

LA NUOVA *LEX MERCATORIA* TRA CONTROVERSIE  
DOGMATICHE E MERCATO DELLE REGOLE.  
NOTE DI ANALISI ECONOMICA  
DEL DIRITTO DEI CONTRATTI INTERNAZIONALI

di Fabrizio Marrella

*Introduzione*

La nuova *lex mercatoria* si caratterizza per essere un complesso di norme di diritto internazionale privato 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 contemporaneo<sup>1</sup>.

La dottrina classica ha studiato in modo approfondito la posizione del giudice statale rispetto a rapporti presentanti elementi di estraneità rispetto alla *lex fori*, ma si è occupata meno frequentemente dell'arbitrato del commercio internazionale.

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.

1. Diffusamente al riguardo F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. di dir. comm. dir.* da F. Galgano, Padova 2003; nonché F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Padova 2004. Avvisa F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, p. 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 R. Goode, "Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law", *ICLQ*, 2005, p. 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, 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".

Il fenomeno studiato è multiforme e presenta una dimensione sostanziale ed una 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 fallimentare<sup>2</sup>. 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*<sup>3</sup>. 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 internazional-privatistica tradizionale. Se l'antico *ius mercatorum* aveva escluso l'azione di rivendica del proprietario derubato ammessa dal diritto romano in caso di acquisto da un pubblico mercante<sup>4</sup>, 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*<sup>5</sup>.

La dimensione processuale della *lex mercatoria* va colta, invece, con riferimento alla disciplina a-statuale dell'arbitrato commerciale internazionale. Alla mutevolezza 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 socia-

2. R. Brandt, *Fundamentals of International Business Transactions*, The Hague 2000, p. 7, afferma a tale proposito che "the history of international business transactions is in many ways the history of the law of contracts".

3. V. per tutti F. Galgano, *Lex mercatoria*, 4ª ed., Bologna 2001, p. 44 ss. ove riferimenti completi.

4. Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 43 ss.

5. Cfr. per tutti B. Martine, J.A. Freedberg (eds.), *Legal Aspects of International Trade in Art / Les aspects juridiques du commerce international de l'art*, Paris-The Hague, 4 voll., ICC pub. nn° 433, 477, 484, 532, 1990-1996; cfr. P. Lalive, "Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés", *RDU/ULR*, 1996, p. 40 ss.; M. Frigo, "Questioni in tema di rivendicazione e restituzione di beni culturali di proprietà privata al termine di conflitti armati", *Dir. comm. int.*, 1998, pp. 355-384; F. Francioni, *Controlling illicit trade in art objects: the 1995 Unidroit convention*, in *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, A. Del Vecchio, F. Francioni, P. De Caterini (a cura di), Milano 2000, pp. 119-139.

le, di un potere giurisdizionale sono due fenomeni correlativi e complementari<sup>6</sup>.

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 mercatoria* 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 Stati<sup>7</sup>. Le inevitabili lacune del diritto interstatale uniforme, l'assenza di una Corte mondiale deputata a conoscere le controversie nascenti dai rapporti economici 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

6. V. al riguardo Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris 1965 e "L'autonomie de l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 1965, p. 99 ss., poi in Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1997, p. 650 ss.. Ed in Italia v. già W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* [1929], pres. di S. Romano, Milano 1963, p. 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 fondevano tradizionali elementi giuridici e nuovi elementi tecnico-economici erano sottoposti, in caso di controversia, agli organi giurisdizionali corporativi, che tendevano a valorizzare più gli elementi nuovi che i vecchi, e le loro decisioni valevano, naturalmente, entro l'ambito corporativo (dato che a questo appartenesse almeno uno dei contraenti), e formavano il materiale per le compilazioni statutarie". L'arbitrato costituisce dunque uno strumento di "ingegneria sociale" di rilevanza cruciale.

7. A garanzia dell'efficacia della nuova *lex mercatoria* contribuiscono potentemente 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 come dimostra F. Ferrari, "Forum shopping despite international uniform contract law conventions", *ICLQ*, 2002, p. 689 ss.

autonomia del tutto nuovi, come ad esempio si avverte in materia di commercio elettronico<sup>8</sup>.

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 percettibile<sup>9</sup>. 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 pianeta<sup>10</sup>.

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*<sup>11</sup>. Piuttosto, nello spazio di questo breve saggio, una volta preso atto dell'esistenza e della diffusione della *lex mercatoria* (1), proverò a presentare alcuni spunti di riflessione tratti dall'applicazione dell'analisi economica del diritto (2).

## 1. Parte prima. L'esistenza e la diffusione della nuova *lex mercatoria*

### 1.1. Sul dibattito dottrinale

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

8. Cfr. C. Camardi, "Metodi 'alternativi' di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche", *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 549 ss. ove riferimenti.

9. A tale proposito si è potuto parlare di "illusione cartografica", cfr. K. Omaha, *The End of Nation-State - The Rise of Regional Economies*, New York 1995, tr. it. a cura di E. Angelini, *La fine dello Stato-nazione*, Milano 1995, p. 23. 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", Id., p. 30. Sui riflessi giuslavoristici di tali problematiche cfr. A. Perulli, *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, A. Perulli, A. Lyon-Caen (a cura di), Padova 2005, p. 3 ss.

10. 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 F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 27 ss.

11. In argomento rinvio al mio volume su *La nuova lex mercatoria*, cit., *passim*.

norme, per individuare il suo fondamento e la sua forza, per chiarire il meccanismo della sua creazione e per stabilirne le modalità di applicazione<sup>12</sup>.

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"<sup>13</sup>. 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 interna<sup>14</sup> ma anche internazionale<sup>15</sup>.

12. In argomento Id., p. 636 ss.

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

14. 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" (V. Ferrari, *op. cit.*, p. 235). La "concezione monistica del diritto – avvisa Vincenzo Ferrari – 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'appartenenza di ciascun singolo abitante".

15. V. per tutti G. Arangio-Ruiz, "Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law", *Riv. dir. int.*, 2003, pp. 909-999. Cfr. la voce *Pluralisme juridique* nel *Dictionnaire de droit international* a cura di J. Salmon, Paris-Bruxelles 2001, pp. 838-839 ove si

Così, quegli studiosi che 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"<sup>16</sup>.

Seguendo tale impostazione, la teoria internazional-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 in dottrina, la tecnica conflittualistica conduce alla localizzazione di un rapporto transnazionale nell'ambito di un dato ordinamento statale: 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/agiuridicità, nonché di rilevanza/irrelevanza<sup>17</sup>.

osserva, *inter alia*, che "la conception de pluralisme juridique doit être détachée du clivage entre monisme et dualisme. Celui-ci caractérise les conceptions de relations existant entre le droit international et les droit 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 M. Giuliano, T. Scovazzi e T. Treves (*Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, a cura di T. Treves, Milano 2005, p. 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 invero 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*.

<sup>16</sup> R. Ago, "Règles générales des conflits de lois", *RCADI*, 1936/IV, p. 302.

<sup>17</sup> Cfr. M. Virally, *Un tiers droit?*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris 1983, p. 385 e, da ultimo, F. Rigaux, *D'un nouvel ordre économique à l'autre*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris 2000, p. 689 ss.

Invece, per quegli studiosi che 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 internazionale<sup>18</sup>. E, a ben 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 – contratti-tipo, 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 conduce senz'altro a considerare la *lex mercatoria* un ordinamento giuridico, la dottrina critica, confrontando l'ordinamento della *lex mercatoria* con quello statale, ha tentato di sgretolare 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 po-

<sup>18</sup> 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 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. S.M. Carbone, "I caratteri privatistico-internazionalistici del diritto sportivo: in particolare il contributo della *lex mercatoria* alla precisazione della *lex sportiva*", *Dir. comm. int.*, 2004, p. 619 ss.

tere sovrano; c) qualora vi fosse un ordinamento giuridico risulterebbe carente di contenuto; d) non si rilevano sanzioni proprie a tale ordinamento<sup>19</sup>.

Chi scrive ha già avuto modo di esprimere più di qualche perplessità su questa operazione intellettuale poiché, affannandosi a cercare lo Stato ove non c'è, si è operata una comparazione tra due ordinamenti poco o 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 questo ragionamento, è dunque evidente.

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*<sup>20</sup>.

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 internazionale<sup>21</sup>. Così, Alain Pellet, già presidente della Commissione di diritto internazionale dell'Onu, sulla scia di un isolato quanto premonitore scritto di Virally<sup>22</sup>, 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 “ingenua” – che qualora, sia pure

19. V. per tutti P. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, cit., p. 125 ss.

20. B. de Sousa Santos, cit. da G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, ed. it. a cura di A. Febbrajo e C. Pennisi, Milano, 1996, p. 153. V. altresì B. de Sousa Santos, “Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Soc. dir.*, 1990, 3, p. 28 ss.

21. Illuminanti al riguardo restano i lineamenti di teoria generale del diritto tracciati, sia pure con accenti diversi, da S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze 1946; T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, I, 4ª rist., 1955, p. 37 ss.; Id., *Introduzione alle scienze giuridiche*, 3ª rist., Padova, 1967 e T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale nonché Certezza del diritto ed autonomia delle parti*, in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, rispettivamente a p. 69 ss. e p. 113 ss.

22. M. Virally, *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, cit., p. 384 ss.

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 internazionale<sup>23</sup>.

Confrontando la *lex mercatoria* con l'ordinamento interstatale emerge che, a differenza di quanto si osserva nel diritto interno, in entrambi i casi ci si trova dinanzi a norme sprovviste del carattere della *territorialità*. Inoltre, mancando 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 soggetti<sup>24</sup>, 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.

È 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 internazionale<sup>25</sup> 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 patti, o convenzioni, o trattati) internazionali e che vincolano solo gli Stati contraenti”<sup>26</sup>. Ma dal canto degli studiosi del diritto del commercio internazionale si rileva unanimemente la centralità del contratto transnazionale, se ne esalta il ruolo di strumento essenziale della circolazione della ricchezza e lo si colloca tra le componenti della *lex mercatoria*<sup>27</sup>.

23. A. Pellet, *La lex mercatoria, “tiers ordre juridique”? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public*, in *Mélanges Ph. Kahn*, cit., pp. 54-74.

