

Fabrizio Marrella (*)

LEX MERCATORIA E DIRITTO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La nuova *lex mercatoria*: un diritto globale transnazionale sviluppatosi con la connivenza degli Stati. — 2.1. La *lex mercatoria* osservata dall'interno e dall'esterno dell'ordinamento giuridico italiano. — 3. Diritto del lavoro umano e norme imperative di tutela nel diritto internazionale privato. — 3.1. Scelta del diritto applicabile e *lex mercatoria*. — 3.2. I limiti della *lex contractus* quali (unici) strumenti di salvaguardia dei contratti internazionali di lavoro autonomo. — 3.3. Il *jurisdictional touchdown*: accesso alla giurisdizione statale e giustizia sociale. — 4. Sovranità degli Stati e *shopping* del diritto del lavoro. — 4.1. Un caso emblematico: il disastro del Rana Plaza in Bangladesh. — 5. L'imperatività privatizzata: i codici di condotta come norme di tutela a-statale e transnazionale del lavoratore? — 6. Conclusioni.

1. — *Introduzione* — *Lex mercatoria* e diritto del lavoro sono fenomeni di per sé antitetici, almeno nel nostro tempo.

L'una nasce dalla libera contrattazione e quindi da un mercato sempre più globale; l'altro nasce per regolare la contrattazione in favore del lavoratore quale contraente debole e quindi deve essere imposto dallo Stato o, comunque, da un'autorità superiore alle parti.

Si tratta di una formidabile sfida in termini di *regulation mix* e di reciproca delimitazione: un esempio di *coordination in respectful disagreement*, per mutuare il titolo di uno scritto di A. van Streucken (1).

Ma chiunque cercasse in un qualsiasi repertorio bibliografico e nelle principali lingue del mondo un articolo di dottrina con lo specifico titolo di questo saggio non ne troverebbe punto.

Questo saggio potrebbe iniziare e finire così, in poche righe. Tuttavia, un discorso più articolato può mettere in luce alcuni aspetti utili a comprendere la dinamica di norme giuridiche di varia provenienza formale

(*) Professore di diritto internazionale presso l'Università di Venezia «Ca' Foscari» e la Luiss di Roma.

(1) Mi riferisco ad A.V.M. Struycken, *Cooperation and coordination in respectful disagreement. General course of Private International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2009, n. 311.

aventi a oggetto il commercio internazionale e con vario impatto sulla tutela dei diritti del lavoratore nel mondo dell'economia globale.

È ben noto che, nel nostro tempo, l'estensione territoriale dei mercati coincide sempre meno con la mappa dei confini territoriali (e doganali) degli Stati (2), e questo problema è destinato ad accentuarsi per gli Stati di più piccole dimensioni – tra cui, ormai, l'Italia –, mentre più rassicuranti scenari possono, per ora, prospettarsi per i macro-Stati (ad esempio, Usa e Cina) ove l'attrito tra frontiera «politica» ed «economica» si fa meno percepibile (3).

Eppure, ricordando le parole di Francesco Galgano: «[l']economia globale non è solo il commercio internazionale, non è solo la sua espansione planetaria, favorita dalla progressiva caduta delle barriere doganali, accentuatasi dopo la seconda guerra mondiale [...] La vera novità del nostro tempo risiede, piuttosto, nell'espansione planetaria dell'organizzazione produttiva. Nell'era dell'economia industriale, la produzione era sempre nazionale; erano internazionali i mercati di approvvigionamento delle materie prime e dei prodotti finiti. Nell'economia che si dice globale non sono solo le merci a circolare [...] in ambiti transnazionali si disloca e si ramifica la stessa organizzazione produttiva e distributiva» (4).

Orbene, la possibilità di delocalizzare la produzione all'estero e di ramificare l'organizzazione produttiva e distributiva dell'impresa non è avvenuta solo per effetto di una smithiana mano invisibile, bensì in funzione del

(2) In argomento vd. F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2005.

(3) A tale proposito si è potuto parlare di «illusione cartografica», cfr. K. Omaha, *The End of Nation-State: The Rise of Regional Economies*, Free Press, New York, 1995, trad. it. a cura di E. Angelini, *La fine dello Stato-nazione*, Baldini & Castoldi, Milano, 1996, p. 23. L'Autore (*ivi*, p. 30) 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». Secondo F. Galgano «Globalizzazione è parola fra le più usate, e abusate, del nostro tempo. Un punto è certo: la globalizzazione espande i mercati, mondializza le culture, getta le basi di una nuova, transnazionale, mondializzata, società civile, ma non sposta i confini che dividono la Terra in quasi duecento Stati, ciascuno dei quali presidia solo un frammento del mercato globale, e non è in grado di regolarlo». Aggiungiamo noi, non è in grado di regolarlo per l'intero, ma riesce – e a fatica – a regolare solo quel frammento del mercato che rientra nei propri confini nazionali.

(4) F. Galgano, *op. ult. cit.*, pp. 24-25.

,progressivo abbassamento dei costi di trasporto internazionale e, soprattutto, grazie agli accordi commerciali preferenziali stipulati dagli Stati, e, nel nostro contesto, dall'Unione europea (5), volti appunto a rimuovere le «barriere doganali» e quelle non tariffarie. In altre parole, il trasferimento del processo produttivo, o di alcune fasi di esso, si è verificato in aree geografiche o paesi in cui esistono vantaggi competitivi, quali appunto il minore costo dei fattori produttivi e in particolare della manodopera; luoghi da cui diviene possibile produrre a basso costo grazie a standard sociali e ambientali legittimi in base al diritto locale, ma particolarmente bassi, e da cui sia legittimo riesportare verso il mercato europeo i prodotti, beneficiando addirittura di un trattamento tariffario agevolato.

In altre parole, secondo Dominique Carreau, «l'attuale interpenetrazione delle economie che si denomina, non senza un pizzico di esagerazione, con il termine di "mondializzazione" è in realtà frutto dell'attuazione di apposite regole pattuite dagli Stati a partire dalla fine della seconda guerra mondiale. Tali regole-quadro del commercio internazionale, in modo paradossale, hanno avuto sempre come obiettivo la *liberalizzazione* dei mercati» (6).

Quei mercati, sempre più mondiali, trovano nei diritti nazionali un ostacolo ragguardevole, dovendo fare i conti con la persistente difformità del diritto interno agli Stati – incluso soprattutto il diritto del lavoro – e a causa del monopolio sovrano della regolazione giuridica nazionale che resta in capo agli Stati (7).

Così, se negli ultimi cinquant'anni e più la *lex mercatoria* è stata il vettore di un diritto uniforme dei contratti internazionali, capace di superare le difformità del diritto dei contratti dei singoli Stati – ne sono tangibile testimonianza i principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali –, il diritto del lavoro è rimasto prevalentemente nazionale e variabile sia nello spazio che nel tempo: baluardo estremo della tutela del lavoratore contro la mercificazione globale della dignità umana.

Certo, appositi limiti all'espansione e al modo di essere dei mercati internazionali, e quindi della stessa *lex mercatoria*, possono essere introdotti attraverso strumenti di diritto internazionale pattizio, come avviene, ad esempio, in materia di diritti umani o anche di trasporti marittimi inter-

(5) Cfr., ad es., F. Marrella, P. Marotta, S. Primiceri, *Codice doganale comunitario commentato*, La Tribuna, Piacenza, 2015.

(6) D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, V ed., 2013.

(7) Qui basti pensare alla *vexata questio* della riforma della Costituzione italiana e dell'interpretazione dell'art. 117 Cost.

nazionali, ove l'autonomia delle parti viene rigorosamente circoscritta al fine di evitare abusi da parte degli armatori (8). O come ancora sperano l'Ecuador e il Sudafrica, promotori di un trattato in materia di imprese multinazionali e diritti umani (9), proposto il 24 giugno 2014 al Consiglio per i diritti umani dell'Onu.

Non esiste, però, un trattato internazionale che regoli, in via generale, il *contratto (nazionale o internazionale) di lavoro*, né una Corte internazionale per la risoluzione delle controversie nascenti da quei rapporti. Piuttosto, gli Stati hanno stipulato tra loro diversi accordi volti a riconoscere determinati diritti sociali a determinate categorie di soggetti, a permettere alle imprese, in un'ottica di sviluppo della mobilità del personale, di distaccare i propri lavoratori all'estero, evitando che questi ultimi rischino di non essere assicurati in alcun paese o di essere assoggettati contemporaneamente a due sistemi nazionali di sicurezza sociale. Più in generale, gli Stati si sono accordati a inserire i diritti sociali fondamentali nel catalogo dei diritti umani (10), com'è avvenuto, ad esempio, attraverso il Patto per i diritti economici, sociali e culturali del 1966.

Più recentemente, alcuni Stati, e l'Unione europea in particolare, hanno tentato di utilizzare i trattati commerciali per promuovere obiettivi di tipo non economico, tramite apposite clausole sociali (11), a volte inserite in più vaste «clausole diritti umani». Così, la «clausola diritti umani», comprensiva dei diritti sociali fondamentali, è progressivamente divenuta, in alcuni trattati internazionali, «clausola essenziale» (12), ai sensi e per gli ef-

(8) Cfr. *inter multos*, F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, III ed., 2011, pp. 520 ss.; S. M. Carbone, *Autonomia privata e commercio internazionale*, Giuffrè, Milano, 2014.

(9) A/HRC/26/L.22/Rev.

(10) Cfr. L. Henkin, voce *Diritti umani*, in *Enciclopedia Treccani delle scienze sociali*, Roma, 1993, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-dell-uomo_\(Enciclopedia_delle_scienze_sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-dell-uomo_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)): «Il fatto che questi diritti siano qualificati come diritti umani, implica che si tratta di diritti universali, che devono essere riconosciuti all'individuo in ogni società indipendentemente dalla maggiore o minore disponibilità di risorse, dal livello di sviluppo politico, sociale o economico, dal sistema politico o economico, dalla confessione religiosa o dalle convinzioni ideologiche (anche se la capacità di uno Stato di realizzare i diritti economici e sociali può essere condizionata dalla disponibilità delle risorse)».

(11) Su cui vd. A. Perulli, voce *Clausola sociale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 187 ss.

(12) L'art. 9 degli Accordi di Cotonou in effetti così recita: «... *Respect for human rights, democratic principles and the rule of law, which underpin the Acp-Eu Partnership, shall underpin the domestic and international policies of the Parties and constitute the essential elements of this Agreement*».

fetti dell'art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. In quei trattati, il mancato rispetto dei diritti umani (ma solo in caso di *gross violations*) comporta la sospensione dell'esecuzione dell'accordo commerciale o degli aiuti allo sviluppo: sospensione che, tuttavia, nella prassi, si è verificata, finora, molto raramente.

