi applicable aux contrats de vente de marchandises: *a)* lorsque les parties ont leur établissement dans des États différents; *b)* dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents États, à moins qu'un tel conflit ne résulte de leur choix par les parties de la loi applicable, même associée à la désignation d'un juge ou d'un arbitre». ⁶² V. in particolare GIARDINA A., in TREVES T. (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, 7 s.; CARBONE S.M.-LUZZATTO R., *Obbligazioni (diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; BROGGINI G., *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Foro pad.*, II, 1992, 31 ss.; SACERDOTI G., *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, in SACERDOTI G.-FRIGO M. (a cura di), 2^a ed., Milano, 1994, 14; VILLANI U., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, 80 ss.; BOSCHERO N., *Obbligazioni contrattuali (d.i.pr.)*, in *Enc. dir.*, IV agg., 2000, 804 ss. Cfr. BAXTER I., *International Business and Choice of Law*, in *ICLQ*, 1987, 92 ss.

mentale importanza per il commercio internazionale va considerato senz'altro equivalente al rigetto da parte dei redattori delle soluzioni facenti riferimento a sistemi normativi non statuali in senso lato. In base ai principi ispiratori della convenzione di Roma del 1980, la volontà delle parti opera infatti solo come criterio di collegamento ad ordinamenti statali, nel senso che i limiti segnati dalle norme di conflitto prevedono solo che l'ordinamento straniero richiamato contenga un sistema di diritto privato e possieda il requisito della statualità⁶³.

Un migliore assetto normativo rispetto alla *usata questio* della *lex mercatoria* avrebbe potuto essere raggiunto in occasione del varo del Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ma ciò non è avvenuto⁶⁴.

Ad ogni modo, il riferimento a regole a-nazionali non è stato soppresso dalla penna di qualche professore, bensì dalla Commissione giuridica del Parlamento Europeo durante la procedura di codicisione comunitaria. Il 29 novembre 2007, infatti, la Commissione giuridica del Parlamento Europeo ha adottato una Risoluzione legislativa⁶⁵ con un testo emendato dell'art. 3, § 2, della predetta proposta della Commissione ove ogni riferimento a regole di diritto a-statale è stato soppresso⁶⁶. In conformità all'art. 251, § 2, del Trattato CE e della dichiarazione comune sulle modalità pratiche della procedura di codicisione, a seguito di una serie di contatti informali tra il Consiglio, il Parlamento Europeo e la Commissione, il 6 dicembre 2007 il Consiglio ha approvato la posizione del Parlamento e dunque il testo definitivo del Regolamento «Roma I» è stato varato nella versione emendata, salvo attendere la revisione linguistica nelle lingue ufficiali della Comunità giungendo alla finale adozione il 17 giugno 2008.

Al termine di tali vicende, il testo conclusivo del Regolamento Roma I ha finito col riprendere testualmente le corrispondenti norme, *in subiecta materia*, della Convenzione di Roma del 1980.

Ma se è vero che circa l'80% dei contratti internazionali è munito di

⁶³ Cfr. tuttavia il *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima* del 14 gennaio 2003 [COM (2002)], ove si evidenzia che «in materia di commercio internazionale, sempre più spesso le parti fanno riferimento, non già alla legge di questo o quello Stato, ma direttamente alle norme di una convenzione internazionale come la convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di merci, alle consuetudini invalsi nel commercio internazionale, ai principi generali del diritto, alla *lex mercatoria* o ancora a codici privati recenti come i Principi UNIDROIT relativi ai contratti del commercio internazionale». ⁶⁴ Si rinvia a MARRELLA F., *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, 15-65.

⁶⁵ Doc. COM (2007) 0650 - CG-0441/2005-2005/0261 (COD).

⁶⁶ Cfr. la Relazione della commissione giuridica al Parlamento Europeo (AG-0450/2007) ove il punto in discussione corrisponde al quarantaduesimo emendamento proposto, un emendamento che, a differenza di altri, si trova perfino privo di motivazione.

clausola arbitrale, è vero altresì che il più accurato strumento di lettura della nuova *lex mercatoria*, come del resto dei fenomeni di mondializzazione del diritto, è la giurisprudenza arbitrale, non quella statale. E siccome l'arbitro non ha l'obbligo di applicare le stesse norme di conflitto cui soggiace il giudice statale del luogo in cui l'arbitrato ha sede⁶⁷, grazie alla recente ondata di riforme legislative ed alle modifiche introdotte nei principali regolamenti di arbitrato amministrato del mondo, la designazione della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit è lungi dall'essere un'eresia giuridica. Qualora si volesse stabilire l'incidenza globale della nuova *lex mercatoria*, anche solo limitatamente ai lodi arbitrali CCI, si potrebbe studiare ogni singola componente della stessa (ad esempio, principi generali di diritto, usi del commercio internazionale, ecc.) e i lodi che di ciascuna componente hanno fatto applicazione, attività questa che porterebbe a stimare molti lodi arbitrali⁶⁸.