24. B. Conforti, *Diritto internazionale*, 6ª ed., Napoli 2002, p. 5.

25. In argomento, tra una letteratura vastissima, cfr. G. Arangio-Ruiz, *Consuetudine internazionale*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988; L. Condorelli, *Consuetudine internazionale*, in *Dig. IV/disc. pubb.*, III, 1989, p. 490 ss.

26. B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 6; M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, a cura di T. Treves, cit., p. 221 ove riferimenti.

27. Con riferimento all'ordinamento interstatale, B. Conforti, *u. loc. cit.*, 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

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 intergovernative, atti che possono avere natura vincolante o meramente esortativa. Orbene, 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 (es. la Cci<sup>28</sup>) o settoriale (es. 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 giudiziario del diritto internazionale consente di accentuare un'ulteriore affinità tra l'ordinamento interstatale e quello della *lex mercatoria*.

Nell'ambito della comunità interstatale, ci si accorda a rilevare che la funzione di accertamento giudiziario del diritto "è in prevalenza una funzione di carattere arbitrare"<sup>29</sup>. 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"<sup>30</sup>. La stessa considerazione vale anche nel diritto del commercio internazionale ove si stima che l'80% dei contratti transnazionali sia munito di una clausola compromissoria<sup>31</sup>. L'impiego dell'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie

che l'accordo internazionale risulta subordinato alla consuetudine, sviluppando la tesi di Conforti nell'ordinamento della *lex mercatoria* ne segue che il contratto transnazionale 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. H. Lauterpacht, *Private law sources and analogies of International Law*, London 1927.

28 E v. sull'origine della Cci il volume di G. Ridgeway, *Merchants of Peace. Twenty Years of Business Diplomacy through the International Chamber of Commerce*, New York, 1938.

29. B. Conforti, *op. cit.*, p. 7.

30. *Ibidem*.

31. Non esistono in realtà valori certi sulla esatta percentuale di contratti internazionali contenenti clausole compromissorie. Secondo G. Bernini "non esiste contratto, pur di modesta importanza, che non contenga una clausola compromissoria" (*L'arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna 1993, p. 34), mentre, secondo Ph. Fouchard (*Appunti delle lezioni di DEA 1998*, inedito), l'80% dei contratti internazionali risulta munito di

clausole 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 interstatale e quello interno riconoscendo così una diversità strutturale tra sanzioni dell'uno e dell'altro ordinamento<sup>32</sup>. 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 interstatale, 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 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 collettivi<sup>33</sup> 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 attuale 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 an-

accordo arbitrale; cfr. altresì P. Bernardini, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano 2000, p. 1 s.

32. In argomento cfr. L. Picchio Forlati, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova 1974, *passim*, nonché Ead. in L. Picchio Forlati, L.A. Sicilianos, *Economic Sanctions in International Law*, Leiden-Boston 2004, p. 105 ss.

33. La nozione di codice di condotta "collettivo" si trova in F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 237 ss.

che 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<sup>34</sup>.

## 1.2. La realtà

Che la nuova *lex mercatoria* sia una realtà e non solo un fantasma accademico<sup>35</sup> non è solo la constatazione degli specialisti del diritto del commercio internazionale bensì anche quella delle varie Corti statali – incluse quelle italiane – ed internazionali, che hanno dovuto cimentarsi con essa<sup>36</sup>.

Certo, sarebbe vano ricercare 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 applicazione<sup>37</sup>, 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 inten-

34. W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, cit., p. 94 ss. e, con riferimento all'antico *ius mercatorum*, v. H. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, tr. it., Bologna 1998, p. 321 ss. secondo il quale (p. 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".

35. Cfr. T. Rensmann, "Anational Arbitral Awards. Legal Phenomenon or Academic Phantom?", *J. Int. Arb.*, 1998, p. 37 ss.

36. Cfr. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., p. 519 ss., ove riferimenti alla giurisprudenza arbitrale ed a quella straniera (francese, belga, austriaca, tedesca, olandese, britannica, statunitense ed australiana). V. altresì M. Brunetti, "The Lex Mercatoria in Practice: the Experience of the Iran-US Claims Tribunal", *Arb. Int'l.*, 2002, p. 355 ss.

37. 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 cambiali...); d) le 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, la 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.

endosi 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 par. 3<sup>38</sup>. 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 medesima<sup>39</sup>. Ciò in quanto il silenzio della Convenzione di Roma in merito a questioni di fondamentale 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 statualità<sup>40</sup>.

38. 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 Etats différents; b) dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents Etats, à moins qu'un tel conflit ne résulte du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre".

39. V. in particolare A. Giardina, in T. Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova 1983, p. 7 s.; S.M. Carbone, R. Luzzatto, *Obbligazioni (diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI; G. Brogini, "La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980", *Foro pad.*, 1992, II, c. 31 ss.; G. Sacerdoti in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, G. Sacerdoti, M. Frigo (a cura di), 2<sup>a</sup> ed., Milano 1994, p. 14; U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari 1997, p. 80 ss.; N. Boschiero, *Obbligazioni contrattuali (d.i.pr.)*, in *Enc. Dir.*, IV agg., 2000, p. 804 ss. Cfr. I. Baxter, "International Business and Choice of Law", *ICLQ*, 1987, p. 92 ss.

40. 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 invalse 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".

Ma se è vero che oltre l'80% dei contratti internazionali è munito di clausola compromissoria, 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 sede<sup>41</sup>, 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 es. principi generali di diritto, usi del commercio internazionale etc.) e i lodi che di ciascuna componente hanno fatto applicazione, attività questa che porterebbe a stimare molti lodi arbitrali<sup>42</sup>.

Senonché, a volte una delle parti decide di opporsi all'arbitrato sviluppando un contenzioso peri- 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 mi sembra che le corti statali si siano astenute da dibattiti ontologici come quelli cui si è in precedenza accennato, prendendo atto dell'esistenza e della rilevanza della *lex mercatoria*.

Così, per quanto riguarda l'Italia, la prima sezione della Cassazione civile, nella celebre sentenza, pronunciata l'8 febbraio 1982, nel caso *Ditta Fratelli Damiano SNC c. Ditta August Topfer & Co. GmbH* ha rilevato che:

Nell'arbitrato mercantile [...] deve ritenersi che transnazionale 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)

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

42. 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. L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., New York 2000, p. 639 ss.

*opinio necessitatis*, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti notevoli, ma, *pro tempore*, determinati).<sup>43</sup>

Di più, una sentenza recentissima, del 17 ottobre 2003, del Tribunale di Busto Arsizio ha ulteriormente precisato che, 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"<sup>44</sup>.

La stessa Corte ha aggiunto che:

La "lex mercatoria" è d'altro canto ritenuta strumento non già di applicazione di forza ma di instaurazione di rapporti civili ed amichevoli tra i popoli: l'arbitrato internazionale è la sede idonea a giudicare i fatti che si pongono in contrasto con i principi di quell'ordinamento autonomo e consuetudinario che trovano antico fondamento nell'interpretazione che la glossa ha fatto di un noto passo del Digesto riferito allo "ius colligendi" di una nave naufragata ("Ego quidem mundi dominus: lex autem maris. Lege id Rhodia quae de rebus nauticis prescripta est iudicetur, quatenis nulla ei nostrarum legum adversatur") secondo la quale si era inclini a riconoscere alle consuetudini generali formatesi a livello transnazionale, ossia fuori dall'ordinamento statale, valore all'interno di esso, basato sull'idea di consenso, come ha insegnato un insigne comparatista.<sup>45</sup>

Se dunque l'esistenza della *lex mercatoria* è un fatto riconosciuto in giurisprudenza, occorre chiedersi quali sono le ragioni della sua diffusione. L'analisi economica del diritto può offrire alcuni spunti cui ora si darà sviluppo.

## 2. La scelta dell'arbitrato e della *lex mercatoria* secondo un'ottica di law & economics

Il processo di mondializzazione dell'economia visto attraverso il prisma dell'arbitrato internazionale apre il varco ad alcuni spunti provocatori di

43. Cass. 8 febbraio 1982, n. 122, *Ditta Fratelli Damiano s.n.c. c. Ditta August Topfer & Co GmbH*, in *Foro It.*, 1988, I, c. 2285; *Riv. dir. internaz.*, 1983, p. 470 ss.; *Dir. mar.*, 1982, p. 644 ss.; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, pp. 829-838, con nota critica di A. Giardina, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 754 ss.; cfr. G. Bernini, *L'arbitrato*, cit., p. 492 ss.

44. È quanto si era rilevato in F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., p. 915.

45. Tribunale di Busto Arsizio, 17 ottobre 2003, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4, Padova 2004, con nota di F. Marrella, *Embargo irakeno e compromettibilità in arbitri delle controversie*, pp. 396-401.

law & economics che provo a formulare con riferimento a due questioni principali: a) alla scelta del procedimento arbitrale; b) alla scelta del *situs arbitri* e del diritto applicabile. Infatti, posto che il fondamento dell'arbitrato è un contratto si ha che ad esso risultano applicabili alcuni risultati cui è giunta la *law & economics* in materia di scelte contrattuali<sup>46</sup>. Da questo punto di vista, al diritto si attribuisce la funzione di ridurre gli ostacoli ed i costi della contrattazione nell'ottica di perseguire l'efficienza dei mercati e la massimizzazione del benessere<sup>47</sup>.

### 2.1. Arbitrato vs. *multi-State litigation*

Con l'intensificarsi delle relazioni economiche internazionali e transnazionali, si assiste al potenziamento costante del ruolo dell'arbitrato nel quadro di una tendenza diffusa alla privatizzazione di funzioni tradizionalmente pubbliche.

La dottrina specialistica è oggi pressoché unanime nel considerare superata la concezione tradizionale che ritiene la giurisdizione statale espressione monolitica (senza costo e senza tempo) di sovranità e garanzia dei diritti

46. Tra una fiorente letteratura cfr. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., New York, 2003; A. T. Kronman, R. Posner, *The Economics of Contract Law*, Boston 1979 nonché l'antologia curata da R. Posner, F. Parisi, *Law and Economics*, Ashgate 1997. V. pure R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 4th ed., Boston 2004, spec. capp. 1, 6 e 7, nonché H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford 1999, cap. 5. Un'ampia panoramica degli studi in materia viene offerta da E. Mackaay, "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit", in *Rev. int. dr. écon.*, 1986, 1, pp. 43-88. Tra la letteratura italiana cfr. P. Trimarchi, "L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive", *Quadrimestre*, 1987, p. 563 ss. ove riferimenti. V. altresì R. Cooter, U. Mattei, P. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna 1999; G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano 1998; R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988; M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, cit., p. 437 ss.. Da ultimo cfr. L.A. Franzoni, *Analisi economica del diritto*, Bologna 2003, p. 121 ss. che, con specifico riferimento alla codificazione della antica *lex mercatoria*, osserva (p. 122) che "la norma scritta, codificata, si affiancò ben presto quindi all'insieme dei vincoli solidaristici basati sull'etnia e sui legami familiari, che univa in particolare le comunità mercantili all'estero, contribuendo in modo sostanziale alla riduzione dei costi di transazione e all'espansione degli scambi".