Il punto debole del «matrimonio» tra clausole commerciali e clausole sociali è che si tratta di discipline rispondenti a interessi diversi. Perciò, al di fuori di gravi violazioni dei diritti umani, spesso diverse dalle violazioni dei diritti sociali, l'asservimento degli obiettivi commerciali a quelli della politica dei diritti sociali finisce con l'imporre standard che, per effetto del diverso potere negoziale delle parti, portano indubbiamente a comprimere la sovranità degli Stati economicamente più deboli, imponendo specifici costi per la realizzazione di tali tutele. Per tali ragioni, a volte, tale approccio di politica commerciale è stato percepito dai paesi in via di sviluppo come una forma di neocolonialismo a loro svantaggio. Si è affermato che gli Stati occidentali vogliono imporre i «loro» diritti umani e, soprattutto, i «loro» diritti sociali fondamentali a paesi in cui vigono diverse culture e con enormi necessità di sviluppo. Il fallimento dei negoziati del *Doha round* in seno al Wto e dei tentativi di avvicinare commercio internazionale e diritti sociali – anche su iniziativa dell'Oil – ha portato a un dialogo tra sordi (13). Così, da un lato, i paesi del Nord denunciano il *dumping sociale e ambientale* praticato dai paesi del Sud del mondo, in quanto costitutivo di una distorsione della concorrenza negli scambi commerciali globali; dall'altro, i paesi del Sud temono che, attraverso l'applicazione degli standard sociali e ambientali, quelli del Nord vogliano compromettere il loro sviluppo economico e ricorrano a una forma di protezionismo dissimulato, cercando di imporre nuove categorie di barriere non tariffarie.

Ulteriori strumenti di regolazione possono poi essere concepiti e attuati dagli Stati in seno alle organizzazioni intergovernative.

Tuttavia, le organizzazioni internazionali non sono, come ad alcuni giuramministrativisti è piaciuto definirle, veri e propri organi di governo della Comunità internazionale (14): si tratta di enti creati dagli Stati e al servizio degli Stati; organismi in cui si svolge la cooperazione istituzionale at-

(13) In argomento, tra una letteratura vastissima, cfr. P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Cedam, Padova, 2003; D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010; A. Cassese, P. Gaeta, *Le sfide attuali del diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 272 ss.; F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, III ed., 2011.

(14) Così S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

traverso l'intelligente utilizzo dell'azione diplomatica (15). L'Organizzazione internazionale del lavoro (d'ora in avanti Oil), attraverso la sua struttura tripartita, costituisce un'eccezione a quello schema nel procedimento di formazione delle norme, ma non nella fase della loro messa in opera e, se del caso, dell'attuazione coattiva: una funzione che resta affidata principalmente agli Stati.

Così, agendo nei limiti delle competenze attribuite dagli Stati membri, una singola organizzazione intergovernativa può essere, talvolta, abilitata a produrre vere e proprie norme vincolanti di diritto internazionale, ossia possiede, alle condizioni fissate nel suo trattato istitutivo, un *law making power*. Ma si tratta dell'eccezione, non della regola. È questo il paradigma da tenere in mente quando si volge lo sguardo all'Oil o all'Organizzazione mondiale del commercio (Wto). E anche quando quel *law making power* viene legittimamente esercitato, si possono avere peculiari norme di diritto internazionale oggettivo, come sono quelle delle convenzioni dell'Oil, ma anche quelle in materia di diritti umani, le quali, pur essendo formalmente di *hard law*, sono di applicazione difficile, progressiva, costosa e non sinallagmatica (16).

All'attività normativa degli Stati *uti singuli* e a quella delle organizzazioni intergovernative si affianca quella degli operatori privati del commercio internazionale: vero fulcro della *lex mercatoria*.

Qui, basti osservare che l'estensione di molti grandi gruppi societari è tale che il valore della loro «economia interna» ha superato il Pil di molti Stati del pianeta (17). Ciò è stato possibile mettendo in competizione proprio i diversi ordinamenti giuridici statali onde cogliere le migliori opportunità in tema di standard sociali e ambientali o, ancora, fiscali e bancari. Ma se la diversità e la concorrenza tra ordinamenti giuridici statali può essere utile alle imprese per massimizzare i benefici economici tramite lo *shopping* del diritto nazionale, è vero il contrario quando quegli stessi operatori ricercano la certezza del diritto. E allora, quando si passa dai diritti

(15) Per informazioni vd., *inter multos*, R. Monaco, C. Curti Gialdino, *Diritto internazionale pubblico*, Utet, Torino, III ed., 2009; D. Carreau, F. Marrella, *Droit International*, Pedone, Paris, XI ed., 2012, presto anche in edizione italiana.

(16) A. Cassese (a cura di P. Gaeta), *Diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2013; R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2008, n. 333, pp. 175 ss.

(17) Cfr., ad es., Unctad, *World investment report 2004*, Unctad/Wir/2004; *Development and Globalization: Facts and Figures*, Unctad/Gds/Csir/2004/1, nonché le osservazioni di F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 27 ss.

sociali e ambientali alla disciplina delle operazioni di scambio internazionale di merci e servizi, alla diversità giuridica occorre sostituire l'uniformità del diritto. Qui, si innesta il discorso sulla *lex mercatoria*, quale diritto uniforme necessitato dagli operatori del commercio internazionale per la conclusione, *inter alia*, di contratti di compravendita, finanziamento, subfornitura, trasporto e sistemi di pagamento internazionali.

All'inettitudine e soprattutto all'inerzia degli Stati a concordare attraverso appositi strumenti di diritto internazionale le regole uniformi di *quei contratti di scambio*, si è perciò contrapposta la reazione della *International business community* attraverso il progressivo sviluppo della nuova *lex mercatoria*.

La nuova *lex mercatoria*, infatti, non aspira a regolare il piano del diritto internazionale «pubblico», salvo costituire un *prius* logico e culturale della concezione e della diffusione delle ricette economiche neoliberistiche che poi si traducono in certi tipi di accordi internazionali o in un certo tipo di interventi di determinate organizzazioni internazionali economiche come, ad esempio, il Fmi o il Wto. Il terreno di elezione della nuova *lex mercatoria* è, infatti, quello del diritto internazionale privato dei contratti.

2. — *La nuova lex mercatoria: un diritto globale transnazionale sviluppatosi con la connivenza degli Stati* — La nuova *lex mercatoria* oggi si caratterizza per essere un complesso di norme di *diritto internazionale privato materiale e processuale uniforme di origine a-statuale*: norme che si coordinano in vario modo con quelle di origine statuale e interstatuale per confluire nel diritto del commercio internazionale contemporaneo (18).

(18) Diffusamente al riguardo F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003; nonché F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, III ed., 2011. Avvisa anche F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, 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*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 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, 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». L'esimio Autore di Oxford, autorevole esponente della dottrina giuscommerciale inglese, non percepisce tuttavia che, nel nostro secolo, le norme di diritto internazionale privato possono essere sia delle norme di conflitto

Il fenomeno studiato è multiforme e presenta una dimensione sostanziale e una processuale.

Sotto il primo profilo, quello sostanziale, va detto subito che la nuova *lex mercatoria* disciplina contratti internazionali *business to business*, sollecitando la materia societaria (19) ma senza estendersi, ad esempio, a quella fallimentare (20). 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* (21).

La dimensione *processuale* della *lex mercatoria* va colta, invece, con riferimento alla disciplina *a-statuale* dell'arbitrato commerciale internazionale amministrato. Alla mutevolezza nello spazio e nel tempo del diritto processuale statale (comprese le *sue* norme in materia di arbitrato) si contrappone l'uniformità metanazionale del regolamento di arbitrato amministrato sicché, per gli operatori del commercio internazionale, il procedimento arbitrale presenta un grado di uniformità e di conoscibilità di gran lunga superiore (e minori costi di informazione) rispetto a quello dei sistemi processuali nazionali. Pertanto, diritto dei *mercatores* ed esercizio, nell'ambito di quel corpo sociale, di un potere giurisdizionale sono due fenomeni correlativi e complementari (22).

(a cui egli esclusivamente si riferisce) sia delle norme di diritto materiale, come appunto quelle della nuova *lex mercatoria*. Cfr., in proposito, F. Marrella, *Lex Mercatoria and the Unidroit Principles: a shock or a new chapter of contemporary private international law?*, in A.C. Yldirim, S. Eskiyouk, *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*, Oniki Levha Yayinciik A.Ş., Istanbul, pp. 75-88.

(19) La quale resta fondamentalmente nazionale e dà vita alla concorrenza degli ordinamenti giuridici magistralmente messa in evidenza da R. Romano nel libro *The Genius of American Corporate Law*, American Enterprise Institute, Washington, 1993.

(20) R. Brandt, *Fundamentals of International Business Transactions*, Kluwer Law International, 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*».

(21) Vd. F. Galgano, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, IV ed., 2001, pp. 44 ss. ove riferimenti completi.

(22) Vd. al riguardo Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, e Idem, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 1965, pp. 99 ss., poi in Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1997, pp. 650 ss. E in Italia vd. già W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1963, n. 4, p. 93, che, lucidamente, aveva rilevato che «accade oggi, nelle grandi associazioni commerciali e industriali, ciò che avveniva nel Medioevo e che ha portato alla formazione di un diritto professionale dei mercanti. Rapporti d'affari nei quali si fondavano tradizionali elementi giuridici e nuovi elementi tecnico-economici erano sottoposti, in caso di controversia, agli organi giurisdizionali corporativi, che tendevano a va-

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

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

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 invece suddiviso in Stati sovrani. 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* (23). Le inevitabili lacune del diritto interstatale uniforme in materia contrattuale, l'assenza di una Corte mondiale deputata a conoscere le controversie nascenti dai rapporti economici transnazionali, e la diversificazione degli attori del commercio internazionale hanno indotto gli Stati a dare grande impulso all'arbitrato commerciale internazionale e agli *Adr* (e *Odr*) *methods*, lasciando dunque agli operatori economici spazi di autonomia del tutto nuovi, come ad esempio si avverte in materia di commercio elettronico.

2.1. — *La lex mercatoria osservata dall'interno e dall'esterno dell'ordinamento giuridico italiano* — Si è discusso e si continua a discutere moltissimo sulla nuova *lex mercatoria* e sui suoi caratteri per stabilire se sia «norma» essa stessa o fonte di norme, per individuare il suo fondamento e la sua forza, per chiarire il meccanismo della sua creazione e per stabilirne le modalità di applicazione (24).

lorizzare più gli elementi nuovi che i vecchi, e le loro decisioni valevano, naturalmente, entro l'ambito corporativo (sempre 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.

(23) 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 a elaborare delle regole per disciplinare direttamente i loro rapporti. Si può ravvisare dunque, in questo contesto, un fenomeno jellinkiano di autolimitazione dello Stato: una sorta di *self-restraint* cui corrisponde l'autoregolamentazione del ceto degli affari. Peraltro, le convenzioni interstatuali di diritto contrattuale uniforme costituiscono solo una parziale soluzione al problema della regolamentazione del commercio transnazionale.