Senonché, a volte una delle parti decide di opporsi all'arbitrato sviluppando un contenzioso per o post-arbitrale ed allora si apre uno spazio in cui il giudice statale può pronunciarsi, anche *obiter*, sulla *lex mercatoria*. Ebbene, fino ad oggi ci sembra che i giudici nazionali si siano astenuti da dibattiti ontologici come quelli cui si è in precedenza accennato, prendendo atto dell'esistenza e della rilevanza della *lex mercatoria* a vario titolo.

3.2. L'applicazione della *lex mercatoria* ad opera dell'arbitro internazionale.

La questione del diritto applicabile al contratto internazionale, nel contesto arbitrale, è stata a lungo dibattuta dalla dottrina di diritto internazionale privato specializzata nell'arbitrato commerciale internazionale.

Appare ormai superato il dogma del collegamento territoriale assoluto della sede arbitrale in base al quale l'arbitro, per determinare la *lex contractus*, doveva applicare le norme di conflitto appartenenti alla *lex situs arbitri*. Al contrario prevale, oggi, l'opposto principio secondo il quale l'arbitro internazionale, a differenza del giudice statale del luogo in cui viene posta la sede dell'arbitrato, non è obbligato ad applicare le norme di conflitto di quel foro.

Se è vero il brocardo secondo il quale «inter mercatores non convenit de iuris apicibus disputare, sed de mera veritate et consuetudine mercantiae», è altrettanto vero che, per l'arbitro internazionale si presentano problematiche di diritto internazionale privato parzialmente diverse e più complesse rispetto a quelle affrontate dal giudice interno.

⁶⁷ Il giudice arbitrale, infatti, non è emanazione dell'autorità dello Stato in cui l'arbitrato ha sede.

⁶⁸ È l'elemento che consente ai fautori della *lex mercatoria* di affermare con vigore il ruolo fondamentale assunto dalla stessa nell'arbitrato commerciale internazionale, cfr. CRAIG L. PARK W., PAULSSON J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., New York, 2000, 639 ss.

L'arbitro internazionale realizza, *ex natura rerum*, una forma particolare di giustizia conflittualistica, a volte denominata *giustizia multistatale*, ove la determinazione del diritto applicabile deve portare a soluzioni che siano in linea con regole e principi generali di diritto enjoying wide international consensus⁶⁹.

Nel quadro di un arbitrato amministrato sarà, il più delle volte, il regolamento arbitrale ad indicare all'arbitro le norme di conflitto da seguire.

Così, ad esempio, nel contesto dell'arbitrato amministrato dalla CCI, l'art. 17 del relativo regolamento contiene apposite norme che consentono sia alle parti di scegliere la *lex mercatoria* e/o i Principi Unidroit alla stregua del diritto applicabile alla sostanza contrattuale, sia agli arbitri, qualora detta scelta risulti assente, di pervenire all'applicazione delle predette norme di origine a-statale, senza passare attraverso la mediazione di alcuna regola di conflitto statale.

Pertanto, in sede arbitrale internazionale, la *lex mercatoria* ed i Principi Unidroit hanno ricevuto applicazione come *lex contractus*, come strumento di interpretazione e di integrazione della legge applicabile ed infine, come strumento di interpretazione e di integrazione di Convenzioni internazionali di diritto uniforme⁷⁰.

In alcuni casi si è avuta una scelta espressa della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit quale *lex contractus* ad opera delle parti ma, nella maggior parte dei casi, l'applicazione di tali norme di diritto a-statale è avvenuta su iniziativa degli arbitri.

Così, ad esempio, nel lodo CCI n° 875 del 2000, gli arbitri hanno deciso una controversia sull'interpretazione di un accordo di licenza esclusiva tra due società, una con sede in Europa Occidentale, l'altra con sede in uno Stato dell'Asia. La parte attrice, a cui il contratto concedeva il diritto di vendere in esclusiva i prodotti della convenuta in Europa, sosteneva che quest'ultima aveva concluso un accordo separato con una terza società, contravvenendo all'esclusiva pattuita. Poiché il contratto non conteneva clausole di *electio iuris*, gli arbitri decidevano tale questione tramite un lodo parziale. Impiegando il c.d. metodo oggettivo, gli arbitri tentarono di individuare l'ordinamento statale con cui il rapporto controverso era più strettamente collegato, ma senza successo. Non avendo conseguito alcun risultato significativo, il collegio arbitrale

⁶⁹ V., ad esempio, GRIGERA NAON H.A., *Choice-of-law problems in international commercial arbitration*, in *RCADI*, 2001, t. 289, 9 ss.; SCHLESINGER R.B.-GÜNDISCH HERBERT J., *I principi generali del diritto come norme oggettive nei procedimenti arbitrali. Un contributo alla teoria della denazionalizzazione dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 311-355.