47. Cfr. P. Trimarchi, "L'analisi economica del diritto", cit., p. 570. L'Autore peraltro rileva (p. 581) che "merito della scuola di pensiero che stiamo considerando è di aver dimostrato la possibilità di sottoporre ad analisi razionale molti principi e concetti che troppo spesso il giurista tradizionale è portato ad accettare acriticamente dalla tradizione, a postulare, o a giustificare con generici concetti di giustizia". L'idea di una "calcolabilità" del diritto che lo renda funzionale alle esigenze del mercato sembra essere già presente in M. Weber, *Economia e società*, tr. it. a cura di P. Rossi, I, Milano 1961, p. 332.

giungendo a considerare l'arbitrato come il modo *ordinario* di composizione delle controversie nascenti nel commercio transnazionale<sup>48</sup>. L'arbitrato, da sempre, costituisce un'alternativa rispetto alla giustizia statale, alternativa che viene talvolta percepita come forza centrifuga. Tale forza non è assoluta ma, come dimostra la storia di quell'istituto, la sua intensità risulta direttamente proporzionale sia al disfunzionamento della giustizia statale, sia alla propensione del giudice interno ad applicare prevalentemente il diritto interno, un diritto che, per ipotesi, non è stato concepito per lo svolgimento dei traffici internazionali.

L'arbitrato presenta nella sua evoluzione storica alcune caratteristiche ricorrenti che possono essere ricondotte ai seguenti elementi: (a) l'emanazione di una decisione pronunciata da un giudice privato nominato dalle parti in lite; (b) l'applicazione di un diritto parzialmente distinto da quello pronunciato dal giudice togato; (c) l'esecuzione il più delle volte spontanea di detta decisione; (d) la risoluzione di classi di controversie anche diverse da quelle previste dal diritto processuale statale, controversie che la giurisdizione statale può considerare come non giuridiche<sup>49</sup>.

Sotto il primo profilo sembra evidente che, nel commercio internazionale, il successo dell'arbitrato rispetto al tradizionale contenzioso dinanzi al giudice interno (con eventuali conflitti di giurisdizione e *multistate litigation*) può essere spiegato attraverso la comparazione dei costi totali tra i due procedimenti per opera delle parti. Per controversie complesse coinvolgenti

48. Cfr. R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris 1981, p. 1 ss., R. Luzzatto, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Dig. IV*, p. 193 ss.; A. Frignani, *Il contratto internazionale*, in *Tratt. di diritto commerciale dir.* da F. Galgano, Padova 1990, p. 387 ss., nonché Id., *L'arbitrato commerciale internazionale*, in *Tratt. di diritto commerciale dir.* da F. Galgano, Padova 2004; A. Giardina, *Arbitrato (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, 1988; G. Bernini, *L'arbitrato*, cit., p. 34 ss. secondo il quale: "la molteplicità delle giurisdizioni potenzialmente competenti; la torre di Babele costituita dalle diversità linguistiche, culturali e socio-politiche; l'inesistenza, nelle dispute tra soggetti di diversa nazionalità, di una assise neutrale e *super partes*; l'insorgere di controversie di contenuto prevalentemente tecnico-economico, ove la contrapposizione a livello giuridico perde, comparativamente, di importanza a fronte della soluzione, *tout court*, di un problema; la necessità di conferire il potere di giudicare a soggetti particolarmente competenti in settori anche specializzati; la formazione di un corpo di regole, talvolta individuate con l'espressione *lex mercatoria* applicabili, nella veste di diritto allo stato diffuso, al ceto degli operatori economici internazionali; l'impossibilità per uno Stato, parte di rapporti contrattuali assieme a soggetti privati, di sottoporre eventuali controversie ad altra giurisdizione statale, invocata per ragioni di neutralità; tutte queste circostanze hanno fatto sì che il ricorso all'arbitrato si presenti, proprio nei rapporti internazionali, non tanto come l'oggetto di una scelta tuttora aperta, ma piuttosto come l'espressione di un giudizio di valore da tempo acquisito".

49. Cfr. R. David, *L'arbitrage*, cit., p. 16 s.

beni e diritti localizzati in più ordinamenti statali non v'è dubbio che l'arbitrato costituisca, in moltissimi casi, un'alternativa più economica rispetto al contenzioso multistatuale.

Al costo del conflitto di giurisdizioni ed alla "race to judgements in the courts of two or more nations", si sostituisce infatti un *unico* procedimento arbitrale transnazionale che, pur introducendo costi specifici aventi per oggetto gli onorari degli arbitri e i costi dell'istituzione arbitrale – in caso di arbitrato amministrato –, riduce i costi processuali totali quali, ad esempio, quelli derivanti dall'impiego di documenti probatori ed atti in più lingue, dalla diversità e dall'accessibilità di più diritti processuali statali e quindi dei legali stranieri cui ricorrere.

L'arbitrato, poi, a differenza della *multistate litigation*, è improntato a criteri di rapidità e di specializzazione in materia commerciale internazionale sì da ridurre comparativamente la durata del procedimento. Ogni Stato presenta un proprio apparato giurisdizionale con caratteristiche di efficienza variabili nello spazio e nel tempo<sup>50</sup>. Non è un caso che tra gli indicatori di rischio-Paese elaborati da *Business International* si annoverano anche indici di efficienza della giustizia<sup>51</sup>. Se un operatore economico stipula un contratto transnazionale con altro operatore la cui sede è riposta in un ordinamento a sistema giudiziario poco efficiente si innalza il rischio-Paese determinando più stringenti condizioni di pagamento, aumentando l'entità delle garanzie patrimoniali ed il livello assicurativo (pubblico e/o privato). Sotto questo profilo, dunque, il ricorso all'arbitrato da parte degli operatori diviene uno strumento di riduzione del rischio politico-giudiziario complessivamente considerato, una variabile che comprende la durata del processo e l'eventuale *bias* del giudice interno verso i "propri" operatori.

La dimensione temporale ed il particolare tipo di giustizia ricercata dagli operatori economici era stata esattamente colta dalla dottrina in tempi non sospetti di *law & economics*. "Le esigenze del commercio" – osservava

Ferrara Jr. – "per il ritmo intenso con cui si svolgono le relazioni d'affari, ed in cui le une si innestano, si collegano o si sostituiscono alle altre, portano alla necessità di una pronta realizzazione del diritto. Ai commercianti non tanto interesse di avere ragione, quanto di ottenerla in tempo utile; una ragione tardiva non serve"<sup>52</sup>.

Per le stesse ragioni, nel mondo dell'arbitrato si lamenta oggi una vera e propria "corsa alla procedimentalizzazione", dibattito curioso che in Italia non ha avuto alcuno sviluppo probabilmente poiché moltissimi processualisti vedono con favore la progressiva trasformazione dell'arbitro in un doppiopione del giudice interno. Altrove, invece, osservando l'evoluzione nel tempo del principale regolamento di arbitrato commerciale internazionale, ossia quello della Cci, si sono espresse forti perplessità circa la progressiva espansione delle sue norme<sup>53</sup>. Ormai, balza all'occhio una sorta di mimesi tra le norme del regolamento arbitrale Cci, quelle dei regolamenti delle molte camere arbitrali locali costituite presso le Camere di Commercio e le normative statali sull'arbitrato vigenti, tant'è che si è notato che "essi sembrano in miniatura dei complessi inutilmente complicati di piccoli codici di procedura con lo stesso rigido sistema di soluzione delle controversie soltanto parallelo al sistema statale"<sup>54</sup>.

Ma quello che accomunava in origine gli ADR (quando unanimemente vi si includeva l'arbitrato) era il fatto di essere tutti "alternativi" al sistema giudiziario-statale. Questa alternatività, com'è stato esattamente notato, consiste appunto nel sorgere di un "rapporto cooperativistico che si instaura tra gli attori in conflitto", una sorta di "giustizia di prossimità" e, soprattutto

50. Le statistiche elaborate dall'Istat e dal Ministero di Grazia e Giustizia continuano ad evidenziare una forte sproporzione tra il flusso dei nuovi procedimenti giudiziari ed il flusso dei procedimenti esauriti, nonostante i recenti miglioramenti. Il totale dei carichi pendenti si aggira intorno ai tre milioni e la durata media dei procedimenti civili è pari a 706 giorni. Cfr. L. Paganetto, G. Tria, *Dispute civili e sistema giudiziario: un'analisi economica del caso italiano*, in Aa.Vv., *Economia della giustizia*, Roma 2005, p. 15. In argomento cfr. F. Galgano, "Giustizia civile e litigiosità", *Contratto e impresa*, 1993, p. 323 ss.; Id., "L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione", *ivi*, 1999, p. 886; Id., "Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana", *ivi*, 2004, p. 1 ss.

51. Avvertono L. Paganetto e G. Tria, *Dispute civili e sistema giudiziario: un'analisi economica del caso italiano*, cit., p. 11, che "tanto la letteratura scientifica quanto gli operatori economici riconoscono l'esistenza di una relazione tra inefficienza del sistema giudiziario civile e inefficienza del mercato".

52. F. Ferrara jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, 12ª ed., Milano 2001, p. 20. Il dato viene confermato anche nelle ricerche svolte in F. Marrella, A. Mozzato, *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale. L'arbitrato a Venezia tra Medioevo ed Età moderna*, Padova 2001, p. 20 ss. e 68 ss. V. altresì S.M. Carbone, M. Lopez de Gonzalo, *L'arbitrato marittimo*, in Aa.Vv., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, G. Alpa (a cura di), Torino 1999, p. 716 ss. Costituiscono una sorta di "ritorno all'antico" le moderne invenzioni dell'arbitrato accelerato, veloce e super veloce su cui cfr. M. Rubino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova 2005, p. 740 ss.