(24) In argomento F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003, pp. 636 ss.

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 e, potenzialmente, giuslavoristico –, viene in considerazione l'autonomia privata interna e la possibilità per le parti di porre in essere contratti *atipici* sia pure rispondenti a modelli contrattuali internazionalmente uniformi. Da questo punto di vista, man mano che ci si allontana dal baricentro del contratto di lavoro subordinato quale paradigma della massima tutela disponibile per il lavoratore, occorrerà prestare la più grande attenzione allo sviluppo e alla diffusione di forme contrattuali atipiche di lavoro autonomo all'interno dell'ordinamento italiano.

L'altro approccio – che è quello più prettamente *giusinternazionalistico* – consiste nell'esaminare i contratti internazionali e stabilire se la nuova *lex mercatoria* espliciti la propria efficacia a titolo di *lex contractus*, ossia di diritto applicabile *tout court* alle obbligazioni nascenti dal contratto, ovvero in combinazione con una *lex causae* a carattere statale preventivamente individuata e nei limiti ammessi da quest'ultima.

Da questa prospettiva, si è già osservato come la nuova *lex mercatoria* si sviluppi sino a divenire applicabile in particolari contratti internazionali di lavoro autonomo quali, ad esempio, il contratto di agenzia, di distribuzione commerciale o ancora di subfornitura. Uno dei primi e più celebri casi di *lex mercatoria* dinanzi al giudice nazionale si ebbe proprio a proposito di un contratto di agenzia (25).

(25) Mi riferisco al caso *Norsolor*, su cui vd. F. Marrella, *op. ult. cit.* La controversia, come è noto, traeva origine dalla risoluzione anticipata del contratto di agenzia da parte della società francese Norsolor a danno del proprio agente di commercio: la società turca Pabalk Ticaret Limited Sirketi. Nel caso di specie, poiché la materia del contendere si riferiva all'indennità di clientela, il cui regime giuridico risultava diverso secondo il diritto francese e quello turco, il Collegio arbitrale, invece di procedere alla localizzazione della fattispecie in un ordinamento statale, faceva riferimento alla *lex mercatoria* al fine di decidere nel merito la controversia. A questo punto, il Collegio arbitrale faceva riferimento al principio di buona fede contrattuale, concepito come principio fondamentale dell'intera *lex mercatoria*. Si trattava della buona fede oggettiva la cui essenza veniva individuata nel mantenimento delle buone relazioni d'affari tra operatori economici. In base a tale parametro, gli arbitri rilevavano che il comportamento della società francese non risultava conforme a buona fede e pertanto la condannavano al risarcimento dei danni. Il che, peraltro, dimostra che la *lex mercatoria* non è necessariamente sfavorevole al lavoratore autonomo.

In ciascuna di queste determinazioni diviene cruciale la concezione del diritto dalla quale si muove il discorso: 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» (26). 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 (27), ma anche in ottica giusinternazionalistica (28).

Così, quegli studiosi che muovono da un'impostazione dogmatica vol-

(26) Cfr. V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, vol. I, p. 152, ove puntuali riferimenti.

(27) 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 e, eventualmente, presso la medesima popolazione più ordinamenti giuridici, che possono anche essere, in tutto o in parte, mutuamente repulsivi» (V. Ferrari, *op. ult. 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».

(28) Vd., per tutti, G. Arangio-Ruiz, *Dualism Revisited: International Law and Interindividual Law*, in *Riv. dir. int.*, 2003, pp. 909-999. Cfr. J. Salmon (a cura di), voce *Pluralisme juridique*, in *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/Auf, Paris-Bruxelles, 2001, pp. 838-839, ove si 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. À l'échelle internationale, un dualiste, qui considèrera qu'il existe autant de droits que de sociétés ne sera dès lors pas nécessairement pluraliste». Avvisano al riguardo M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, in T. Treves (a cura di), *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, 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 e 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*.

ta a 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*» (29).

Seguendo tale impostazione, la prevalente dottrina internazionalprivatistica degli ultimi due secoli 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 sempre alla cd. 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 giuridica della *lex mercatoria*, la cui efficacia dipenderà, in definitiva, dalla tolleranza di ciascuno Stato cui spetterà ogni valutazione in termini di giuridicità/a-giuridicità, nonché di rilevanza/irrelevanza (30).

Invece, per quegli studiosi orientati a una visione più ampia del diritto, incluso il diritto internazionale privato, e che 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 (31). E, infatti, 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 giu-

(29) R. Ago, *Règles générales des conflits de lois*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936, n. 4, p. 302.

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

(31) La Chiesa e 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. 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*, in *Dir. comm. int.*, 2004, pp. 619 ss.

ridici, 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, giurisprudenza arbitrale 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 l'ordinamento giuridico statale ha tentato di sgretolare i suoi elementi costitutivi formulando le seguenti principali obiezioni: a) non è possibile individuare i soggetti appartenenti alla *societas mercatorum*; b) manca un'autorità centrale in grado di esercitare un potere sovrano; c) qualora vi fosse un ordinamento giuridico risulterebbe carente di contenuto; d) non si rilevano sanzioni proprie a tale ordinamento (32).

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 quel ragionamento mi pare, dunque, evidente.

Se così è, e però senza rinunciare a mantenere un'ottica rigorosa, occorre muovere dall'assunto che l'ordinamento statale è solo *uno* dei tipi di ordinamento possibili per regolare degli interessi di ordine collettivo e che, in particolare, oltre al modello dell'ordinamento statale può essere preso a riferimento, *inter alia*, quello dell'ordinamento giuridico internazionale (33). Così, Alain Pellet, già presidente della Commissione di diritto inter-

(32) Vd., per tutti, P. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1983, pp. 125 ss.

(33) Illuminanti, al riguardo, restano i lineamenti di teoria generale del diritto tracciati, sia pure con accenti diversi, da S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, II ed., 1946; T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, I, Cedam, Padova, 1955, pp. 37 ss.; Idem, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Cedam, Padova, 1967, e

nazionale dell'Onu, sulla scia di un isolato quanto premonitore scritto di Virally (34), ha preso, in tempi recentissimi, le distanze dal coro dei molti critici contro la *lex mercatoria* fra i quali egli stesso aveva militato, rilevando che qualora, sia pure per ipotesi, si ammettesse l'esistenza di un *ordinamento mercatico*, tale ordinamento non assomiglierebbe a quello interno bensì presenterebbe caratteri di marcata affinità proprio con l'ordinamento internazionale (35).

Confrontando la *lex mercatoria* con l'ordinamento giuridico internazionale emerge, infatti, che, a differenza di quanto accade nel diritto interno, in entrambi i casi ci si trova dinanzi a norme giuridiche sprovviste del carattere della *territorialità*. Inoltre, mancando un potere *sovraordinato* in entrambi gli ordinamenti, quello internazionale e quello della *lex mercatoria* – ma a differenza dell'ordinamento interno –, si tratta di *diritto spontaneo*. La distinzione tra diritto internazionale generale, cioè applicabile a tutti gli Stati e particolare, ovvero applicabile a una cerchia ristretta di soggetti (36), appare valida anche nel contesto della *lex mercatoria*. Nell'ambito di quest'ultima, a regole di carattere generale, come quelle oggi evidenziate dai principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali, si affiancano norme speciali, pattuite negli accordi internazionali, sia per la materia trattata che rispetto ai soggetti cui essa è applicabile.

È altresì pacifico che se 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 (37).

Certo, si rileva sempre nel diritto internazionale, esistono pure consuetudini particolari; tuttavia «le tipiche norme di diritto internazionale sono quelle poste da accordi (o patti, o convenzioni, o trattati) internazionali e

T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, nonché *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in Idem, *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, rispettivamente a pp. 69 ss. e pp. 113 ss.

(34) M. Virally, *op. ult. cit.*, pp. 384 ss.

(35) A. Pellet, *La lex mercatoria, «tiers ordre juridique»? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public*, in Aa.Vv., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 54-74.

(36) B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, VI ed., 2002, p. 5.

(37) In argomento, tra una letteratura vastissima, cfr. G. Arangio-Ruiz, voce *Consuetudine internazionale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988; L. Condorelli, voce *Consuetudine internazionale*, in *Digesto IV disc. pubbl.*, III, 1989, pp. 490 ss.

che vincolano solo gli Stati contraenti» (38). Ma da parte 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* (39).

Nel diritto internazionale si osserva che, oltre alle consuetudini e agli accordi internazionali, si trovano i procedimenti previsti da accordi, fonti di diritto internazionale particolare, definite alla stregua di *fonti di terzo grado*, ossia di fonti di diritto internazionale derivato. Trattasi, in altre parole, degli atti delle organizzazioni intergovernative: atti che possono avere natura vincolante o, più spesso, meramente esortativa. Orbene, anche dal punto di vista della *lex mercatoria*, si possono evidenziare dei fenomeni simili: gli operatori del commercio internazionale danno vita a forme peculiari di aggregazione in seno a organizzazioni internazionali non governative, le quali possono avere vocazione generale (ad esempio, la Cci) (40) o settoriale (ad esempio, la Iata), dotandole per statuto di determinati poteri. Questi possono avere per oggetto la redazione di *contratti-tipo*, l'emanazione di raccomandazioni, la compilazione degli usi del commercio internazionale, la predisposizione di eventuali meccanismi di soluzione delle controversie tra membri.

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 ap-

(38) B. Conforti, *op. ult. cit.*, p. 6; M. Giuliano, T. Scovazzi, T. Treves, in T. Treves (a cura di), *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 221, ove riferimenti.

(39) Con riferimento all'ordinamento interstatale, B. Conforti, *op. ult. 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 che l'accordo internazionale risulta subordinato alla consuetudine, sviluppando la tesi di B. 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.

(40) E vd., sull'origine della Cci, il volume di G. Ridgeway, *Merchants of peace. Twenty years of business diplomacy through the International Chamber of Commerce*, Columbia University Press, New York, 1938.

plicabile. In realtà, com'era stato esattamente rilevato già quasi un secolo fa, da Widar Cesarini Sforza, pur senza riferirsi espressamente alla *lex mercatoria*, si tratta di «un'altra legge che si sostituisce a quella *statuale*, e che, rispetto ai suoi destinatari, ha anch'essa, in parte, un valore semplicemente dispositivo, ma in parte anche un valore tassativo [...] il sostituire un regolamento personale a quello stabilito dall'associazione equivale praticamente a considerarsi fuori dall'associazione stessa, vale a dire comportarsi in conformità di un altro e diverso ordinamento, che è naturalmente, quello *statuale*» (41).