⁷⁰ Oltre a MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria*, PRYLES M., *Application of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, in http://www.arbitration-icca.org/media/10/12223880/790810/application_of_the_lex_mercatoria.pdf (consultato il 9 dicembre 2010).

trale concludeva in favore dell'«inadeguatezza della scelta di un sistema giuridico nazionale per reggere una fattispecie di questo tipo». Ciò in quanto sia la fabbricazione che la vendita dei prodotti avveniva nelle diverse regioni del mondo e non era localizzabile in un unico ordinamento statale. Poiché la scelta di Bruxelles come *situs arbitri* non conduceva *ipso facto* all'applicazione della legge belga (e tantomeno del d.i.pr. belga), il collegio arbitrale constatava che l'unica via possibile per risolvere la controversia era quella di ricorrere alla *lex mercatoria*, definita alla stregua di un «insieme di regole ed usi del commercio internazionale promananti dagli operatori economici, dalla giurisprudenza arbitrale e da organismi internazionali come Unidroit».

Nell'ambito della casistica concernente le applicazioni della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit come strumento di interpretazione o di integrazione del diritto statale si assiste, più di frequente, ad applicazioni (non previste dal preambolo dei Principi Unidroit) sviluppate dalla pratica arbitrale con l'obiettivo di confermare delle soluzioni fondate sul diritto statale. Ciò al fine di conferire uno *status* transnazionale all'applicazione del diritto interno.

Infine, un'ulteriore categoria di applicazioni della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit consiste nell'impiegare tali norme al fine di risolvere dei dubbi interpretativi o di colmare eventuali lacune all'interno di Convenzioni inter-governative di diritto uniforme. Applicazioni in questo senso si sono registrate relativamente all'interpretazione della CVIM.

3.3. La posizione del giudice statale dinanzi alla *lex mercatoria*.

Nella giurisprudenza italiana, la prima sezione della Cassazione civile, con sentenza dell'8 febbraio 1982, nel caso *Ditta Fratelli Damiano SNC c. Ditta August Topfer & Co GmbH*, ha esaminato la natura della *lex mercatoria* svolgendo alcune considerazioni su cui occorre soffermarsi brevemente⁷¹.

I cenni di fatto erano i seguenti: la Ditta August Topfer, con sede ad Amburgo, concludeva con la Fratelli Damiano s.n.c., con sede in Capo d'Orlando, un contratto di somministrazione di quattromila tonnellate di zucchero in sacchi, con consegne ripartite nell'ultimo trimestre del 1975 e nel primo trimestre 1976. La società Flli Damiano, acquirente, interrompeva l'esecuzione del contratto ed a causa di tale inadempimento, la società tedesca vendeva in perdita lo zucchero a terzi ed iniziava il procedimento arbitrale nei confronti del primo compratore. Il Consiglio della RSA, in data 18 agosto 1976, pronunciava a Londra un lodo arbitrale conformemente al regolamento RSA

⁷¹ Cass. 8 febbraio 1982, n. 122, *Ditta Fratelli Damiano SNC c. Ditta August Topfer & Co GmbH*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2285; in *Riv. dir. intern.*, 1983, 470 ss.; in *Dir. merc.*, 1982, 644 ss.; in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1982, 829-838, con nota critica di Giardina A.

allora in vigore. Gli arbitri, attraverso un lodo non motivato ma conforme alla legge dello Stato della sede dell'arbitrato, accoglievano la domanda risarcitoria proposta dalla ditta tedesca e condannavano la società italiana al risarcimento dei danni⁷².

Una volta ottenuto il lodo *de quo*, la società tedesca, con atto di citazione del 24 aprile 1977, chiedeva alla Corte d'appello di Messina il riconoscimento e l'*exequatur* del lodo inglese in Italia in base alla Convenzione di New York del 10 giugno 1958, sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri. La società italiana si opponeva alla delibazione del lodo arbitrale eccependo, *inter alia*, la nullità del lodo per assoluto difetto di motivazione.