53. V.P. Lalive, *Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc*, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris 1991, p. 301 ss. nonché B. Oppetit, "Philosophie de l'arbitrage commercial international", *Journal de droit international*, 1993, p. 819.

54. E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari 2005, p. 87. V. altresì M. Rubino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 1096 che rileva la "preoccupante tendenza di molti arbitri ad imitare pedissequamente il procedimento dinanzi al giudice ordinario, che non è certo l'elemento ispiratore della convenzione arbitrale".

to "una filosofia della giustizia di tipo restorativo che coinvolge modelli di composizione e gestione del conflitto meno autoritativamente decisori"<sup>55</sup>.

Sottesa agli *ADR methods* è la considerazione secondo la quale attraverso un'analisi comparata dei costi di transazione di ciascuna delle parti è possibile individuare il "settlement range" e chiudere una controversia<sup>56</sup>. Questo valore va determinato confrontando le aspettative di ciascuna delle parti circa l'ammontare del risarcimento dei danni ottenibile detratti i costi di transazione (anche processuali) conosciuti al momento del negoziato.

L'esempio è il seguente:

Se A si attende di ottenere 100\$ da B e quest'ultimo si attende di pagare 100\$ quale risarcimento danni, entrambi stimano di pagare 20\$ in costi di transazione, ossia le parcelle degli avvocati, ed A si attende di perdere 5\$ mentre B guadagnerà 5\$ in interessi attraverso l'impiego del capitale (100) durante il procedimento, allora questi costi di transazione producono un "settlement range" compreso tra 75\$ (pari alla cifra minima che A accetterebbe conformemente alle proprie aspettative) e 115\$ ossia quanto B pagherebbe alla fine del procedimento<sup>57</sup>.

La logica della minimizzazione dei costi di transazione va sviluppata perciò non solo in termini di *costo effettivo* bensì anche in termini di *costo-opportunità*. Con tale accezione gli economisti identificano il costo derivante dalla perdita di un'occasione di profitto cui l'imprenditore ha rinunciato impiegando date risorse in un determinato modo<sup>58</sup>. Orbene, appare evidente che la comparazione tra costi-opportunità derivanti dal contenzioso multistatuale e dall'arbitrato depone sicuramente a favore di quest'ultimo. La relativa celerità del procedimento arbitrale e dell'eventuale *exequatur* del lodo conducono infatti alla minimizzazione dei costi-opportunità per le imprese grazie al più rapido re-investimento dei capitali nei cicli prodotti-

55. E. Resta, *Il diritto fraterno*, cit., p. 83 che aggiunge: "ciò vale tanto per quella idea weberiana di 'pace di mercato' che la *lex mercatoria* ha sempre codificato attraverso il principio del 'litigare conservando l'amicizia'".

56. Secondo M. Galanter ("The Quality of Settlements", *Journ. of Dispute Resolution*, 1988, p. 55 ss., poi in "Contract in Court. Or almost everything you may or not may want to know about contract litigation", *Wisconsin L. Rev.*, 2001, p. 577 ss.) è possibile ottenere il "settlement range" detto anche "walk away value" individuando l'intersezione tra il valore massimo che ciascuna delle parti è disposta a pagare nella fattispecie concreta. Sulla nozione di costi di transazione v. M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino 1992, p. 420 ss.

57. M. Galanter, cit., p. 69 ss. V. pure R. Fisher et alii, *Getting to Yes: Negotiating Agreements without Giving In*, 2nd ed., Boston 1991, pp. 97 ss.

58. Tra una letteratura vastissima cfr. E. Mansfield, *Managerial Economics*, New York 1990, p. 259 ss.

vi<sup>59</sup>. Anche perché, una statistica diffusa indica che l'80% dei lodi arbitrali viene spontaneamente eseguito.

Le altre caratteristiche precedentemente indicate, invece, attengono all'istituto arbitrale nella sua più intima essenza. L'arbitrato privato è stato storicamente impiegato per risolvere le controversie tra membri di una cerchia sociale omogenea, come ad esempio, si verificava, in antichità, tra membri di una stessa tribù, ovvero tra membri appartenenti ad un medesimo gruppo socio-economico quale potevano essere i mercanti o gli artigiani di una data Arte, fino ai gruppi religiosi<sup>60</sup>. In tutti questi casi la presenza di un magistrato che non appartenesse alla cerchia di persone in lite era vista con sfavore con il risultato di preferire il ricorso ad una giustizia da essi percepita come "esterna" solo in casi estremi. L'arbitrato settoriale, tuttora praticato, risponde a quella concezione<sup>61</sup>.

Recentemente, alcuni studiosi statunitensi hanno evidenziato, sulla scia degli specialisti europei, la presenza della nuova *lex mercatoria* nel mercato dei diamanti. La Bernstein ha evidenziato che "the sophisticated traders who dominate the industry [have] developed and elaborated an internal set of rules, complete with distinctive institutions and sanctions, to handle disputes among industry members"<sup>62</sup>.

Si è osservato altresì che "il mercato diamantifero di New York era controllato, fino a qualche tempo fa, da ebrei ortodossi i cui convincimenti religiosi proibivano di adire il giudice statale [...] il mercato dei diamanti di New York aveva un'efficace alternativa all'apparato giudiziario: alcuni rabbini locali possedevano una reputazione di grande equilibrio e rettitudine. Se un mercante di diamanti riteneva di essere stato ingannato da un altro, poteva condurre la disputa davanti ad uno di questi rabbini. Se il rabbino si pronunciava a suo favore e la controparte rifiutava di risarcire il dan-

59. Ovviamente, analoghe considerazioni producono un vero e proprio "effetto di sostituzione" tra arbitrato e *ADR methods*.

60. Cfr. J. Toubeau, *Les institutes du droit consulaire*, 2me éd., Paris 1700, p. 33, che osserva che "non seulement nos Rois ont donné pouvoir aux marchands dans leur Royaume de s'élire et choisir eux-mêmes des juges mais les Empereurs de Constantinoples ont fait le même". V. pure F. Maitland, *Trust and Corporation*, in *Selected Essays* edited by H.D. Hazeltine, G. Lapsley, P.H. Winfield, London 1936, pp. 141-222; nonché Sir Henry S. Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, 15th ed., London 1894, tr. it. *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, Milano 1998, *passim*.

61. Cfr. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., p. 89 ss.

62. L. Bernstein, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", *Journal of Legal Studies*, 1992, p. 115.

no, quest'ultima si trovava, nei fatti, esclusa dal commercio dei diamanti: nessuno di quelli che agivano in quel mercato si sarebbe più fidato di lui<sup>63</sup>.

Oggi, uno dei nodi cruciali del mercato diamantifero resta il *New York Diamond Dealers' Club* il quale ha il compito di risolvere le controversie tra operatori del settore in via arbitrale. Anche oggi, l'appartenenza al club non può prescindere dal ricorso all'arbitrato amministrato dalla stessa associazione in caso di controversie tra membri. La mancata esecuzione spontanea di quei lodi arbitrali provoca la "cessazione, in pratica, di essere un mercante di diamanti"<sup>64</sup>.

L'esecuzione coattiva del lodo appare dunque come un'alternativa staticamente poco frequente, una *ultima ratio*. Di più, si è osservato che "se imporre il rispetto dei contratti in via privata, per mezzo della reputazione e della pressione sociale, è meno costoso e più affidabile che fornirlo attraverso il sistema giudiziario, i gruppi dotati di istituzioni sociali in grado di rendere praticabili tali forme private di risoluzione delle controversie detengono un vantaggio competitivo nei confronti di quei gruppi che sono invece costretti ad affidarsi ai tribunali"<sup>65</sup>.

D'altro canto, occorre sottolineare che, nel mondo degli affari, esistono sanzioni specifiche suscettibili di operare in modo complementare rispetto a quelle previste dall'ordinamento statale del giudice dell'*exequatur*<sup>66</sup>. Co-

63. D. Friedman, *Law's Order. What Economy Has to Do With Law and Why It Matters*, Princeton 2000, tr. it. a cura di M. Abrescia, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna 2004, p. 277. L'autore osserva altresì che "le sanzioni patrimoniali venivano in tal modo rafforzate da sanzioni sociali, poiché tra le persone influenzate dal giudizio del rabbino ci sarebbe stata anche la maggior parte degli amici, parenti e affini dell'imbroglione".

64. Id., p. 278.

65. Id., p. 278 ss.

66. La compresenza di sanzioni di tipo non statale nell'ottica di un coordinamento con quelle offerte dal diritto statale positivo si percepisce anche esaminando le vicende del regolamento di arbitrato della Cci. Il Regolamento Cci del 1922 non conteneva alcun riferimento all'*exequatur* statale. Il regolamento disponeva all'art. XIV/XXXV solamente che la decisione resa dal collegio arbitrale sarebbe stata di carattere vincolante (*binding*) e che le parti sarebbero state in posizione di: "in honour bound to carry out the award of the arbitrators" (art. XX/XLI (a)). In caso di mancanza di esecuzione "spontanea" venne sviluppata la nozione di "moral sanction of public opinion", nozione dunque distinta da quella di "legal sanction". In base all'art. XX/XLI (c), del regolamento Cci, si prevedeva che il nome della parte recalcitrante avrebbe potuto essere divulgato dalla Cci con ogni mezzo. La sanzione "morale" manteneva natura distinta da quella "legale", come appare dal testo dell'articolo laddove si stabiliva che: "this section is to be applicable in every case where all the parties are nationals of countries which provide legal sanction for the execution of arbitration awards whether arising out of arbitration clauses in original contracts, or out of specific arbitration agreements". Ulteriori sviluppi in materia si ebbero attraverso l'art. 25 del Regolamento Cci, nella versione in vigore nel 1927, ove si stabiliva che la decisione dell'*umpire*

me hanno rilevato Cremades e Plehn con riferimento all'antica *lex mercatoria*:

The *lex mercatoria* was largely self-enforcing; a party who refused to comply with a merchant court's decision risked his reputation and could be excluded from trading at the all-important fairs where the merchant courts were located<sup>67</sup>.