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 internazionale, ci si accorda a rilevare che la funzione di accertamento giudiziario del diritto «è in prevalenza una funzione di carattere arbitrale» (42). Di più, si nota che, mentre nell'ordinamento giuridico interno il ricorso all'arbitrato è, ancor oggi, un fatto eccezionale, per le caratteristiche strutturali sue proprie, «nel diritto internazionale esso costituisce la regola» (43), se non, da sempre, una necessità. 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 (44). L'impiego dell'arbitrato come metodo di risoluzione delle controversie transnazionali è un fatto notorio, a tal punto che la *lex mercatoria* vive proprio nella (e della) giurisprudenza arbitrale.

In conclusione, sembra evidente che si è in presenza non di una sem-

(41) W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1963, n. 4, p. 93 e, con riferimento all'antico *ius mercatorum*, vd. H. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it., il Mulino, Bologna, 1998, pp. 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». Il corsivo è aggiunto.

(42) B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, VI ed., 2002, p. 7.

(43) *Ibidem*.

(44) 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*, Clueb, Bologna, 1993, p. 34), mentre, secondo Ph. Fouchard (*Appunti delle lezioni di Dea 1998*, inedito), l'80% dei contratti internazionali risulta munito di accordo arbitrale; cfr. altresì P. Bernardini, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss.

plice manifestazione di autonomia privata (come ritengono i critici della *lex mercatoria* che la osservano con i paraocchi del proprio diritto interno statale), bensì di un ordinamento giuridico transnazionale che è parte del diritto internazionale contemporaneo e che non è prodotto dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali.

I componenti di un corpo sociale esteso su uno spazio transnazionale possiedono l'aspettativa che la *lex mercatoria* si applichi per tutti gli affari la cui trattazione costituisce lo scopo e la ragion d'essere di quella *business community*. Da questo punto di vista, dunque, i contratti-tipo, gli usi del commercio internazionale, i principi generali di diritto, inclusi i principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali e i codici di condotta collettivi (45), sono gli elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico originario della nuova *lex mercatoria*.

A fortiori, un segno indelebile – una sorta di punta dell'*iceberg* – del passaggio dal livello delle mere manifestazioni di autonomia privata a un ordinamento giuridico a-statale lo si coglie allorché venga costituito dagli operatori economici un ente associativo destinato a esercitare un'*autorità tecnica* sugli operatori medesimi. Quell'ente, infatti, come avviene presso la Camera di Commercio internazionale, codifica gli elementi costitutivi della *lex mercatoria* sviluppando altresì le forme giurisdizionali (*id est*: arbitrato e *Adr methods*) in cui quegli elementi sono destinati a essere applicati.

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 (46). Ma anche dal punto di vista della *lex mercatoria* si possono evidenziare sanzioni proprie all'ordinamento medesimo (*market based sanctions*): sanzioni che, al pari di quanto osservato nel diritto internazionale, possono ricondursi alle figure generali dell'autotutela individuale e collettiva e che si impongono in quanto «regole del gioco» (47): regole del mercato a cui tutti devono adeguarsi – operatori privati e statali del commercio internazionale – pena l'esclusione di fatto dalla contrattazione.

(45) La nozione di codice di condotta «collettivo» si trova in F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003.

(46) In argomento cfr. L. Picchio Forlati, *La sanzione nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1974, *passim*, nonché L. Picchio Forlati, L.A. Sicilianos (a cura di), *Economic sanctions in international law*, Brill, Leiden-Boston, 2004, pp. 105 ss.

(47) D. Carreau, F. Marrella, *Droit International*, Pedone, Paris, XI ed., 2012.

Qualora poi fosse necessario ricorrere al braccio secolare dei singoli Stati per ottenere l'esecuzione coattiva del lodo arbitrale in tutti quegli ordinamenti nazionali 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 (48).

3. — *Diritto del lavoro umano e norme imperative di tutela nel diritto internazionale privato* — Se il contratto è il principale strumento per la circolazione della ricchezza e l'acquisizione dei fattori produttivi, è altrettanto evidente che la regolazione dei contratti è un momento decisivo della stessa regolazione del mercato. Ciò, tuttavia, presuppone e realizza sempre precise scelte politiche, sia a livello degli accordi tra Stati o dell'attività delle organizzazioni intergovernative in diritto internazionale, sia al livello delle politiche sociali e della regolazione nazionali. Com'è stato evidenziato da Pessi in un recente saggio, «[s]e è vero, infatti, che non appartiene al contratto la funzione di risolvere i problemi del benessere individuale e collettivo, è vero altresì che attraverso i limiti legali è possibile condizionare e limitare il mercato a produrre una ricchezza redistribuibile in chiave di solidarietà e di occupazione» (49).

E, a tal fine, il diritto del lavoro possiede due dati strutturali: 1) l'inderogabilità della norma lavoristica e la (almeno parziale) indisponibilità dei diritti; 2) la rigidità del tipo contrattuale e la peculiarità delle tecniche di tutela (50).

(48) Convenzione di New York del 10 giugno 1958, sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, ratificata con legge 19 gennaio 1968, n. 62 (in *Gazz. Uff.*, 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.

(49) Cfr. R. Pessi, *Ordine giuridico ed economia di mercato*, Cedam, Padova, 2010, p. 11: «L'obiettivo è dunque quello di fare in modo che il diritto del lavoro e i sistemi del *welfare*, cresciuti nell'ambito degli Stati nazionali ed esposti nell'economia globale (e già in quella comunitaria) a permanenti giudizi comparativi in termini di efficienza, di costi e di produttività, non diventino la causa prima (e forse l'unica) dell'arretramento della tutela della persona e del depauperamento delle sue opportunità di sviluppo nella società».

(50) Cfr., ad es., F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*

La tutela del prestatore di lavoro, quale contraente economicamente e contrattualmente più debole, costituendo l'essenza del diritto del lavoro, si contrappone al pancontrattualismo formalmente egitario di cui la *lex mercatoria* è portatrice.

Un droit négocié c'est le droit du plus fort! Così le finalità della tutela del lavoratore sarebbero evidentemente frustrate se quest'ultimo fosse completamente libero di disporre dei suoi diritti, specie durante il corso del rapporto. A questo peculiare principio, attualmente messo in discussione dalla riforma del lavoro in Italia (51), ma valevole anche nel diritto internazionale privato e processuale, bisogna risalire per spiegare il particolare atteggiarsi della tutela dei diritti del prestatore di lavoro.

Inoltre, va sottolineato che, a differenza di quanto avviene nei contratti commerciali internazionali ove l'arbitrato è il modo principale di risoluzione delle controversie nascenti da quei rapporti, per i contratti individuali di lavoro resiste il principio di inarbitrabilità di quelle controversie. Si tratta di un principio particolarmente diffuso in diritto comparato che, come tale, rende l'arbitrato internazionale in materia di lavoro difficilmente praticabile (52).

Pertanto alla nuova *lex mercatoria* viene impedito di insinuarsi, sia a livello processuale, sia a livello di regolazione del contratto di lavoro subordinato (par. 3.1), anche attraverso gli appositi limiti internazionalprivatistici all'applicazione del diritto straniero (par. 3.2). Le eventuali controversie transnazionali in materie di lavoro si concentrano in capo al giudice nazionale sollevando delicati problemi di diritto internazionale privato (par. 3.3).

3.1. — *Scelta del diritto applicabile e lex mercatoria* — Posto che ogni Stato regola il «proprio» diritto del lavoro nell'ambito del proprio ordinamento giuridico nazionale, fermi restando gli obblighi di diritto pattizio — e, per quanto riguarda gli Stati membri Ue, ferma altresì restando la normativa Ue —, ne segue che, negli oltre 190 Stati di cui si compone l'odierna Comunità internazionale, si avranno altrettanti ordinamenti settoriali

ro, 2, *Il lavoro subordinato*, VI ed., Utet, Torino, 2008, pp. 3 ss.; O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, III ed., 2014, pp. 16 ss., ove riferimenti.

(51) Cfr. P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, Milano, 2015.

(52) Poco importa se, in Italia, sia comunque possibile pattuire clausole compromissorie (ex art. 808 cod. proc. civ.) con cui il datore di lavoro e il lavoratore devolvono ad arbitri eventuali controversie nascenti dal contratto di lavoro. Tale facoltà è assai circoscritta e condizionata a determinate condizioni, quali, *inter alia*, la previsione di clausole compromissorie negli accordi interconfederali o nei contratti collettivi e la certificazione a pena di nullità.

di diritto del lavoro con diverse convenzioni internazionali in vigore, diverse norme statali e contratti collettivi (laddove esistano).

Il che è perfettamente lecito e si trova ribadito nella fondamentale *Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli tra Stati*, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu nel 1970, indicando che «ogni Stato ha il diritto di scegliere e di sviluppare liberamente il suo sistema politico, sociale, economico e culturale» (53).

Sicché, come già notava esattamente Scipione Gemma, «data la giustapposizione nello spazio di tante discipline territoriali del contratto di lavoro quanti sono gli Stati indipendenti, data la possibile diversità di cittadinanza nei contraenti, la diversa sede delle imprese, la diversa sede del luogo di lavoro, la possibile non coincidenza tra esse sedi e luoghi con il luogo di conclusione del contratto, possono sempre sorgere questioni sulla sottoposizione del contratto a una piuttosto che a un'altra disciplina nazionale» (54). E oggi, la «disciplina nazionale» va intesa quale *lex causae*, ossia, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 218/95 di riforma del diritto internazionale privato italiano, quale ordinamento giuridico nel suo complesso, inclusivo delle convenzioni internazionali in vigore (55).

Perciò, *de iure condito*, un possibile punto di contatto dei contratti di lavoro con la nuova *lex mercatoria* si ha allorquando un rapporto di lavoro presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, vuoi con riferimento alle parti contraenti, vuoi con riferimento al luogo di svolgimento della prestazione, sollecitando interessanti profili di diritto internazionale privato (56).

Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, la materia dell'individuazione della legge applicabile al contratto di lavoro è attualmen-

(53) Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970.

(54) S. Gemma, *Il diritto internazionale del lavoro*, in P. Fedozzi, S. Romano (diretto da), *Trattato di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1938, p. 150.

(55) Cfr., ad es., F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, Utet, Torino, VI ed., 2013, pp. 248 ss.

(56) Cfr. L. Picchio Forlati, *Lavoro nel diritto internazionale privato*, in *Digesto sez. comm.*, IV ed., vol. VIII, Utet, Torino, 1992, p. 346; F. Mosconi, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 20, p. 52; U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 3 ss.; F. Seatzu, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro*, in N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 338; M. E. Corrao, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 503; G. Orlandini, *Il rapporto lavoro con elementi di internazionalità*, Workingpaper, Catania, 2012, n. 137.

te disciplinata dalla legge n. 218/1995, che rinvia espressamente, e si tratta di rinvio recettizio, alla Convenzione di Roma del 1980 (57). Il rinvio *de quo*, com'è noto, ha però solo valore residuale applicandosi, *proprio vigore*, il Regolamento Ce n. 593/2008 (d'ora in avanti, Regolamento Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Ma se il diritto del lavoro si fondasse unicamente su *norme imperative*, giacché l'imperatività equivale alla più potente garanzia del lavoratore, se ne dovrebbe dedurre che le norme di conflitto non dovrebbero operare in materia giuslavoristica, al pari di quanto avviene in materia tributaria o penale ove le normative sono di applicazione necessaria (58).