La Corte d'appello di Messina, rigettando le istanze della società italiana, riconosceva l'efficacia del lodo arbitrale della RSA nel territorio della Repubblica Italiana. La Corte osservava che il giudizio di delibazione in oggetto era regolato dalle norme della citata Convenzione di New York del 1958, la quale era stata resa esecutiva in Italia, nella Repubblica Federale Tedesca ed in Gran Bretagna. Inoltre, si faceva rilevare che, nel caso di specie, non risultavano applicabili le norme della Convenzione europea di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale, in quanto tale Convenzione era stata ratificata dall'Italia, dalla Repubblica Federale Tedesca ma non dalla Gran Bretagna, sede dell'arbitrato. Inoltre, con riferimento all'*Arbitration Act* inglese del 1950, si rilevava che la disciplina britannica dell'arbitrato non imponeva agli arbitri l'obbligo di motivazione.

Avverso tale sentenza, la Ditta Fratelli Damiano proponeva ricorso dinanzi alla Corte di cassazione⁷³. La Suprema Corte, con sentenza del 8 febbraio 1982, n. 722, accoglieva, tuttavia, la tesi dell'applicabilità della Convenzione di Ginevra del 1961, considerato che le parti erano cittadini di Stati che avevano ratificato la predetta Convenzione a prescindere dalla sua applicabilità nel *situs arbitri*. Muovendo da tale presupposto, il Supremo Collegio riteneva implicita, nella clausola compromissoria, la volontà delle parti di richiamare il contenuto della Convenzione di Ginevra con il conseguente obbligo degli arbitri ad osservarla.

Poste le premesse di cui sopra e facendo leva sull'applicazione ultronea di

⁷² Il danno ammontava a 304.000 marchi tedeschi, pari alla differenza tra il prezzo concordato dalle parti e quello di rivendita della merce aumentato degli interessi del 6,3-4% a decorrere dal 31 marzo 1976 fino alla data dell'effettivo pagamento.

⁷³ Per completezza giova ricordare che la Ditta Topfer resisteva in Cassazione proponendo ricorso incidentale condizionato in base ad un unico motivo. La Suprema Corte riuniti il ricorso principale ed incidentale proposti con la medesima sentenza (ex art. 335 c.p.c.), dichiarava inammissibile in via pregiudiziale il ricorso incidentale condizionato volto a far dichiarare l'imputabilità dell'operato del sig. Kleinfeld alla società Damiano, dato che il giudice di merito aveva accertato la ratifica dell'attività del rappresentante da parte della Damiano. La Topfer era già riuscita a far accertare tali fatti e, quindi, risultava priva di interesse ad impugnare.

una Convenzione internazionale per volontà implicita delle parti⁷⁴ la Suprema Corte esaminava la natura della *lex mercatoria* con queste parole:

«Nell'arbitrato mercantile... deve ritenersi che transazionale sia il diritto in cui l'arbitrato si colloca ed opera, prescindendo dalle leggi di singoli Stati, giacché il diritto "mercantile" si sperimenta nell'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 (prevalente fra di loro) che essi siano vincolanti.

Nella misura in cui si constata che quegli operatori – prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dall'ubicazione della loro attività in uno Stato – consentono su valori basilari inerenti al loro traffico, e, quindi, mostrano di nutrire (anche per una *affectio* dettata da motivi pratici) l'*opinio necessitatis*, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti notevoli, ma, *pro tempore*, determinati).

Per modo che il diritto "mercantile" sorge quando si forma e manifesta la convinzione di valori cogenti, e ciò in quanto i soggetti, che nutrono tale convinzione, vengono a coordinare le loro condotte in base a regole comuni integrando una *societas mercantile*.

Nella *societas* così individuata, ove manchino strutture organizzatorie ed enti esponenziali – il diritto si rievolve allo stato diffuso (c.d. "diritto diffuso"); mentre in presenza di strutture organizzatorie – le quali, per lo più, riguardano la risoluzione dei conflitti, e cioè la giustizia arbitrale – il diritto "mercantile", pur acquistando maggiore spessore, non muta la sua natura.

E – collocandosi nell'ambito del diritto mercantile (indipendentemente dal diritto degli Stati) l'arbitrato mercantile (estemporaneo o preorganizzato) – le norme che lo disciplinano devono ritenersi costituite da altrettanti valori receipti (con convinzione di cogenza) da parte dei soggetti della società mercantile.

Ed – imponendo la mancanza di sovranità della *societas mercantile* e la mancanza di potestà coattive delle sue strutture organizzatorie il ricorso alla forza cogente di ordinamenti sovranità e la necessità di realizzare l'attività con duplice rilevanza nell'ordinamento mercantile ed in quello statale – le strutture della società mercantile, e fra esse segnatamente gli organismi che preorganizzano e somministrano la giustizia arbitrale, hanno rilevanza sia sul piano della *lex mercatoria* degli operatori, sia nell'ordinamento in cui tali organismi sogliono radicarsi⁷⁵.