Le sanzioni specifiche della nuova *lex mercatoria* temute dagli operatori del commercio internazionale per la loro incidenza negativa sull'attività professionale sono: (i) il biasimo; (ii) la diffusione della notizia della mancata esecuzione del lodo tra i membri della *business community*; (iii) la contrattazione a condizioni più onerose con gli altri operatori; (iv) il boicot-

sarebbe stata *final and binding* anche qualora i due co-arbitri non avessero trovato un accordo. A ciò si aggiungeva che: "1) The parties shall be bound to comply with the award. 2) In case the party against whom the award is made does not comply therewith within thirty days of the notification of the award, the party in whose favour the award is made may so inform his National Committee or Organization Member of the International Chamber of Commerce as the case may be. 3) The latter in such event shall inform the Court of Arbitration which shall then ask the Chamber of Commerce or any other organization to which the recalcitrant member belongs to take suitable measures. 4) The above provisions leave the party in whose favour the award is made entirely free to enforce the same by any means available". Tale disposizione doveva, inoltre, essere combinata con l'art. 16(2): "The Court of Arbitration and the arbitrators or arbitrator shall so act as to render an award capable of legal enforcement". Nel 1931 l'articolo in esame venne emendato aggiungendo un paragrafo (h) che recitava come segue: "Undertaking by the parties to comply with the award *wave any right of appeal*" (secondo quanto si apprende dal commento del segretario: "This change was made necessary by the existence of certain legal codes, including that of France, of a provision to the effect that an appeal against an arbitral award may be made to a court of law if the right to such a recourse has not been expressly or tacitly waived"). Detto concetto venne sviluppato nella versione in vigore nel 1933 in cui ulteriori emendamenti precisarono che: "Undertaking by the parties to consider the award as final, to waive any right of appeal and to comply with the award". A partire dal dopoguerra, il regolamento Cci in vigore nel 1955, all'art. 29, disponeva che: "1) The arbitral award shall be final. 2) By submitting their dispute to ICC arbitration, the parties undertake to carry out the subsequent award without delay and waive any right to any form of appeal, insofar as such waiver may be valid". Nel 1975 l'art. 24 assumeva le forme che sopravviveranno nelle modifiche del 1988: "1) The arbitral award shall be final. 2) By submitting the dispute to arbitration by the International Chamber of Commerce, the parties shall be deemed to have undertaken to carry out the resulting award without delay and to have waived their right to any form of appeal insofar as such waiver can validly be made".

67. B. Cremades, S. Plehn, "The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions", *Boston University Int. Law Jour.*, 1984, p. 319.

taggio privatistico<sup>68</sup> (vi). Può anche verificarsi la non ammissione all'interno di una Ong (vi) o, ancora, l'esclusione di un imprenditore da una associazione di categoria a vocazione economica transnazionale (vii) nella misura in cui ciò fosse statutariamente previsto. Altre volte le sanzioni assumono natura pecuniaria (vi) e vengono inflitte dalle stesse Ong a vocazione economica. È il caso, ad esempio, della *International Air Transport Association* (Iata), ove l'osservanza delle regole statuali stabilite nel quadro delle "conferenze di traffico" viene sistematicamente controllata da ispettori privati inviati dall'associazione medesima nelle sedi delle compagnie aeree associate ed in caso di violazione sono comminate delle penali pecuniarie particolarmente elevate<sup>69</sup>.

Va anche ricordato che sanzioni economiche come il boicottaggio e l'embargo privato potrebbero essere attuate dagli operatori economici privati anche nei confronti di uno o più Stati. Un Governo che violasse i propri *State contracts* e che non rispettasse sistematicamente le pronunce arbitrali si troverebbe ben presto sull'orlo dell'isolamento economico da parte degli operatori economici privati<sup>70</sup>.

L'effettività della *lex mercatoria* perciò consiste principalmente in un "market based contract enforcement"<sup>71</sup>. La critica di Klein e Leffler circa la

68. Secondo quanto rilevato nel *Dictionnaire de droit international* curato da J. Salmon, l'origine semantica della parola "boicottaggio" risale alla fine dell'800 e deriva dal cognome dell'irlandese James Boycott che "en fut la victime". Tra le varie accezioni del termine si evidenzia, nella sfera privatistica, quella secondo la quale si tratterebbe de "l'abstention organisée de relations juridiques avec un agent économique (industriel, commerçant, employeur, salarié) en vue de l'amener par la limitation ou la paralysie de son activité, à modifier son comportement professionnel".

69. D. Carreau, *Droit international*, 7<sup>a</sup> ed., Paris 2001, 499 ss.

70. Cfr. D. Carreau, "Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés)", *RCADI*, 1998, vol. 274, pp. 309-391 ove ulteriori riferimenti; T. Treves, "Les clauses monétaires dans les émissions d'euro-obligations", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, pp. 775-825, spec. pp. 802-805; v. da ultimo Id., *La sovranità monetaria oggi*, in SIDI, *La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale*, Napoli 2001, pp. 11-22; L. Radicati di Brozolo, "Qualche riflessione sulla disciplina dei contratti internazionali: il caso degli eurodepositi", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, pp. 529-556.

71. V. in particolare S. Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", *Am. Soc. Rev.*, 1963, pp. 60-62, secondo il quale "much contract enforcement occurs outside courtrooms"; v. pure C. Geertz, "The Bazaar Economy: Information and Search in Peasant Marketing", *Am. Econ. Rev.*, 1978, pp. 30-31, che evidenzia la necessità di meccanismi di coazione di mercato a causa della sostanziale assenza di "reliable courtroom dispute resolution techniques"; nonché S. Falk Moore, "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Rev.*, 1973, pp. 742-745, la quale rileva la diffusione di norme "enforceable both in conjunction with and absent state power". Quegli spunti vennero ripresi solo agli inizi degli anni '90 quando la dottrina dell'analisi economica del diritto ha iniziato ad occuparsi della efficienza

"implicit assumption [...] of the legal-philosophical tradition upon which the economic model is built [that] without some third-party enforcer to sanction stealing and renegeing, market exchange would be impossible"<sup>72</sup>, appare fondata.

Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, l'esecuzione spontanea – e dunque *out of court*, lontano dagli apparati giurisdizionali statali – dei lodi arbitrali in mercati transnazionali concentrati si traduce nella necessità di minimizzare i "costi di reputazione" al fine di mantenere il proprio posizionamento nel mercato<sup>73</sup>.

Analoghe osservazioni si sono riportate anche nel settore del cotone. Qui il commercio viene organizzato attraverso contratti tipo nei quali è costante la presenza della clausola arbitrale a favore di un'associazione di categoria. Negli Stati Uniti si tratta dell'*American Cotton Shippers Association* (A-

del c.d. "private enforcement", v. I.R. Macneil, "The Many Futures of Contracts", *S. Cal. L. Rev.*, 1974, pp. 694-696, poi Id., "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law", *NW. Un. Law Rev.*, 1978, pp. 859-76. Da ultimo cfr. R. Cooter, "Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms", *Virginia Law Review*, 2000, p. 1577 ss. nonché L.J. Strahilevitz, "Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups", *Un. Chi. Law Rev.*, 2003, p. 359 ss.

72. B. Klein, K. Leffler, "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", *Journ. Pol. Econ.*, 1981, pp. 615-16; v. pure L.G. Telser, "A Theory of Self-Enforcing Agreements", *J. Bus.*, 1980, p. 30 ss. Cfr. B. Richman, "Firms, Courts and Reputation Mechanisms: towards a positive theory of private ordering", *Columbia Law Rev.*, 2004, p. 2329 ss., secondo il quale "the typical enforcement mechanism associated with private ordering is the reputation mechanism, in which a merchant community punishes parties in breach of contract by denying them future business. The growing private ordering literature argues that these private enforcement mechanisms can be superior to the traditional, less efficient enforcement measures provided by public courts".

73. Questi costi possono essere molto elevati, come dimostrano l'esperienza giuridica cinese e giapponese ove, per influenza della tradizione confuciana, il ricorso a giudici ed avvocati è considerato un disvalore che porta a "perdere la faccia". In argomento cfr. G. Crespi Reghizzi, R. Cavaliere (a cura di), *Diritto commerciale ed arbitrato in Cina*, Milano 1991, nonché G. Crespi Reghizzi, *L'arbitrato commerciale internazionale e il diritto comparato*, in *Io comparo, tu confronti, egli compara: che cosa, come e perché*, V. Bertorello (a cura di), Milano 2003, p. 57 ss. V. pure il passo suggestivo attribuito all'imperatore cinese K'ang Hai e riportato da M. Rubino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 4 ove si afferma, sia pure in chiave di politica del diritto, che "le controversie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia [...] Pertanto io desidero che coloro che si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà e in tal modo che essi sentano un'avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire dinanzi ad un magistrato [...] i buoni cittadini che abbiano tra loro delle controversie le comporranno come fratelli ricorrendo all'arbitrato [...] Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si rovinino nei tribunali; questa è la giustizia che si meritano".

CSA) e dell'*American Textile Manufacturers Institute* (ATMI) nonché del *Memphis Cotton Exchange*. Anche qui si è potuto osservare che "this system is governed by trade rules and arbitration provisions built into the contracts for the purchase and sale of cotton between merchants or between merchants and mills" deducendo che si è dinanzi ad un "quasi-legislative process"<sup>74</sup>.

In relazione alle osservazioni che precedono, va aggiunto che un'ulteriore causa di differenziazione tra giudice ordinario ed arbitrale (con preferenza per quest'ultimo) riposa sul tecnicismo dei rapporti da comporre, tecnicismo anche giuridico-internazionale che ha finito per ricollegarsi alle complessità provocate dalla diversificazione nello spazio dei rapporti del commercio. Il tecnicismo porta, infatti, alla specializzazione e quindi alla necessità di possedere competenze specifiche in merito alle questioni da risolvere: l'arbitro, a differenza del giudice togato che è imposto dallo Stato, è scelto dalle parti e perciò è – dovrebbe essere – sempre uno specialista del commercio internazionale<sup>75</sup>. Gli arbitri internazionali, dunque, formano un gruppo d'*élite* composto da "eminenti professori di diritto o alti giudici"<sup>76</sup>.