Non è così nei moderni sistemi di diritto internazionale privato, tra cui quello vigente in Italia come in altri Stati membri della Ue, in base al Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Vi è dunque spazio per la *lex mercatoria* quale legge applicabile a un contratto transnazionale di lavoro?

La risposta, fino a oggi, pare sicuramente negativa, almeno per quanto riguarda il lavoro subordinato. Opposte conclusioni valgono, tuttavia, per il lavoro autonomo, giacché il legislatore Ue ha previsto un'apposita disciplina di tutela internazionalprivatistica solo per il lavoro subordinato (e per estensione, sia pure implicitamente, parasubordinato), mentre il lavoro autonomo rientra nella disciplina generale valevole per tutti i contratti internazionali.

È solo avendo a mente la particolare natura del rapporto di lavoro subordinato, inteso come lavoro *tout court*, che il legislatore Ue ha ammesso il principio della libertà di scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nascenti da tale rapporto, a condizione che il livello di prote-

(57) Sul significato di tale rinvio vd. F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, III ed., 2011, pp. 328 ss. Così, ad esempio, la Cassazione (sentenza n. 15822/2002) ha ritenuto la domanda diretta a ottenere la declaratoria di illegittimità di un licenziamento e il conseguente reintegro nel posto di lavoro soggetta alla disciplina di cui alla Convenzione di Roma del 1980. Successivamente, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata in quanto non aveva nemmeno dichiarato la contrarietà all'ordine pubblico italiano di una normativa straniera che non prevedeva tutela contro il licenziamento.

(58) È appena il caso di ricordare che, con tutti i paesi verso i quali si registrano flussi migratori di personale italiano, l'Italia ha stipulato apposite convenzioni internazionali volte ad assicurare e disciplinare opportunamente la tutela previdenziale di quei lavoratori e in particolare la ricongiunzione della posizione contributiva maturata in Italia con quella maturata all'estero. Le stesse convenzioni disciplinano anche, in vario modo, il regime previdenziale applicabile nel caso di trasferimento o missione del lavoratore italiano già dipendente da impresa italiana.

zione concesso al lavoratore rimanga lo stesso di quello previsto dal diritto applicabile in mancanza di tale scelta (59).

A differenza di quanto avviene per i contratti del commercio internazionale ove la libertà di scelta è vastissima e quindi può spingersi sino a scegliere la *lex mercatoria*, specie se in abbinamento con clausole arbitrali in grado di superare persino i limiti disposti dal Regolamento Roma I, i contratti individuali di lavoro sono oggetto di una peculiare forma di tutela internazionalprivatistica, oltre a essere, in via generale, *inarbitrabili*. L'applicazione della *lex mercatoria* viene perciò neutralizzata nel contratto individuale di lavoro prevedendo, in via generale, solo la tutela giurisdizionale statale (in luogo di quella ottenibile tramite l'arbitrato internazionale) e limitando opportunamente l'ambito dell'autonomia contrattuale ammessa dalle norme di diritto internazionale privato, affinché quest'ultima possa esplicarsi solo in favore di un diritto statale.

Secondo il Considerando n. 23 del Regolamento Roma I, «[p]er quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti considerati deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali». Ciò si traduce nella regolazione delle norme di conflitto in funzione di obiettivi di diritto materiale, dimodoché viene ridotto al minimo il rischio che il lavoratore si trovi costretto a convenire sulla scelta di un diritto regolatore delle obbligazioni contrattuali per lui svantaggioso.

È questo il senso generale dell'art. 8, par. 1, del Regolamento Roma I, rubricato «Contratti individuali di lavoro», il quale prevede che «[u]n contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti conformemente all'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo».

In altre parole, l'art. 8 prevede che la scelta della legge applicabile a opera delle parti non possa mai privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle *norme imperative*, ossia inderogabili in materia di lavoro, previste dalla legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta (di cui all'art. 8, par. 2, del medesimo Regolamento). Queste norme imperative appartengono all'ordinamento del paese in cui il lavoratore stesso compie *abitualmente* il suo lavoro.

(59) In arg., vd. P. Lagarde, *Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée*, in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Paris, 1989, pp. 83 ss.

Si pensi al caso in cui un lavoratore sia assunto in Italia con regolare contratto di lavoro e, successivamente, emerga l'esigenza di impiegarlo, per un dato periodo di tempo, presso la sede estera dell'impresa (60). L'eventuale minore tutela del lavoratore nel nuovo paese viene così «neutralizzata» mantenendo lo standard più elevato a cui il contratto aveva fatto riferimento nella sua fase genetica.

Viceversa, un lavoratore immigrato in Italia beneficerà della maggiore tutela delle norme imperative italiane anche qualora il datore di lavoro tentasse di sottoporre il suo contratto alla legge dello Stato di cittadinanza, per ipotesi meno favorevole.

Pertanto, risulta evidente che, attraverso le norme di diritto internazionale privato europeo di cui all'art. 8 (61), il legislatore Ue ha introdotto una sapiente compressione dell'autonomia contrattuale delle parti a un rapporto di lavoro e una doppia limitazione del possibile ingresso della *lex mercatoria* in quel rapporto.

Dapprima, si ammette una elezione della *lex contractus*, limitandola alla scelta di un *diritto statale* vigente ai sensi dell'art. 3 del Regolamento Roma I – e quindi, per converso, escludendo una scelta diretta della *lex mercatoria* –; successivamente, una volta scelto il diritto di uno Stato dato, si introduce una specifica «valvola di compressione» indicando che le eventuali soluzioni meno favorevoli per il lavoratore previste dalla legge di quello Stato sono paralizzanti nel momento in cui queste non garantiscano un livello di protezione parametrato sulla legislazione della *lex loci laboris* individuata in modo oggettivo, tramite i criteri di collegamento previsti in caso di assenza di scelta della legge applicabile.

Se il lavoratore non compie abitualmente la prestazione in uno stesso paese, il suo rapporto di lavoro verrà disciplinato dalla legge del luogo in cui si trova la sede aziendale che ha formalizzato l'assunzione. Il Considerando n. 36 del Regolamento Roma I prevede che, «[p]er quanto riguarda i contratti di lavoro individuali, il lavoro eseguito in un altro paese dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore deve riprendere il suo lavoro nel paese d'origine dopo l'esecuzione del suo compito all'estero. La conclusione di un nuovo contratto di lavoro con il datore di lavoro originario, o con un datore di lavoro appartenente allo stesso gruppo di società del datore di lavoro originario, non dovrebbe escludere che il lavoratore esegua il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo».

(60) È il caso in cui l'impresa con più sedi assegni temporaneamente ad altra sede il dipendente che vi acconsenta. È anche quanto si verifica in caso di distacco.

(61) Riprendendo molte delle soluzioni già contenute all'art. 6 della Convenzione di Roma del 1980.

La soluzione adottata dal Regolamento Roma I precisa quella già prevista dalla Convenzione di Roma del 1980 (62), in quanto, ad esempio, ricade in tale fattispecie l'assunzione di lavoratori da impiegare in piattaforme petrolifere in alto mare o ancora, a date condizioni, il personale aereo o marittimo. Anche qui, nonostante l'alto mare non sia soggetto ad alcuna sovranità statale, il contratto di lavoro non è soggetto al diritto globale della *lex mercatoria* bensì al diritto nazionale della sede aziendale dell'assunzione; diritto che opera un'estensione extraterritoriale.

Un criterio residuale e di flessibilizzazione della norma di conflitto, in tema di legge applicabile al contratto di lavoro, è posto dal terzo paragrafo dell'articolo in questione, il quale prevede che, qualora non sia possibile individuare la legge applicabile, per esempio perché il lavoratore svolge la propria attività in più Stati senza che sia possibile individuare uno Stato di prestazione abituale, allora il contratto sarà disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede della società che ha proceduto ad assumere il lavoratore.

Tali criteri di collegamento sono, infine, destinati a soccombere a seguito dell'applicazione della *clausola di eccezione* di cui all'art. 8, par. 4, Regolamento Roma I, il quale prevede la prevalenza – sempre in assenza di legge scelta dalle parti – del diritto del paese con cui il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto (da intendersi, chiaramente, più stretto rispetto allo Stato di esecuzione abituale della prestazione, ovvero più stretto rispetto allo Stato della sede di assunzione del lavoratore) (63). Qui,

(62) Su cui vd., ad es., Corte di Giustizia 15 dicembre 2011, C-384/10, *Navimer*. Nel caso di specie, si trattava del contratto di lavoro concluso da un marittimo, impiegato come capo macchina a bordo di navi in navigazione nel mare del Nord. Quando le prestazioni del lavoratore non siano abitualmente eseguite in un medesimo paese, si rende necessario identificare, ai sensi dell'art. 6, par. 2, lett. *b*, della Convenzione di Roma del 1980, la «sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore»: per la Corte, la formula appena ricordata si riferisce «esclusivamente alla sede che ha proceduto all'assunzione del lavoratore e non a quella a cui egli è collegato per l'effettivo svolgimento delle sue mansioni». La Corte ha altresì precisato che il possesso della personalità giuridica non costituisce un requisito che la sede del datore di lavoro deve soddisfare ai fini dell'art. 6, par. 2, lett. *b*, della Convenzione. Essa ha inoltre affermato che «la sede di un'impresa diversa da quella che risulta formalmente come datore di lavoro, alla quale essa è collegata, può essere qualificata come “sede” ai sensi dell'art. 6 [...] della Convenzione, se elementi oggettivi consentono di stabilire l'esistenza di una situazione concreta che divergerebbe da quella che emerge dai termini del contratto, anche qualora il potere di direzione non sia stato formalmente trasferito a quest'altra impresa».

(63) A tal proposito, ma con riferimento alla disciplina previgente, A. e G. Lyon Caen, in *Droit social International et européen*, Dalloz, Paris, VII ed., 1991, parlavano

va precisato che lo scopo di tale norma non è quello di tutelare il lavoratore, bensì quello di applicare il principio di prossimità e quindi, a titolo eccezionale, la legge dello Stato con cui il contratto presenta, in ragione delle specifiche circostanze del caso, il collegamento più stretto (64). Ma anche attraverso questa norma, sapientemente formulata dal legislatore Ue, non si arriva a un'applicazione diretta della *lex mercatoria*.

3.2. — *I limiti della lex contractus quali (unici) strumenti di salvaguardia dei contratti internazionali di lavoro autonomo* — Si è detto che i contratti di lavoro, subordinato e parasubordinato, beneficiano di una peculiare tutela internazionalprivatistica volta a massimizzare l'applicazione cumulativa delle norme imperative della legge statale scelta dalle parti e di quella del luogo abituale di esecuzione della prestazione di lavoro.