Di qui, la Suprema Corte rilevava – e tale rilievo è stato oggetto di severe critiche da parte della dottrina – che la Convenzione di Ginevra del 1961 costituiva, in larga parte, una codificazione della *lex mercatoria*. Poiché la Convenzione di Ginevra prevedeva l'obbligo di motivazione del lodo ed il lodo inglese risultava immotivato, la Cassazione negava il riconoscimento

⁷⁴ Aspetto evidenziato opportunamente da GIARDINA A., *I Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali*, Milano, 1997, 757 ss.

⁷⁵ V. retro, nt. 71, *Rev. dir. intern.*, 476.

per la contrarietà del lodo alla *lex mercatoria*, così come evidenziata dalla Convenzione di Ginevra, Convenzione che era stata violata dagli arbitri⁷⁶.

Orbene, di fronte a tale decisione (sentenza *F.lli Damiano I*), la società tedesca, decisa ad ottenere l'esecuzione del lodo, lo faceva dichiarare esecutivo in Gran Bretagna, attraverso un procedimento di *enforcement by action*, ai sensi della sezione 26 dell'*Arbitration Act* del 1950. Successivamente chiedeva la delibazione della relativa sentenza in Italia, avvalendosi della Convenzione italo-britannica del 7 febbraio 1964, resa esecutiva in Italia con legge 18 maggio 1973, n. 280, concernente il reciproco riconoscimento delle sentenze rese in materia civile e commerciale. Il giudice richiesto, la Corte d'appello di Messina, pronunciava una sentenza con cui dichiarava ammissibile la richiesta di delibazione e, nel contempo, disponeva il riesame del merito ai sensi dell'art. 798 c.p.c. Avverso tale decisione, la ditta italiana presentava ricorso in Cassazione sostenendo la non riconoscibilità della sentenza inglese. La Suprema Corte, attraverso la sentenza n. 2646 del 1991 (sentenza *F.lli Damiano II*), cassava la pronuncia del giudice messinese cristallizzando così la situazione determinatasi attraverso la prima sentenza⁷⁷.

⁷⁶ V. retro, nt. 71, *Rev. dir. intern.*, 476; «Differentemente la Convenzione europea di Ginevra del 1961, allontanandosi dalla vecchia logica degli Stati, si rifà all'esperienza dell'arbitrato mercantile e, con modernità di impianto, disconosce il principio del doppio aggancio dell'arbitrato allo Stato a quo ed a quello richiesto (non esigendo neppure il presupposto di una qualsiasi efficacia del *dictum* arbitrale nello Stato di origine, perché sede dell'arbitrato o per avergli somministrato le regole) ed, istituendo nuovi ed appositi organi arbitrali, stabilisce, attraverso la disciplina dei loro compiti, anche un regolamento dell'arbitrato, peraltro subalterno rispetto alla volontà dei litiganti. Per modo che, la Convenzione di Ginevra del 1961 – riferendosi all'arbitrato "mercantile" in ordine a liti soggettivamente internazionali – deve considerarsi implicitamente richiamata nelle istituzioni contrattuali, stipulate da operatori economici appartenenti a Stati ratificanti, che defluiscono ad istituzioni arbitrali permanenti (localizzate in Stati ratificanti o in altri Stati) la risoluzione di vertenze insorte riguardo a vicende commerciali disciplinate dalla *lex mercatoria* fra essi intervenute; e la sua incidenza effettuale nell'ambito di dette vertenze deve ritenersi operante indipendentemente dall'appartenenza del collegio arbitrale ad uno Stato che abbia ratificato la Convenzione».

⁷⁷ Cass. 13 marzo 1991, n. 2646, in *Rev. arbitrat.*, 1992, 61, con nota di VIGORITI V.; in *Rev. dir. intern. priv. proc.*, 1992, 353 ss.; in DI BLASE A.-GIARDINA A., *Diritto internazionale privato e procedura*, Milano, 1994, 486. La Corte era composta dal Dott. G. Scanzano (pres.), Favara F., Cantillo M., Grieco A., Olla G. La parte italiana era difesa dall'Avv. Tullio Trifilò, e successivamente, a causa della scomparsa di Nicolò, dall'Avv. E. Biamonti e Mirti della Valle. Secondo la Suprema Corte: «La parte tedesca era difesa dagli Avv. E. Biamonti e Mirti della Valle. Secondo la Suprema Corte: «La Corte di appello di Messina, nel richiamare tale decisione della Corte di cassazione, ha chiaramente confuso tra proponibilità – in astratto – di una domanda di delibazione avente ad oggetto una sentenza di *enforcement*, resa dalla High Court in esito alla procedura *by action* per dare esecuzione alla pronuncia arbitrale (proponibilità non discutibile nel caso in esame) e l'ammissibilità – in concreto – di detta domanda in un'ipotesi in cui la decisione della High Court poteva risultare, per il suo contenuto, in contrasto con uno dei requisiti indicati nell'art. 797 c.p.c. In particolare, la Corte di Messina – senza compiere quell'accertamento in punto di fatto, ad essa riservato in via