Il dato è importante poiché la specializzazione dell'arbitro rispetto alla "pratica generale" del giudice interno porta ad economie di scala nella "produzione" della sentenza. Viceversa, l'assenza di sezioni specializzate sul diritto del commercio internazionale in seno ai tribunali statali provoca diseconomie nel trattamento e nella gestione delle controversie da parte del giudice statale. E poiché l'arbitro risulta munito della bilancia e non della spada della giustizia<sup>77</sup> si verificano le maggiori *chances* di pervenire ad una soluzione mutuamente accettabile senza dover ricorrere all'ausilio della forza pubblica nei diversi Paesi in cui la parte soccombente possiede i propri *assets*.

Se il giudice togato è un funzionario dello Stato, l'arbitro è vincolato alle parti da uno specifico rapporto, un *contratto di arbitrato*. All'inaffidabilità

74. Cfr. L. Bernstein, "Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms and institutions", *Michigan Law Rev.*, 2001, p. 1724 ss.

75. L'esperienza di quei paesi come, ad esempio, la Francia ove esistono tuttora i Tribunali di commercio o quella dei giudici "specialisti" propria della Gran Bretagna e degli Stati Uniti, fino a quella storica di una Repubblica di mercanti come quella di Venezia (su cui cfr. F. Marrella, A. Mozzato, *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit.), dimostra che la statalizzazione della giustizia mercantile, lungi dall'eliminare l'esigenza di ricorrere all'arbitrato, la può persino rafforzare.

76. Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris 1992, tr. it., *I mercanti del diritto*, M. Raiteri (a cura di), Milano 1997, p. 170.

77. È questo il messaggio implicito nella copertina del libro di G. Bernini, *op. cit.*, 1993.

del giudice ordinario ed ai necessari vincoli che ne fanno un organo del potere giurisdizionale dello Stato, si contrappongono la mobilità e la precarietà del ruolo dell'arbitro, un soggetto privato che viene abilitato a decidere solo per volontà delle stesse parti in funzione della propria reputazione, reputazione sottoposta a continua verifica arbitrato dopo arbitrato, decisione dopo decisione.

Le parti, oggi, scelgono il loro giudice senza che questi sia imposto o precostituito da nessuno. La fiducia, regola d'oro degli operatori del commercio internazionale, diviene fondamento dell'attività del rendere giustizia, un'attività che diviene un servizio valutabile alla stregua di criteri di mercato<sup>78</sup>.

Infine, un aspetto non trascurabile dell'arbitrato – che si riannoda in realtà al tema, più generale, delle sanzioni nel diritto internazionale dell'economia<sup>79</sup> – consiste nel concetto di "giustizia arbitrale", giustizia che, a differenza di quella "statale", si nutre di valutazioni attinenti ai rapporti di lungo termine tra le parti ed è orientata verso il raggiungimento di una soluzione mutuamente accettabile in modo da non stravolgere l'intero assetto dei rapporti economici tra i litiganti<sup>80</sup>. Quest'ultimo aspetto emerge nitidamente con riferimento ai contratti a lungo termine, rapporti che non si esauriscono in semplici operazioni di scambio ma che, riferendosi il più delle volte ad operazioni di investimento, si estendono su di un arco temporale metadecennale<sup>81</sup>.

78. La Corte Internazionale di Arbitrato della Cci controlla tradizionalmente l'operato degli arbitri e l'efficacia del lodo da essi pronunciato. In sede di approvazione del lodo, la Corte si pone spesso la domanda di rito se il lodo, così come pronunciato, renda effettivamente un servizio alle parti.

79. D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Paris 2003, p. 11 s.

80. È il concetto di "fare giustizia conservando l'amicizia" attribuito da R. David a Eugenio Minoli.

81. In argomento v. G. Bernini, *L'arbitrato*, cit., p. 155 ss. Cfr. l'art. 1020 della legge olandese sull'arbitrato che prevede una nozione assai vasta di arbitrato dal tenore che segue: "Parties may agree to submit to arbitration disputes which have arisen or may arise between them out of a defined legal relationship, whether contractual or not."

The arbitration agreement mentioned in paragraph (1) includes both a submission by which the parties bind themselves to submit to arbitration an existing dispute between them and an arbitration clause under which parties bind themselves to submit to arbitration disputes which may arise in the future between them.

The arbitration agreement shall not serve to determine legal consequences of which the parties cannot freely dispose. Parties may also agree to submit the following matters to arbitration: (a) the determination only of the quality or condition of goods; (b) the determination only of the quantum of damages or a monetary debt; (c) the filling of gaps in, or modification of, the legal relationship between the parties referred to in paragraph (1). The term "arbitration agreement" includes an arbitration clause which is contained in articles of association or rules which bind the parties. Arbitration rules referred to in an arbitration agreement

Qualora poi fosse necessario ricorrere al braccio secolare dei singoli Stati per ottenere l'esecuzione coattiva del lodo in tutti quegli ordinamenti in cui fossero localizzati gli elementi del patrimonio della parte soccombente (*assets*) i costi di transazione derivanti dall'*exequatur* del lodo risulterebbero certamente minori rispetto a quelli della delibazione di una sentenza straniera. Ciò in quanto manca per le sentenze straniere una convenzione interstatale a vocazione universale sul loro riconoscimento ed esecuzione con un'efficacia paragonabile alla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri<sup>82</sup>.

## 2.2. Forza maggiore, adattamento di contratti "incompleti" ed efficient breach

È ben noto che, durante le trattative, le parti possono negoziare sul rischio che eventi esogeni possano incidere sull'esecuzione del contratto fino ad addivenire alla stipula di un'apposita clausola di *forza maggiore*. Ma in un mercato efficiente, avvertono gli economisti, la clausola di forza maggiore deve essere il risultato di trattative ove le parti siano simmetricamente informate sulla probabilità dell'accadimento contemplato dalla clausola medesima (incendi, disastri naturali, guerre, embarghi, etc.). Senonché, *ceteris paribus*, la probabilità che una clausola di forza maggiore venga impiegata aumenta con la durata del contratto giacché aumenta la probabilità che uno degli eventi esogeni elencati nella clausola travolga il contratto. Ciò porta a due considerazioni: una banale ed una meno ovvia. La prima è che la clausola di forza maggiore va sviluppata dai negozianti di un contratto internazionale se questo è contratto di durata, mentre perde di importanza se il contratto è ad esecuzione istantanea<sup>83</sup>. La seconda è che, qualora

shall be deemed to form part of that agreement". In argomento v. da ultimo K.P. Berger, "Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators", *Vanderbilt J. Trans. Law*, 2003, p. 1347 ss.

82. Convenzione di New York del 10 giugno 1958, sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, ratificata con l. 19 gennaio 1968, n. 62 (in *G.U.* n. 46 del 21 febbraio 1968, entrata in vigore per l'Italia il 1° maggio 1969). In base a detta convenzione, com'è noto, un lodo validamente pronunciato nel territorio di uno Stato contraente può, a certe condizioni, essere eseguito su 136 Stati, tanti quanti sono gli Stati contraenti del trattato.

83. In questi casi è da ritenere che il riferimento ai Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali 2004 - i quali prevedono un'apposita disciplina delle clausole di forza maggiore e *hardship* - basti per diminuire i costi di transazione legati al negoziato di dette clausole. In generale v. P. Bernardini, *Hardship e Force majeure*, in M.J. Bonell, F. Bonelli (eds.), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano 1997, pp. 193-214; M. Timoteo, "Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit", *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 141 ss.; nonché U. Draetta, "Les

l'asimmetria informativa fosse evidente al momento della conclusione del contratto, secondo l'analisi economica del diritto occorre sostituire una serie di contratti ad esecuzione istantanea al contratto a lungo termine originariamente previsto.

Se C è dunque il contratto a lungo termine ad informazione complessivamente simmetrica occorre arrivare ad una posizione di equilibrio data dalla sommatoria di tanti contratti ( $c_n$ ) ad esecuzione istantanea conclusi, volta per volta ( $t_n$ ), ad informazione simmetrica ( $i_n$ ):

$$C = \sum c_n i_n t_n$$

Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto si potenzia il *favor contractus* allorché si rileva che non tutti i contratti per cui si è verificato un evento di forza maggiore devono considerarsi risolti. Infatti, quando le parti possono eseguire il contratto con modalità diverse da quelle originariamente pattuite e senza alcuna spesa aggiuntiva si ha una "rinegoziazione efficiente". Qui gli spunti tratti dall'analisi economica del diritto si intrecciano con il problema dell'adattamento dei contratti a lungo termine per opera dell'arbitro. Secondo quanto è stato notato da Macneil, "due caratteristiche comuni dei contratti a lungo termine sono l'esistenza di spazi vuoti nella pianificazione e la presenza di una gamma di procedimenti e tecniche utilizzati dai pianificatori del contratto per creare flessibilità anziché lasciare spazi vuoti o cercare di pianificare in maniera rigida"<sup>84</sup>.

In relazione alle problematiche testé evidenziate, la posizione dell'arbitro del commercio internazionale diviene del tutto diversa da quella del giudice interno, giacché qui si tratta di completare il contratto perseguendo l'efficienza paretiana e superando le condizioni di asimmetria informativa in cui si trovano le parti. Infatti, si tratta di "contratti relazionali" nonché di rapporti che non si sarebbero mai avuti se le parti non avessero avuto fiducia nel meccanismo di soluzione delle controversie<sup>85</sup>. L'arbitro,

clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux", *Dir. comm. int.*, 2001, pp. 297-308; G. Sicchiero, "La rinegoziazione", in *Contratto e impresa*, 2002, p. 747 ss. ove riferimenti. V. con riferimento ai Principi di diritto europeo dei contratti, A. Gentili, *L'equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in Aa.Vv., *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Milano 2002, p. 199 ss.

84. Cit. da O. Williamson, *I costi transattivi e la disciplina del contratto*, in G. Alpa et alii, *Analisi economica del diritto privato*, cit., p. 152. Cfr. A. Schwartz, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, D. Fabbri, G. Fiorentini, L.A. Franzoni (a cura di), *L'analisi economica del diritto*, Roma 1997, p. 117 ss.