Orbene, anche a prescindere da tali norme speciali, il sistema di diritto internazionale privato vigente pone due limiti classici e inderogabili all'autonomia privata; limiti che valgono per tutti i contratti internazionali, inclusi quelli eventualmente regolati dalla *lex mercatoria*; limiti che sono di particolare importanza per i contratti di *lavoro autonomo*.

Innanzitutto, vanno ricordate le norme di applicazione necessaria, ossia quelle regole assolutamente inderogabili in quanto espressive di interessi ultronei rispetto a quelli delle parti contrattuali e, come tali, suscettibili di imporsi anche in presenza di una legge applicabile straniera (65). La loro disciplina è prevista, in via generale, all'art. 17 della legge n. 218/95 e all'art. 9 del Regolamento Roma I.

Il che, limitatamente al contesto dell'Unione europea, può persino creare dei conflitti tra le norme di applicazione necessaria nazionali e quelle sovranazionali regolatrici delle libertà di circolazione, com'è avvenuto nei celebri casi *Laval* e *Viking* (66).

Infine, resta il limite ultimo dell'ordine pubblico internazionale (67), anch'esso previsto, in via generale, all'art. 16 della legge n. 218/95 e all'art. 21 del Regolamento Roma I.

di un «*système combinatoire*», peculiare rispetto al modello di criterio di collegamento rigido e bilaterale prevalente a quell'epoca.

(64) Vd. Corte di Giustizia 12 settembre 2013, *Schlecker*, C-64/12, in *Revue critique de droit international privé*, con nota di E. Pataut.

(65) Vd. in proposito Corte di Giustizia 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 515.

(66) Corte di Giustizia 11 e 18 dicembre 2007, C-341/05 e C-438/05, in *Racc.*, 2011, I, 6161.

(67) Sul punto si registra una copiosa giurisprudenza. Cfr., ad es.: Cass. 6 settembre 1980, n. 5156, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 42; Cass. 9 novembre 1981, n.

Certo, proprio in applicazione di quest'ultimo, pur se con riferimento al sistema previgente, la Cassazione ha ritenuto che non esiste nell'ordinamento italiano un principio di ordine pubblico che imponga il ri-

5924, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, p. 38 (fattispecie relativa all'applicazione della legge argentina carente di norme sull'indennità di anzianità: una convenzione stipulata tra cittadini italiani all'estero per regolare lo svolgimento di un rapporto all'estero non può essere dalle parti sottoposta esclusivamente alla legge straniera del luogo dove si svolge la prestazione lavorativa, qualora tale legislazione privi il lavoratore di diritti irrinunciabili e inderogabili, poiché la privazione di siffatti diritti è in contrasto con l'ordine pubblico internazionale ai sensi dell'art. 31 disp. prel. cod. civ.); Cass. 25 maggio 1985, n. 3209, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 658 (il principio di favore nei confronti del prestatore di lavoro, fondamentale nel nostro ordinamento giuridico, derivando nel suo substrato etico-sociale dall'art. 3 Cost., informa tutta la legislazione costituzionale e ordinaria in materia di lavoro e, ai sensi dell'art. 31 delle preleggi, costituisce un limite di ordine pubblico internazionale all'introduzione nel nostro ordinamento, anche se richiamata ai sensi dell'art. 25, comma 1, delle preleggi, di una legge straniera che contenga una disciplina del rapporto di lavoro dedotta in giudizio meno favorevole al lavoratore rispetto alla legge italiana. Pertanto, la legge libica, in quanto consente l'incondizionata stipulazione di contratti di lavoro a termine, così riservando al lavoratore un trattamento meno favorevole di quello assicurato gli dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, non può avere effetto e non può trovare giudiziale applicazione in Italia, restando in contrario irrilevante la circostanza che il contratto di lavoro per cui è controversia debba avere integrale esecuzione in territorio libico, atteso che il limite all'introduzione nel nostro ordinamento della legge libica predetta è un limite di ordine pubblico internazionale e non già di ordine pubblico interno); Cass. 9 settembre 1993, n. 9435, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1315 (il rapporto di lavoro subordinato costituito all'estero tra soggetti italiani è regolato dalla legge straniera, ai sensi dell'art. 25 disp. prel., se le parti contraenti abbiano manifestato la loro comune volontà di derogare alla legge italiana; tale volontà non richiede una manifestazione in forma scritta, in relazione al disposto dell'art. 1341, comma 2, cod. civ., e può essere desunta anche dal comportamento negoziale delle parti. Tuttavia, in base al principio di ordine pubblico internazionale, di cui all'art. 31 disp. prel., la legge straniera scelta dalle parti non è applicabile al rapporto se contiene una disciplina diversa e meno favorevole al lavoratore rispetto alla legge italiana). Dopo l'entrata in vigore della legge n. 218/1995, cfr.: Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 663 (nel caso in cui un rapporto di lavoro sia sorto, sia stato eseguito e si sia risolto all'estero, e se le parti, al momento della stipulazione, non hanno esercitato la facoltà di scelta di cui all'art. 3 della Convenzione di Roma 19 giugno 1980, esso è regolato dalla legge del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, a meno che questa legge, previa verifica che il giudice è tenuto a eseguire d'ufficio, non risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano; in quest'ultimo caso il giudice applicherà i criteri di cui all'art. 4 della Convenzione di Roma 19 giugno 1980. Nel caso di specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata in quanto non aveva tenuto conto del su esposto principio, e in particolare della contrarietà all'ordine pubblico italiano di una normativa, quale quella in vigore negli Stati Uniti d'America, che non prevede tutela contro il licenziamento ingiustificato); Cass. 26

spetto assoluto dei minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva nazionale (68).

Senonché, per giurisprudenza costante, la nozione di ordine pubblico internazionale non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, dovendo, di contro, fare riferimento ai principi fondamentali della nostra Costituzione, o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa diretta collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che comunque informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale.

È in quest'ottica che la Cassazione ha ritenuto che il limite dell'ordine pubblico internazionale ammette il licenziamento del lavoratore subordinato solo se giustificato: ciò sulla base sia dei principi di cui agli artt. 4 e 36 Cost., i quali escludono che il diritto al lavoro sia affidato al mero arbitrio del datore di lavoro, sia dell'art. 30, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che espressamente pone la tutela «contro ogni licenziamento ingiustificato» (69).

Il quadro rassicurante or ora tratteggiato per il rapporto di lavoro subordinato sembra anche potersi estendere alle forme più prossime del lavoro parasubordinato.

Infatti, trattandosi di una nozione autonoma di diritto Ue, occorre fare riferimento a quella elaborata dalla Corte di Giustizia in materia di libe-

novembre 2004, n. 22332, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 771 ss. (non si pone in contrasto con l'ordine pubblico un contratto individuale di lavoro che, soggetto alla legislazione straniera secondo le prescrizioni di diritto internazionale privato, non riconosca allo stesso lavoratore la tredicesima mensilità e il trattamento di fine rapporto, sempre che lo stesso lavoratore goda di fatto di un trattamento retributivo che globalmente risulti superiore a quello cui avrebbe diritto secondo la legislazione nazionale sulla cui base rivendichi i suddetti emolumenti); Cass. civ., 26 aprile 2013, n. 10070, in *Ced. Cassazione*, 2013 [ai sensi dell'art. 16, legge 31 maggio 1995, n. 218, l'applicazione di una legge straniera nell'ordinamento italiano è inibita se determina effetti contrari all'ordine pubblico, da intendere come insieme dei principi essenziali della *lex fori*, tra i quali rientra anche quello per cui l'accesso all'impiego pubblico deve avvenire mediante concorso, salvo eccezioni introdotte dalla legge, purché rispondenti a peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico; ne consegue che non può trovare applicazione nel nostro ordinamento la legge argentina che prevede, in caso di ingiustificato rinnovo, la conversione del contratto a termine alle dipendenze della p.a. (nella specie, il consolato d'Italia a Buenos Aires, articolazione del ministero degli Esteri) in contratto di lavoro a tempo indeterminato].

(68) Cass. 9 febbraio 2015, n. 2360, in *Banca dati Foro it.*

(69) Cass. civ., 22 febbraio 2013, n. 4545, in *Dir. rel. ind.*, 2013, fasc. 3, p. 798B, con nota di N. Vascello.

ra circolazione dei lavoratori (70). La sentenza *Bettray* (71), infatti, permette di ricondurre all'art. 8 del Regolamento Roma I tutti quei rapporti che si caratterizzano per l'effettiva e reale presenza di una prestazione di natura personale, per la soggezione al potere direttivo della controparte e per il pagamento, in qualsiasi forma, di una retribuzione come corrispettivo della prestazione (72). Si tratta di una formula sufficientemente ampia da includere qualsiasi tipologia di *lavoro flessibile* e da potersi applicare anche ai rapporti di lavoro nei quali la dipendenza «economica» non si accompagna alla subordinazione «giuridica» (73), ovvero, nell'ordinamento italiano, ai cd. contratti di lavoro parasubordinato, con l'esclusione del lavoro autonomo *tout court*.

Ma il quadro appena tratteggiato può assicurare solo coloro che hanno a mente il contesto europeo.

3.3. — *Il jurisdictional touchdown: accesso alla giurisdizione statale e giustizia sociale* — Le soluzioni internazionalprivatistiche sulla legge applicabile al rapporto di lavoro or ora evidenziate valgono, in via generale, solo se si sia preventivamente accertata la *competenza giurisdizionale* del giudice italiano o di uno Stato membro Ue in cui è in vigore il Regolamento Bruxelles I-bis. Da questo punto di vista, oltre alla legge n. 218/1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale, viene in rilievo principalmente il Regolamento n. 44/2001, cd. Regolamento Bruxelles I, ora rifiuto tramite il Regolamento Bruxelles I-bis, in vigore dal 10 gennaio 2015, il quale contiene apposite norme finalizzate a radicare la competenza del giudice statale riguardo alle controversie in materia di contratti individuali di lavoro.

Per quanto riguarda i contratti di lavoro individuali, il Regolamento Bruxelles I-bis prevede delle norme specifiche di tutela per i lavoratori subordinati, molto simili a quelle di tutela dei consumatori.

(70) Cfr. F. Mosconi, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 20, p. 67; U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2002, p. 151; M.E. Corrao, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 503.

(71) Corte di Giustizia 31 maggio 1989, C-344/87, *Bettray*.

(72) S. Giubboni, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani, G.A. Benacchio, vol. V, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 45 ss.

(73) P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, vol. XXVII, tomo 2, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 52.

La disciplina di tutela del lavoratore si coglie, quindi, anche e soprattutto nella prospettiva di rendere più agevole e meno costoso l'accesso del lavoratore alla giustizia.