esclusiva - circa il contenuto del provvedimento in deliberazione, ha ritenuto che esso, sol perché reso in forma di sentenza, fosse per ciò stesso deliberabile in Italia; ed ha poi escluso il denunziato contrasto del lodo arbitrale con l'ordine pubblico interno italiano perché esso, nell'economia della decisione della High Court, non aveva una propria autonomia, in quanto (e qui ha ripetuto la medesima formula descrittiva usata nella sentenza n. 1273-79 di questa S.C. per quella diversa fattispecie) la decisione arbitrale era stata assunta soltanto come titolo per la condanna. Seunonché simile notazione aveva rilevanza al fine di escludere (per quella ipotesi, in cui come si è detto il lodo non era stato né dichiarato eseguibile in Gran Bretagna né delibato, *ex se*, in Italia) che la mancata sua autonomia deliberazione della sentenza della High Court emessa per dare esecuzione a quel lodo. Del tutto diversa era la situazione che si presentava al giudice della deliberazione nel caso di specie, poiché qui la pronuncia arbitrale aveva già formato oggetto di domanda di deliberazione in Italia e questa era stata rigettata con sentenza passata in giudicato. Avrebbe dovuto allora la Corte di Messina esaminare, nel concreto, il contenuto della sentenza della High Court of Justice e la portata decisionale della stessa rispetto alla pronuncia arbitrale adottata dal Consiglio dell'Associazione per lo zucchero raffinato di Londra, al fine di valutare se la High Court aveva emesso una pronuncia del tutto nuova ed autonomia rispetto al lodo e perciò indifferente al giudicato intervenuto, o se invece essa avesse riportato la pronuncia arbitrale quale presupposto dell'*enforcement*, al solo fine di renderla esecutiva in esito al procedimento concenzioso *by action*, meramente dichiarativo, previsto nell'ordinamento britannico in alternativa a quello *by summary summons* (che consiste in un mero *exequatur* apposto con decreto al lodo su istanza della parte interessata e senza contraddittorio) al fine di rendere incontestabile verso la controparte il diritto all'esecuzione. In particolare, poiché la sentenza dell'Alta Corte aveva pronunciato la condanna (relativamente alla somma di D.M. 304.000) "come da lodo" ed aveva poi aggiunto, su istanza della Topfer, a condanna anche agli interessi ulteriori su detta somma (variandone anche il tasso), occorreva valutare la (dedotta) autonomia del lodo non in astratto (applicando acriticamente la decisione n. 1273-79) ma in concreto e nell'ambito della decisione globale della High Court of Justice; considerando altresì che la domanda di deliberazione riguardava non il solo *novum* dell'anzidetta decisione (cioè la parte concernente gli interessi ulteriori, comunque correlati pur sempre alla somma liquidata dagli arbitri), ma l'intera condanna al pagamento di tutto quanto dovuto e liquidato prima con la pronuncia arbitrale e poi con la sentenza della Corte di giustizia di Londra. Avrebbe dovuto cioè il giudice della deliberazione vagliare il ruolo che la pronuncia arbitrale (sulla quale era intervenuto in Italia il giudicato sul contrasto con l'ordine pubblico, perché privo di motivazione) aveva avuto concretamente nell'economia della decisione di *enforcement*, tenuto conto del valore di questa, nel sistema giuridico britannico (ampiamente descritto nella sentenza n. 1273-1979 di questa Suprema Corte) e della natura delle questioni risolte nel giudizio di *enforcement* nel contraddittorio delle parti. In tale quadro la autonomia della sentenza della High Court rispetto alla pronuncia arbitrale (e quindi il valore di questa come pronuncia che, prima ancora della esecutività accordatale per il R.U., non aveva ottenuto la dichiarazione di efficacia in Italia), andava riguardata al fine di stabilire se la pronuncia degli arbitri poteva considerarsi del tutto sostituita dalla decisione della High Court, o invece in questa riprodotta come titolo della condanna, alla quale veniva apposta unicamente (dopo risolte le questioni eventualmente proposte in sede di esecuzione) la dichiarazione di esecutorietà (per il R.U.) di cui il lodo arbitrale era privo. Si trattava, in altri termini, di stabilire se, con riferimento al merito della controversia, la detta decisione costituiva una pronuncia meramente ricognitiva dell'esistenza e della validità del lodo, e finalizzata alla sua esecutività, o fosse invece il frutto di un'autonoma cognizione della High Court. E nell'ipotesi di persistente valore decisivo del lodo arbitrale - quale pronuncia definitiva e non esecutiva - la questione del giudicato che in Italia si era formato relativamente alla sua inefficacia nel nostro ordinamento nazionale, non poteva non ricevere una più attenta e motivata soluzione da parte della Corte territoriale. Tutte tali questioni, attenendo al contenuto del provvedimento della High Court in deliberazione, non possono che essere riservate al giudice del merito, secondo quanto si è sopra precisato. La sentenza impugnata - che non ha fornito motivazione sul punto - deve essere pertanto cassata, in accoglimento del ricorso principale, e la causa