85. V. in particolare I.R. Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law", *NW. U. L. Rev.*, 1978, pp. 859-876; C. Goetz, E. Scott, "Principles of Relational Contracts", *Va. L. Rev.*, 1981,

perciò, riesce a svolgere funzioni che il giudice interno non può assolvere grazie alla maggiore "prossimità" rispetto ad entrambe le parti. Fuller, a tale riguardo, ha messo in evidenza che "gli arbitri hanno la possibilità di ricorrere [...] a strumenti informativi rapidi non disponibili alle corti. Un arbitro interromperà spesso l'esame delle testimonianze per richiedere alle parti di fornirgli tutte le informazioni necessarie per consentire di comprendere appieno la testimonianza. Questo procedimento informativo può procedere senza formalità con frequenti interruzioni da parte dell'arbitro, con la presenza di persone in grado di fornire le informazioni per entrambe le parti, ogni qualvolta un punto necessita di essere chiarito. A volte intorno al tavolo sorgeranno delle discussioni, talvolta all'interno stesso dei campi avversi. Il risultato finale sarà di solito una chiarificazione che renderà possibile a tutti di procedere nel caso con migliore cognizione di causa"<sup>86</sup>.

Ma la medesima impostazione teorica porta anche a valorizzare la c.d. *efficient breach* ossia, per dirla con Eisenberg, quella secondo la quale "breach of contract is efficient and therefore desirable if the promisor's gain from breach (after payment of expectation damages) will exceed the promisee's loss from breach"<sup>87</sup>. Si tratta dunque di violare la sacralità del principio (anche lexmercatoristico) *pacta sunt servanda* per ammettere la "risoluzione efficiente" del contratto non appena i benefici derivanti dall'inadempimento fossero maggiori di quelli dell'adempimento.

Da questo punto di vista, dunque, si deduce che il legislatore statale non dovrebbe imporre incondizionatamente l'adempimento dei contratti ma solo porre l'alternativa fra l'adempimento ed il risarcimento del danno. L'arbitro, a propria volta, dovrebbe valutare il comportamento delle parti rispetto a quella alternativa e decidere in funzione della ottimizzazione dell'efficienza del mercato transnazionale. Così facendo aumenterebbe, dunque, la "fragilità" dei contratti internazionali e si incrementerebbe il numero di arbitrati grazie ai comportamenti di *efficient breach* delle parti<sup>88</sup>.

pp.1095-1111. Cfr. altresì O. Williamson, "Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", *Am. Econ. Rev.*, 1983, p. 530 ss.

86. Cit. da O. Williamson, *I costi transattivi e la disciplina del contratto*, in Alpa et alii, *Analisi economica del diritto privato*, cit., p. 152.

87. Cfr. M. Eisenberg, *The Theory Of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination*, al sito [http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1087&context=berkeley\\_law\\_econ](http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1087&context=berkeley_law_econ), visitato il 5/08/2005. V. pure C. Warkol, "Resolving the Paradox Between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach", *Cardozo Law Rev.*, 1998, p. 321 ss.

88. A ben vedere questo argomento potrebbe servire da bandiera dietro cui nascondere la bramosia di alcuni aspiranti arbitri in quanto è incerto che, una volta ammessa l'*efficient breach*, aumenti l'efficienza del mercato. Il dato certo è che aumenterebbe il patrimonio degli arbitri.

Orbene, a me sembra che, nella fase attuale del commercio internazionale, l'*efficient breach* sia certamente da escludere quale specifica causa di risoluzione del contratto nella nuova *lex mercatoria*. Infatti, se è vero che l'arbitro non è responsabile dell'efficienza dei mercati, è altrettanto evidente che l'*efficient breach* risulta contraria a quelle fondamentali esigenze di certezza del diritto dei contratti internazionali che giustificano la stessa esistenza della *lex mercatoria*: un dato questo che spiega altresì l'assenza di specifici riferimenti su tale questione nella giurisprudenza arbitrale<sup>89</sup>.

Piuttosto, un peculiare mezzo di tutela del mercato, ossia di un interesse collettivo superiore a quello delle parti in causa, può essere individuato nella nozione lexmercatoristica dell'ordine pubblico transnazionale<sup>90</sup>. Se, infatti, come ha affermato Philippe Kahn, "il ne peut y avoir d'autogestion sans conscience, donc sans autolimitation" il limite dell'ordine pubblico transnazionale si traduce, in termini di *law & economics*, nella produzione di *esternalità* positive. Cioè, l'arbitro che dichiara nullo un contratto perché contrario all'ordine pubblico transnazionale produce esternalità positive a favore degli altri operatori del settore in quanto garantisce la sopravvivenza (che è concetto diverso da quello di efficienza) del mercato medesimo.

D'altro canto, va osservato che, poiché il rapporto tra le parti e l'arbitro si fonda su un contratto, anche l'arbitro potrebbe intravedere un *efficient breach* del contratto di arbitrato nel corso del procedimento qualora gli si presentassero più lucrose opportunità di guadagno. Anche sotto questo profilo, dunque, l'*efficient breach* si colloca in rotta di collisione con quelle esigenze elementari di stabilità nelle relazioni d'affari dislocate in una dimensione spazio-temporale giuridicamente discontinua.

L'analisi economica del diritto, piuttosto, mi convince della necessità, a suo tempo evidenziata in altro saggio, di introdurre specifiche sanzioni penali riferite a fattispecie di corruzione attiva e passiva dell'arbitro, giacché, per dirla con Goethe, "nulla è più nefasto a una nuova verità che un antico

89. Quand'anche si giungesse a riportare l'*efficient breach* all'eccezione *rebus sic stantibus* non si arriverebbe comunque a scalfire la limpida considerazione espressa nel lodo Cci n. 1512 del 1971 (*Yearbook Commercial Arbitration*, 1976, p. 129) ove si rileva che "the principle *rebus sic stantibus* is universally considered as being of strict and narrow interpretation as a dangerous exception to the principle of sanctity of contracts".

90. Sul concetto di ordine pubblico transnazionale v. P. Lalive, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, pp. 329-374; Ph. Kahn, *A propos de l'ordre public transnational*, in *Mélanges Fritz Sturm*, II, Univ. de Liège, 1999, p. 1539 ss.; Id., *La lex mercatoria et son destin*, in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, Paris 2004, p. 29. V. altresì F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., p. 801 ss.

errore<sup>91</sup>. L'applicazione della teoria dell'*efficient breach* al contratto di arbitrato resta comunque per il momento una mera ipotesi di scuola.

### 2.3. Scelta della sede e del diritto applicabile: l'*arbitration legal capital* e la riduzione dei costi di transazione attraverso i Principi Unidroit

È possibile ora effettuare alcune ulteriori considerazioni vevoli con riferimento alla scelta della sede dell'arbitrato ed al problema internazional-privatistico della scelta della legge applicabile.

La possibilità di condurre il procedimento arbitrale in *qualunque luogo* del pianeta, in *qualunque lingua*, secondo *qualunque diritto applicabile* e con arbitri di *qualunque nazionalità*, in conformità allo specifico regolamento arbitrale prescelto dalle parti – ove l'arbitrato sia di tipo amministrato – determina un contesto concorrenziale tra le lingue e tra gli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati del mondo. La competitività dell'ordinamento giuridico, inteso quale ordinamento civile, si forgia attraverso l'efficienza ed il funzionamento delle regole ordinarie e determina il posizionamento di un dato sistema giuridico statale nel mercato globale in cui circolano sempre più liberamente merci, servizi, capitali e lodi arbitrali.

Roberta Romano, esaminando il diritto societario statunitense, ha posto in evidenza il concetto di *legal capital* e la competizione tra Stati federati nel plasmare il sistema giuridico più efficiente. Un sistema giuridico dotato di un diritto societario efficiente, secondo la studiosa, può determinare il successo economico dello Stato di cui risulta espressione, in quanto ne consegue un afflusso di capitali attraverso la costituzione di nuove *corporations* ed il trasferimento della sede sociale delle società costituite altrove<sup>92</sup>.

La concorrenza tra Stati nel contesto del commercio internazionale è stata evidenziata in dottrina attraverso le seguenti considerazioni riassuntive:

Innanzitutto se gli imprenditori che competono nei mercati internazionali constatano che il loro Stato nazionale impone costi maggiori di quelli sostenuti dai propri concorrenti localizzati in altri Stati faranno pressione affinché il legislatore nazionale riduca quei costi. In secondo luogo, nella misura in cui sussista la libertà di stabilimento e di movimento dei capitali, ciascun

legislatore nazionale cercherà di beneficiare dei vantaggi (in particolare si avrà un aumento della domanda di lavoro e dei risultati della tassazione) derivanti dall'attrarre imprese localizzate in altri Stati. Queste imprese selezioneranno lo Stato di destinazione con riferimento ad alcune variabili, ma queste comprenderanno senz'altro la capacità di quello Stato di soddisfare le proprie preferenze giuridiche. In terzo luogo, quale alternativa alla migrazione fisica, e nella misura in cui ciò sia consentito dal diritto internazionale privato dello Stato in cui hanno sede, le imprese selezioneranno il diritto applicabile più conveniente per i loro affari. Sebbene, in quest'ultimo caso, lo Stato la cui legge viene resa applicabile non beneficerà direttamente di un trasferimento di risorse nel proprio territorio, ci sarà un incremento nel reddito dei suoi avvocati.<sup>93</sup>

Alla luce delle considerazioni di cui sopra si deduce che le parti tenderanno a fissare la sede dell'arbitrato in un ordinamento giuridicamente sviluppato, favorevole allo svolgimento del procedimento arbitrale, dotato di norme chiare e precise in materia, di una magistratura specializzata in grado di realizzare effettivamente il *favor arbitrati* previsto dal legislatore e, non da ultimo, di una dottrina accessibile, scritta in una lingua diffusa, che offra una risposta specialistica e chiara alle molteplici questioni tecniche suscitate dall'arbitrato. Solo la convergenza dei fattori appena indicati, infatti, minimizzerà il costo di un'eventuale controversia transnazionale. Si spiega dunque la preferenza per Ginevra, Parigi, Londra o New York quali frequentissime sedi di arbitrati e la scarsa frequenza di sedi italiane. Del resto, finita la guerra fredda, le considerazioni di natura geo-politica (nei rapporti Est-Ovest) arretrano rispetto a quelle di analisi economica del diritto le quali inducono le parti di contratti transnazionali, appunto, a scegliere la sede dell'arbitrato nell'ordinamento dello Stato dotato di maggiore *arbitration legal capital*<sup>94</sup>, l'ordinamento che minimizza i costi di svolgimento del procedimento arbitrale<sup>95</sup>. Agli Stati dotati di minore *arbitration legal capital* non resterà che eseguire i lodi pronunciati altrove limitandosi dun-

93. A. Ogus, *Economic Analysis and Comparative Law*, in *Mélanges Tallon*, Paris 1999, pp. 170-178, spec. p. 172, traduzione dello scrivente. Cfr. con particolare riferimento al problema dello *shopping* del diritto, F. Galgano, in *La globalizzazione*, cit., p. 86 ss. e p. 203. Cfr. A. Zoppini, *La concorrenza fra gli ordinamenti giuridici*, Roma-Bari 2004, nonché L.S. Rossi, "L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla comunitarizzazione alla costituzionalizzazione", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 78 ss.