Resta fermo il titolo generale di giurisdizione costituito dal domicilio del convenuto, in ossequio al principio *actor sequitur forum rei*, che nel testo normativo ora in vigore prevede all'art. 20, par. 2, una norma secondo la quale: «Qualora un lavoratore concluda un contratto individuale di lavoro con un datore di lavoro che non sia domiciliato in uno Stato membro ma possieda una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede d'attività in uno Stato membro, il datore di lavoro è considerato, per le controversie relative al loro esercizio, come avente domicilio nel territorio di quest'ultimo Stato».

A tale regola fondamentale si affiancano alcuni Fori alternativi volti a consentire il radicamento della competenza presso il giudice nazionale più prossimo al lavoratore nel caso in cui l'azione sia esercitata dal *datore di lavoro*. L'art. 22 del Regolamento in esame, infatti, afferma che «l'azione del datore di lavoro può essere proposta solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è domiciliato».

Viceversa, nel caso in cui sia il *lavoratore* ad agire contro il datore di lavoro, sarà possibile, ai sensi dell'art. 21, adire il giudice dello Stato membro in cui è domiciliato il datore di lavoro, il giudice del luogo in cui il lavoratore svolgeva abitualmente la propria attività (si pensi al caso del licenziamento), ovvero il giudice del luogo in cui si trova o si trovava la sede dell'attività presso la quale il lavoratore era stato assunto. Il giudice di quest'ultimo Foro, tuttavia, potrà essere adito qualora il lavoratore non abbia svolto la sua attività in maniera abituale in un solo paese.

Si può quindi notare come il predetto Regolamento lasci una certa libertà di scelta in capo al lavoratore, che potrà adire un giudice «a lui geograficamente prossimo» (è questo il caso del giudice del luogo di prestazione abituale), oppure un giudice che, per circostanze contingenti, il lavoratore ritiene più conveniente adire, quale appunto il giudice dello Stato di domicilio del datore di lavoro, alternativo al giudice del luogo di prestazione abituale.

Certo, il Foro del luogo in cui è ubicata l'impresa che ha assunto il lavoratore può non essere sempre il più «prossimo» (74), come si nota nel settore dei trasporti internazionali con riferimento al personale di bordo

(74) In arg., vd. U. Grusic, *Jurisdiction in employment matters under Brussels I: a reassessment*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, n. 61(1), pp. 91-126.

degli aeromobili, agli autotrasportatori, ai lavoratori marittimi ecc. In questi casi, la società datrice di lavoro e i mezzi di trasporto possono essere registrati in Stati diversi, la relativa amministrazione può situarsi in un terzo Stato membro e il domicilio del lavoratore dipendente in un quarto paese.

Senonché, occorre sottolineare che il Regolamento in questione fa ricadere sotto il proprio ambito di applicazione anche i datori di lavoro che, pur non essendo domiciliati in uno Stato membro, possiedono una filiale, una succursale o un centro di attività principale all'interno di uno Stato dell'Unione.

La regolazione «stretta» della giurisdizione statale, e in tal senso si può parlare di *jurisdictional touchdown* (75), si manifesta anche con riferimento a un'ulteriore prassi del commercio internazionale che consiste nell'elaborare, in luogo di clausole arbitrali, apposite clausole di elezione del Foro.

Al fine di tutelare il lavoratore rispetto a clausole vessatorie contenute nel contratto stipulato con la controparte «forte» del rapporto che preveda la competenza giurisdizionale di un giudice diverso da quelli contemplati dalle disposizioni precedenti del Regolamento Bruxelles I-bis, tramite norma imperativa europea, viene ammessa la deroga alla giurisdizione unicamente se l'accordo di *electio fori* sia posteriore al sorgere della controversia (art. 23).

In conclusione, sbarrata la strada alla *lex mercatoria* nei contratti individuali di lavoro per effetto dell'inarbitrabilità delle controversie nascenti da quei rapporti, il legislatore Ue, tramite norme inderogabili di tutela, fissa un *jurisdictional touch down*, ossia la competenza giurisdizionale dei giudici degli Stati membri, limitando al minimo anche gli eventuali accordi di deroga alla giurisdizione. Una volta radicata la giurisdizione, il giudice italiano, al pari degli altri giudici degli Stati membri Ue, applicherà il Regolamento Roma I al fine di individuare la legge applicabile al rapporto individuale di lavoro entro i limiti imposti dalle norme imperative, di applicazione necessaria e di ordine pubblico.

4. — *Sovranità degli Stati e shopping del diritto del lavoro* — Si è detto in precedenza che la liberalizzazione e la globalizzazione dell'economia, unitamente al progressivo abbassamento dei costi di trasporto internazionale, hanno reso possibile la delocalizzazione di molte imprese. Oltre al minore costo dei fattori produttivi e in particolare della manodopera, vanno considerate le agevolazioni derivanti dagli incentivi legati a politiche eco-

(75) L'espressione è del prof. M. Benedettelli, ma da lui viene utilizzata nel diverso contesto dell'esecuzione dei lodi arbitrali.

nomiche di sviluppo messe in atto dai Governi per attirare investimenti diretti esteri. La delocalizzazione produttiva, sia della grande sia della piccola impresa, si sostanzia tipicamente in un trasferimento all'estero di singole fasi dell'impresa, ma a volte anche dell'intero ciclo produttivo, al fine di eludere le rigidità normative e gli elevati costi del lavoro caratterizzanti l'ordinamento giuridico italiano.

Le ragioni che rendono possibile lo *shopping* del diritto del lavoro sono state già enunciate: il diritto del lavoro, legato alla sovranità degli Stati, è essenzialmente territoriale e varia nello spazio e nel tempo.

Così, lo *shopping* del diritto del lavoro si realizza attraverso la cd. assunzione per l'estero, dove le parti stabiliscono, già nella fase costitutiva, che l'esecuzione della prestazione lavorativa dovrà avvenire stabilmente in un luogo posto al di fuori dei confini nazionali. Anziché concludere un contratto internazionale di lavoro con la casa madre, sita per ipotesi in Italia, si fa concludere il contratto dalla filiale di diritto straniero. Spesso, la ragione «ufficiale» è quella di rispettare il diritto in materia di immigrazione del paese estero in cui la prestazione di lavoro sarà effettuata. Ne segue che, qui, si avrà un contratto di lavoro interno al paese in cui è stata costituita la società straniera e ove opererà il lavoratore tramite il contratto che lo lega a quest'ultima. Certo, si tratta di una prassi pericolosa per l'imprenditore giacché la Sezione lavoro della Cassazione ha elaborato una pregevole giurisprudenza volta a combattere l'abuso della personalità giuridica delle singole società di un gruppo (76).

Senonché, l'impresa che delocalizza può realizzare lo *shopping* del diritto del lavoro tramite *outsourcing*, ossia acquistando da un produttore estero a basso costo ciò che prima produceva in Italia, e quindi eliminando contratti di lavoro sostituendoli con contratti internazionali di compravendita o di subfornitura.

Ancora, una società italiana farà *shopping* acquistando partecipazioni societarie – non necessariamente maggioritarie – in società estere che assumeranno i lavoratori in base al diritto nazionale e dando vita così a contratti di lavoro interni in luogo di contratti transnazionali di lavoro.

Proprio per combattere tali tecniche elusive, il legislatore tributario ha introdotto specifiche e pesanti presunzioni volte a combattere la cd. *estero-vestizione*, ma non mi sembra che il legislatore del lavoro sia giunto a tanto.

Altre volte, lo *shopping* del diritto del lavoro sarà dettato dalla considerazione secondo la quale i diritti e gli obblighi, così come il ruolo statuta-

(76) In arg., vd. F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 193 ss., ove riferimenti.

rio dei sindacati e delle organizzazioni affini, variano da uno Stato membro all'altro. A tale proposito, l'art. 9 del Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali specifica che «la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale per quanto concerne la responsabilità di una persona in qualità di lavoratore, datore di lavoro od organizzazione che rappresenta i loro interessi professionali per danni causati da un'attività sindacale, prevista o conclusa, è quella del paese in cui tale attività è destinata a svolgersi o si è svolta». Ma l'applicazione di tale norma presuppone il radicamento della giurisdizione in uno Stato membro della Ue ed è discutibile che, per l'attività sindacale, la legge applicabile sia la legge dello Stato in cui si esplica.

Nella sentenza *Torline* (77), nel 2004, la Corte di Giustizia aveva deciso che, in base alle norme in vigore a quel tempo, spettava ai tribunali danesi pronunciarsi sulla legittimità di un'attività sindacale in corso in Svezia, così come sul risarcimento dei danni. Il Regolamento Roma II ora chiarisce che sarebbe d'applicazione la legge svedese, e attraverso le norme oggi in vigore sulla competenza giurisdizionale, di cui al Regolamento Bruxelles I-bis, si avrebbe oggi che il giudice danese si pronuncerebbe in merito alla legittimità dell'attività sindacale applicando la legge svedese.

4.1. — *Un caso emblematico: il disastro del Rana Plaza in Bangladesh* — Si è stimato che il 22% delle violazioni dei diritti umani riguarda i diritti sociali (78).

In effetti, lo sfruttamento dei lavoratori nel settore tessile, soprattutto in alcune aree dell'Asia (come Cambogia e Bangladesh, per tacere della Cina), resta un problema particolarmente grave e ancora irrisolto. Il dato di fondo, infatti, è che le norme internazionali intese a proteggere i diritti sociali – come pure, più in generale, per i diritti umani – non sono di natura sinallagmatico-interstatale ma tendono «solo» a realizzare regimi di diritto oggettivo negli ordinamenti interni: degli standard da implementare nei singoli Stati che sono parti contraenti di *quei* trattati (79). Al di fuori di un quadro internazionale-regionale più specifico, come quello che esiste in Europa con la Cedu – che, peraltro, non si occupa di diritti sociali! –, il controllo dell'applicazione di quei trattati si svolge in modo peculiare. In

(77) Corte di Giustizia 5 febbraio 2004, C-18/02, *Torline*, in *Racc.*, 2004, p. I-01417.

(78) Cfr. <http://business-humanrights.org/>.

(79) Cfr., ad es., A. Cassese, *Diritto internazionale* (a cura di P. Gaeta), il Mulino, Bologna, 2013, p. 23.

generale, le procedure di controllo dei trattati internazionali aventi a oggetto i diritti sociali «non mettono gli Stati sul banco degli imputati, bensì cercano di “persuaderli”, attraverso prudenti pressioni diplomatiche e morali, a rispettare gli obblighi internazionali assunti» (80).

Pertanto, le iniziative promosse dal Governo del Bangladesh (tra le quali, ad esempio, l'aumento del salario minimo degli operai tessili del 77%) sono rimaste solo sulla carta. E continuano a verificarsi incidenti che causano la morte o il ferimento degli operai. Nonostante gli sforzi intrapresi dalla Comunità internazionale, i trattati internazionali di tutela dei diritti dei lavoratori (numerose Dichiarazioni e Convenzioni OIL a tutela dei diritti dei lavoratori, anche quelle riguardanti i lavoratori minori) non sono stati rispettati in Bangladesh.