Orbene, dalle vicende sopra riportate e con specifico riferimento alla prima sentenza della saga *Fratelli Damiano*, si osserva che, la Cassazione ha constatato, *inter alia*, quanto segue:

- l'esistenza di una *societas mercatorum*;
- l'esistenza di una *lex mercatoria* indipendente dal diritto degli Stati;
- l'oggetto della *lex mercatoria* è costituito da regole di condotta con contenuti sì mutevoli, però *pro tempore* determinati. Si tratta di un diritto vivente allo stato diffuso che si sperimenta nell'adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente;
- l'importanza dell'istituto dell'arbitrato "mercantile" che si colloca al centro del "diritto mercantile";
- la coattività della *lex mercatoria* che, nonostante la mancanza di sovranità della *societas mercantile*, nondimeno ricorre alla forza cogente degli ordinamenti sovrani.

Altri riferimenti minori alla *lex mercatoria* si reperiscono nella giurisprudenza italiana e sia pure implicitamente, in alcune recenti pronunce sia del Tribunale di Milano che della Corte di cassazione in materia di *performance bond* o di contratto autonomo di garanzia (*garantievertrag* secondo la dottrina tedesca).

Tornando alle sentenze caratterizzate da riferimenti espliciti alla *lex mercatoria* occorre, a titolo di completezza, indicare un'ulteriore sentenza della Corte di cassazione ove la Suprema Corte si è pronunciata a favore del riconoscimento ed esecuzione di un lodo straniero relativo ad un accordo arbitrale valido in base alla *lex mercatoria*.

Nel caso di specie, la *lex mercatoria* era stata applicata dagli arbitri per stabilire la validità dell'accordo arbitrale - e dunque la competenza del collegio giudicante - tra una società italiana e due società tunisine in mano pubblica le quali, durante il dibattimento, avevano vanamente sostenuto la nullità del patto compromissorio sulla base della propria legge nazionale.

Una volta deciso in favore della validità della clausola compromissoria, in base alla *lex mercatoria*, il collegio arbitrale aveva deciso il merito della lite sulla base della legge tunisina, giungendo ad una pronuncia sfavorevole alla parte italiana. A questo punto, la parte tunisina chiedeva l'*exequatur* del lodo dinanzi alla Corte d'appello di Bari la quale, tuttavia, con sentenza del 2 novembre 1993, n. 811, rifiutava l'*exequatur* rilevando il difetto di capacità a compromettere della parte tunisina⁷⁸.

Approdata la lite in Cassazione, la Suprema Corte ha annullato la decisione del giudice di merito rilevando che, in relazione all'art. V, § 1, lett. a), della

rinvia anche per le spese di questa fase - ad altra Corte di appello, che si designa in quella di Catania. L'esame del ricorso incidentale, relativo al riesame nel merito, resta conseguentemente assorbito».

⁷⁸ App. Bari 2 novembre 1993, n. 811, in *ICCA Yearbook*, 737-743.

Convenzione di New York del 1958, la legge applicabile all'accordo arbitrale era, come avevano correttamente rilevato gli arbitri, la *lex mercatoria* e non la legge tunisina. Di qui la validità del procedimento arbitrale e quindi del lodo che, in conclusione, veniva rivestito dell'*exequatur*.