94. Introduco in questo saggio il termine di *arbitration legal capital* che mi riservo di sviluppare in forma più compiuta in una futura pubblicazione.

95. Nell'epoca della guerra fredda, la scelta della sede dell'arbitrato dipendeva anche dalla collocazione politica di questo o quello Stato: la scelta di Stoccolma come sede di molti arbitrati del commercio est-ovest era legata prevalentemente a tali considerazioni.

91. Cfr. F. Marrella, *La repressione della corruzione, i codici etici e l'arbitrato internazionale*, in R. Acquaroli, L. Foffani, *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano 2003, p. 207 ss.

92. Ed anche effetti perniciosi sugli Stati *late comers* costretti a modifiche affrettate, tese al ribasso della soglia legislativa preesistente. Si parla in questo caso di *race to laxity* o ancora di *Delaware effect*. In argomento v. R. Romano, *The Genius of Corporate Law*, Washington, D.C., 1993.

que a prestare il proprio "braccio secolare" in applicazione alla convenzione di New York del 1958.

Analoghe considerazioni orienteranno la designazione della *lex contractus*, giacché l'elezione di norme inadeguate, eccessivamente complesse, o di difficile conoscibilità (siano esse di natura statale che astatale) porterebbe ad un aumento dei costi effettivi dell'arbitrato ed anche di quello dei costi-opportunità a causa dell'allungamento dei tempi del contenzioso.

Anche qui, infatti, si pone un problema di "costi di transazione". La presenza di tanti sistemi giuridici quanti sono gli Stati sovrani (circa 200), la strutturale inadeguatezza del diritto interno a regolare rapporti transnazionali e la scarsità (e le lacune) delle convenzioni interstatali di diritto uniforme del commercio spiegano da sé lo *shopping* del diritto<sup>96</sup> e la scelta della nuova *lex mercatoria*, una sorta di *level playing field* ove i costi di informazione sul diritto applicabile sono equamente distribuiti tra gli operatori appiando le asimmetrie informative.

In presenza di una scelta positiva del diritto applicabile, se entrambe le parti scelgono una *lex contractus* data, i costi di transazione collegati a questa designazione varieranno in funzione della conoscenza della *lex* e della prevedibilità delle conseguenze giuridiche del comportamento di ciascuna delle parti al contratto. Così, ad esempio, se in un dato contratto transnazionale viene scelta espressamente la legge del luogo in cui ha sede Tizio, i costi di transazione saranno per lui minimi ma massimi per Caio, supponendo che quest'ultimo abbia sede in un Paese diverso.

Nel caso di designazione della legge di un Paese *terzo*, invece, i costi di informazione circa il diritto applicabile possono essere uguali od asimmetrici per le parti. Senonché, il "costo" totale della scelta della *lex contractus*, in entrambi questi ultimi casi, è sicuramente maggiore nel caso precedente, almeno per una delle parti. Ciò in quanto il costo di transazione complessivo della scelta del diritto del Paese terzo è maggiore di quello della scelta del diritto di una delle due parti. Si tratta, dunque, di una scelta meno efficiente sotto il profilo della *law & economics*.

Poniamo ora il caso di una scelta della *lex mercatoria* e/o dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali. Qui, i costi di transazione, intesi alla stregua di costi della scelta della *lex contractus* sono minori rispetto alla scelta precedente e tendono a decrescere nel tempo, a mano a mano che la clausola di elezione della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit si diffonde nei contratti tra operatori di un dato settore. Ciò in quanto i contratti-tipo, gli usi commerciali del settore, i principi generali di diritto dei contratti internazionali (inclusi i Principi Unidroit) ed i codici di con-

dotta sono, dal punto di vista degli operatori, più facilmente conoscibili del diritto statale straniero. Da questo punto di vista è possibile affermare che i Principi Unidroit incentivano la scelta della *lex mercatoria* proprio perché, trattandosi di una fonte di cognizione scritta, autorevole, universale e facilmente accessibile, riducono i costi di informazione sul diritto applicabile al merito di una controversia.

E la riduzione dei costi di transazione avviene non solo con riferimento ai rapporti esterni dell'impresa transnazionale, coinvolge altresì i rapporti interni ad essa. La divisione del mondo in una pluralità di Stati nazionali ciascuno con un proprio diritto provoca una discontinuità giuridica che si pone in antitesi con l'organizzazione giuridica dell'impresa transnazionale, enti i cui "confini" vanno ben al di là di quelli del Paese di localizzazione della *holding*<sup>97</sup>. Rispetto alla *holding* cui fa capo l'impresa transnazionale, qualunque scelta di un diritto statale tra quelli in cui ha sede ciascuna delle controllate costituisce un costo di transazione per la direzione strategica del gruppo. Il posizionamento spaziale di ciascuna società dipende, infatti, da considerazioni (economiche prima che giuridiche) di diversificazione dei rischi connessi a ciascun settore o a ciascun mercato al fine di massimizzare i benefici della diversità degli ordinamenti giuridici dei singoli Stati in cui l'impresa opera in antitesi con l'esigenza di uniformità giuridica dei rapporti intra-gruppo. Così, se viene costituita la società A nel Paese X per esigenze di ottimizzazione fiscale; la società B nel Paese Y per minimizzare il costo del lavoro e la società C nel Paese Z per il minor prezzo delle materie prime, risulta evidente che, limitatamente ai rapporti tra A, B e C, i costi di transazione aumentano non appena sia applicato il diritto dello Stato X a materia diversa da quella fiscale.

La *lex mercatoria*, perciò, dal punto di vista della *holding*, diminuisce i costi di transazione infragruppo sostituendo al costo dell'informazione circa i vari diritti statali applicabili un unico insieme di regole uniformi.

Pertanto, per effetto della mondializzazione dell'economia, alla competizione delle imprese sui mercati metastatali si aggiunge una vera e propria competizione tra Stati, giacché, nel contesto arbitrale, gli Stati competono sia come Stato-ordinamento che come Stato-apparato.

In quest'ottica, alla crescente "domanda" di regole atte a disciplinare i contratti transnazionali e a risolvere le controversie da essi derivanti, si contrappone l'"offerta" di regole di ciascun ordinamento statale ovvero l'imposizione di norme ai privati (con riferimento alle norme imperative e

97. Cfr. F. Galgano, *op. cit.*, p. 20 ss.; sulle esigenze della pianificazione fiscale internazionale v. S. Cipollina, *I confini giuridici del tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano 2003, p. 37 ss.

96 V. sul punto F. Galgano, *La globalizzazione*, cit., p. 86 ss.

di applicazione necessaria)<sup>98</sup>. La scelta tra le diverse forme contrattuali così come quella della legge applicabile deriva, dunque, secondo un'ottica di *law & economics*, non tanto da una particolare *affectio* verso la *lex mercatoria*, bensì da criteri di economicità che portano a prediligere la scelta più efficiente della *lex contractus*.

### 3. Conclusioni

Il diritto del commercio internazionale non è il diritto commerciale interno di un singolo Stato, specie se di piccole dimensioni come l'Italia<sup>99</sup>.

L'esistenza e la diffusione della nuova *lex mercatoria* indica che la *governance* dei mercati mondiali è di tipo pluridimensionale e *post-statale* nel senso che accanto agli Stati ed alle Organizzazioni intergovernative un ruolo non secondario è svolto da enti privati di autoregolamentazione<sup>100</sup>.

Non credo che il linguaggio, le equazioni e le curve della *law and economics* costituiscano una panacea dei problemi che arbitrato e *lex mercatoria* suscitano, dati i numerosi assunti, impliciti, espliciti, ideologici e relativi da cui l'analisi economica del diritto muove<sup>101</sup>. Ciò nonostante, occorrerà sapere trarre frutto da questo particolare strumento che, in concorso con altri metodi, può aiutare a spiegare la complessità della globalizzazione economica del nostro tempo.

Piuttosto, negli anni a venire, occorrerà riflettere in termini di *legal capital* e sull'accentuazione della concorrenza tra ordinamenti giuridici. Se la maggior parte dei grandi arbitrati si svolge a Ginevra, Parigi, Londra e a New York, ma non a Roma o in qualche altra città d'Europa, se il diritto italiano viene scelto assai raramente come *lex contractus*, occorre riflettere

98. Su quest'ultimo punto cfr. L. Radicati di Brozolo, "Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire?", *Rév. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 1 ss.

99. Illuminante al riguardo C. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, 2nd ed., London 1981, p. 11: "The emergence of the law of international trade as a separate body of legal rules is one of the outstanding features of the legal development of the twentieth century. It has led, as we have seen, to a division of the traditional commercial law into two branches, the law applying to home transactions and that applying to international business. [...] Further, while domestic commercial law is firmly embedded in national law, in the law of international trade a growing tendency can be observed to move away from the fetters of national law and to establish a common international consent".

100. V. in questo senso, ma con accenti diversi, E. Kapstein, *Governare la ricchezza*, Carocci, Roma 2003; P.A. Muet, J. Stiglitz (a cura di), *Governance, Equity and the Global Markets*, Oxford 2001; J. Habermas, *La costellazione post-nazionale*, tr. it., Milano 1998.

101. Mi trovo dunque in sintonia col più generale giudizio espresso non da Richard bensì da Eric Posner nel recente saggio "Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?", *Yale L. J.*, 2003, p. 829 ss.

sulla coerenza complessiva dell'ordinamento italiano in termini di *legal capital*, capitale giuridico che si compone, nell'attuale fase del commercio internazionale, di una legislazione, di una giurisprudenza e di una dottrina specialistica di avanguardia capaci, dunque, di guidare i cambiamenti attraverso una maggiore apertura internazionalistica ed un continuo confronto comparatistico, senza rinchiudersi in uno sterile quanto astratto dogmatismo.