Una recentissima sentenza ove, sia pure tramite *obiter dictum*, è stata discussa la *lex mercatoria* è stata pronunciata dal Tribunale di Busto Arsizio, il 17 ottobre 2003⁷⁹. In quella causa, il giudice ha deciso che l'indisponibilità dei diritti derivante dalle misure di embargo disposte nei confronti dell'Irak non impedisce l'instaurazione di un giudizio arbitrale fra quello Stato e parti private. Ma tale conclusione si ricollega a considerazioni più generali secondo le quali, nel contesto della *lex mercatoria* "l'impiego di norme di diritto internazionale privato materiale di origine a-statale e quindi dei principi generali di diritto e degli usi del commercio internazionale privato da parte degli arbitri è una via percorribile"⁸⁰. Inoltre, "la *lex mercatoria* è... ritenuta strumento non già di applicazione di forza ma di instaurazione di rapporti civili ed amichevoli tra i popoli"⁸¹ e, a tale proposito, l'arbitrato internazionale diviene «la sede idonea a giudicare i fatti che si pongono in contrasto con i principi di quell'ordinamento autonomo e consuetudinario».

Le sentenze cui si è fatto cenno non sono, dal punto di vista comparatistico, un fenomeno isolato ma si ricollegano all'esperienza giurisprudenziale di ordinamenti di civiltà giuridica affine quali, in particolare, quelli francese ed austriaco. L'incedere delle applicazioni dei Principi Unidroit in sede arbitrale ha allargato l'orizzonte della casistica giurisprudenziale (statuale) e oggi si ha notizia del riconoscimento di lodi basati sui Principi Unidroit in Olanda, Venezuela, California (Stati Uniti) e Gran Bretagna.

Resta tutto da verificare se la crisi economica mondiale che ha colpito dapprima i mercati finanziari e poi l'economia reale costituisca, come da più parti è stato segnalato nella cronaca economica, un potente stimolo per il ritorno dello Stato nel governo dell'economia con la possibilità di una nuova nazionalizzazione od interstatualizzazione della nuova *lex mercatoria*. Allo stato dei fatti non ci sembra però che sia così. Anzi, la recente crisi economica che ha colpito dapprima gli Stati Uniti e poi la Grecia, la Spagna ed il Portogallo (per ora e limitatamente all'Europa) dimostra proprio il contrario, ossia che il potere dei mercati, delle imprese transnazionali e quindi della *lex mercatoria* sia ancora immenso e superiore a quello degli Stati *uti singuli*. Se è così, spetta allora agli Stati, *uti socii*, il compito – non più procrastinabile – di dare un nuovo assetto alle relazioni economiche internazionali e di trovare nuove tecniche di regolazione dei mercati globali al fine di riaffermare il primato del diritto sull'economia. Prima che sia troppo tardi.

⁷⁹ È quanto si era rilevato in MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria*, 915.

⁸⁰ V. *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2004, 396, 7980.

CAPITOLO XI

L'ADATTAMENTO

di

Paola Ivaldi¹ e Lorenzo Schiano di Pepe²

SOMMARIO. SEZIONE PRIMA – L'ADATTAMENTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE. – 1. Separazione e coordinamento nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno. – 2. Art. 117, i comma, Cost., e obbligo positivo di garantire attuazione ai trattati internazionali. – 3. Le tecniche di "adattamento" al diritto internazionale nell'esperienza italiana. – 4. L'adattamento al diritto internazionale generale. – 5. L'adattamento ai trattati internazionali. – 6. (Segue). Trattati internazionali e diritto interno. – 7. Adattamento ai trattati e ruolo delle Regioni. – 8. L'adattamento alle fonti di "terzo grado" (diverse da quelle dell'Unione europea). – SEZIONE SECONDA – L'ADATTAMENTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA. – 9. Premessa. – 10. Applicabilità diretta ed efficacia diretta dei regolamenti dell'Unione europea. – 11. Gli effetti diretti delle norme pattizie e la giurisprudenza "van Gend & Loos". – 12. L'efficacia diretta di altre fonti di diritto dell'Unione europea. – 13. Il "primato" del diritto dell'Unione europea sul diritto interno. – 14. L'efficacia "indiretta" del diritto dell'Unione europea.

SEZIONE PRIMA.

L'ADATTAMENTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE.

1. Separazione e coordinamento nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno.

Il fenomeno dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale consiste nell'individuazione e selezione dei "meccanismi" interni maggiormente idonei, caso per caso e in base alla caratteristiche proprie di ciascun ordinamento nazionale, a consentire ad una norma internazionale di "assumere efficacia" in tale ambito³.

Il problema dell'adattamento si evidenzia dunque con particolare rilievo se

¹ Professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Genova. È autore della SEZIONE PRIMA – L'ADATTAMENTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE.

² Ricercatore di diritto dell'Unione europea nell'Università di Genova. È autore della SEZIONE SECONDA – L'ADATTAMENTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

³ MONACO R., *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, 1959, 139.