Il 24 aprile 2013, nel complesso immobiliare del Rana Plaza a Savar (subdistretto di Dacca, capitale del Bangladesh) si è verificato il crollo di un edificio di otto piani che ospitava, oltre a un complesso commerciale, molte fabbriche di abbigliamento. Le operazioni di soccorso e ricerca dei dispersi si prolungarono per quasi un mese e la stima finale registrò 1.129 vittime oltre a circa 2.500 feriti. Ai lavoratori tessili fu persino ordinato di tornare al lavoro il giorno successivo a quello del disastro. Tuttavia, l'incidente del Rana Plaza è solo l'ultimo di una lunga serie di gravi eventi legati allo sfruttamento dei lavoratori dell'industria tessile e che hanno dato vita a grandi campagne mediatiche (81).

Questo incidente evidenzia, in modo tetro, lo *shopping* del diritto pianificato dalle imprese di alcuni paesi industrializzati, tra cui l'Italia, le quali si servivano delle manifatture localizzate in quello Stato e in quell'edificio, in virtù dei bassi costi e dei bassi standard di tutela vigenti in Bangladesh.

Per le stesse ragioni, l'*Industrial Global Union*, il sindacato mondiale dei lavoratori tessili, ha organizzato una campagna *online* a sostegno dei sindacati del Bangladesh, per chiedere la riforma del diritto del lavoro di *quel* paese.

5. — *L'imperatività privatizzata: i codici di condotta come norme di tutela a-statuale e transnazionale del lavoratore?* — Dinanzi alla mancanza di volontà politica da parte degli Stati di accordarsi sul contenuto e sull'attuazione di *hard law* dei diritti sociali fondamentali, come pure di molti diritti umani in generale, i principi dell'Onu su imprese e diritti umani del

(80) *Ivi*, p. 339.

(81) Tra queste spicca la «*Clean Clothes Campaign*» (www.cleanclothes.org/ranaplaza).

2011, elaborati dal prof. Ruggie, valorizzano fortemente le iniziative delle imprese che elaborano codici di condotta volti a realizzare la tutela dei diritti umani. La «responsabilità di rispettare i diritti umani» costituisce uno standard di condotta ormai generalmente accettato a livello globale per tutte le imprese, indipendentemente da dove queste operino. Si tratta di una responsabilità indipendente dalle capacità e dalla volontà dei singoli Stati di adempiere ai rispettivi obblighi in materia di diritti umani.

Tale «responsabilità» va oltre sia il mero rispetto delle norme nazionali dello Stato ospite, sia le prassi di responsabilità sociale dell'impresa (82). Sotto quest'ultimo profilo, i codici di condotta sono strumenti utili a intervenire su eventuali effetti negativi sui diritti umani, organizzando misure adeguate in materia di prevenzione e di mitigazione e, laddove necessario, interventi per porre rimedio ad abusi commessi.

Qui non si parla di codici di condotta di origine statale o interstatale, bensì di quei codici di fonte a-nazionale che risultano elaborati, sia dalle Ong a vocazione economica transnazionale, che dalle singole imprese. Qui, in realtà, si misura il massimo grado di adesione degli operatori, giacché essi di tali codici di condotta rappresentano la fonte e i destinatari. L'eventuale efficacia vincolante di detti atti va modulata distinguendo i codici di condotta individuali da quelli collettivi.

I codici di condotta individuali si sono diffusi su scala globale, a dispetto di una certa variabilità terminologica che riunisce sotto un unico *genus* le apparenti *species* del «codice di condotta», «credo aziendale», «codice etico», «linee guida», «principi d'azione». Qui si tratta di strumenti organizzativi dell'impresa-mondo. Detti codici (denominati, in dottrina, *codici interni*) hanno formato recentemente l'oggetto di studi a opera dei giuristi, i quali ne hanno posto in rilievo l'efficacia disciplinare rispetto ai rapporti di lavoro dell'impresa. Ma oltre all'efficacia sul piano disciplinare, all'interno dell'impresa, i codici individuali presentano una valenza esterna suscitando alcuni interrogativi, ancora irrisolti, circa il loro carattere vincolante nei rapporti *B2B*. In proposito, si è osservato che la predisposizione di un codice di condotta da parte di uno dei contraenti è sufficiente a determinare il legittimo affidamento della controparte sicché, in caso di contenzioso arbitrale, troverebbe applicazione il principio generale di diritto *nemo contra factum proprium venire potest* (83). E tale legittimo affidamen-

(82) Su cui vd., da ultimo, A. Perulli (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. Idee e prassi*, il Mulino, Bologna, 2013.

(83) A sostegno di questa tesi, Kahn (Ph. Kahn, K. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, Litec, Paris, 1996, p. 491) osserva che la funzione assolta da tali codici è precisamente quella di ottenere l'affidamento della controparte: «d'ailleurs

to potrebbe ingenerarsi nei terzi anche in presenza di comunicazioni sociali che al codice individuale fanno riferimento attraverso, ad esempio, un allegato di bilancio (cd. *bilancio sociale*). Il che è corollario dell'elementare clausola generale della buona fede nella conclusione, interpretazione ed esecuzione di un contratto.

Ancora, com'è già avvenuto negli Stati Uniti, nel celebre caso *Kasky c. Nike*, anche negli Stati membri Ue può essere possibile configurare alla stregua di una pubblicità ingannevole la violazione palese di un codice di condotta in base alla Direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984.

Altre volte, i diritti umani e quindi anche sociali enunciati in un codice di condotta vengono «contrattualizzati» ossia resi obbligatori nei rapporti tra imprese tramite clausole di incorporazione (84). La violazione di quei diritti potrà dunque portare a un contenzioso transnazionale risolto in via arbitrale avente a oggetto il contratto principale di vendita o, ad esempio, di subfornitura.

Infine, è possibile che interi settori commerciali adottino dei codici di condotta collettivi (85). In tal caso, si è di fronte a regole oggettive di condotta adottate dalle associazioni per tutti i propri membri. Le esigenze che stanno alla base di questo tipo di codici sono analoghe a quelle che hanno spinto gli ordini professionali (avvocati, notai, architetti, medici ecc.) operanti all'interno degli Stati a dotarsi di codici deontologici che fissano gli standard di correttezza e di diligenza professionale.

La natura giuridica di detti codici può essere contrattuale e dipendere dall'atto plurilaterale che ha dato vita all'associazione di categoria: al momento dell'adesione ciascun membro si obbliga, accettando lo statuto, non

dans les codes, la nécessité ou l'utilité d'obtenir la confiance des gens avec lesquels l'entreprise est en relation revient en leitmotiv». La tutela dell'affidamento è stata, da tempo, fatta rientrare alla stregua dei principi generali di diritto commerciale internazionale: cfr. E. Gaillard, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes)*, in *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 241 ss.; A. Frignani, *Il contratto internazionale*, Cedam, Padova, 1990, p. 308.

(84) In argomento vd. F. Marrella, *Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade*, in W. Benedek, K. de Feyter, F. Marrella, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 266-310.

(85) Sulla nozione di codice di condotta collettivo vd. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2003 pp. 778 ss.

solo a utilizzare i modelli di contratto eventualmente predisposti dall'ente, ma anche a rispettare le regole di *business ethics* e a sottoporre le eventuali controversie ad arbitrato. Sotto tale aspetto, appare evidente che le regole contenute nel codice di condotta collettiva incidono sui contratti futuri dell'impresa. Le regole di *business ethics*, contenute nel codice collettivo di condotta, divengono regole a-statali di organizzazione del mercato: regole poste in nome di un interesse collettivo degli operatori come gruppo, finalizzate a consentire il *corretto* svolgimento degli scambi tutelando l'integrità del mercato.

In tutti questi casi, resta un dato di fatto: la regola privata, fissata in un codice di condotta, si aggiunge o, più spesso, colma una lacuna del diritto statale in materia di tutela del lavoratore. In tale scenario, è indubbio che, in assenza dell'intervento normativo statale, l'impresa vada al di là di quanto richiesto dalla norma territoriale del luogo in cui essa opera e quindi contribuisce alla tutela complessiva dei diritti umani in quel medesimo luogo.

Ma non si può sottacere che, così facendo, si assiste alla «privatizzazione» della imperatività della norma giuslavoristica affidando alla *lex mercatoria* un ruolo che non le compete.

6. — *Conclusioni* — Nell'era della globalizzazione, il diritto muta rapidamente nel tempo e si diversifica nello spazio. Tende all'uniformità spontanea nelle materie regolate dalla *lex mercatoria*; dipende dall'azione concertata degli Stati per superare la difformità delle norme imperative nel caso del diritto del lavoro.

Non è difficile elencare le misure che gli Stati, *uti singuli*, o in seno alle organizzazioni internazionali, debbano adottare per regolare il commercio internazionale in modo sostenibile, ossia senza violazioni dei diritti umani, inclusi i diritti sociali (86). La difficoltà maggiore nel realizzare tali obiettivi non è di tecnica giuridica, bensì attiene alla volontà politica.

Sebbene la mondializzazione rappresenti un fattore di crescita economica e questa a sua volta sia condizione indispensabile al progresso sociale, rimane il fatto che essa non garantisce, di per sé, tale progresso. Essa dev'essere accompagnata da alcune regole sociali, basate su valori comuni, affinché a tutti sia consentito di rivendicare un'equa redistribuzione della ricchezza prodotta. Non è solo esigenza di giustizia sociale: è soprattutto condizione indispensabile per la dignità umana.

(86) Vd., ad esempio, A. Perulli, F. Marrella, *Manifesto di Venezia per la regolazione della globalizzazione economica. La globalizzazione virtuosa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, pp. 341-348.

Il pancontrattualismo *business to business* di cui la *lex mercatoria* si fa portatrice viene perciò limitato dall'imperatività della tutela del lavoro umano. Un tempo monopolio dello Stato, l'imperatività della tutela del lavoro oggi si rafforza attraverso il diritto internazionale dei diritti umani e si diversifica cercando forme nuove come quella ottenuta tramite i codici di condotta privati delle imprese transnazionali. Il rischio, tuttavia, è che l'articolata disciplina del diritto del lavoro venga assorbita entro un catalogo breve di diritti sociali fondamentali, tutti già in vigore nei paesi più sviluppati.

Ma, forse, a livello internazionale è la via più facilmente percorribile al fine di evitare una pericolosa concorrenza al ribasso e il conseguente *forum shopping*. Così, pur se l'Oil ha adottato oltre 180 convenzioni e 190 raccomandazioni internazionali in materia di lavoro, con l'adozione della Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998 gli Stati membri hanno deciso di individuare un nucleo di norme del lavoro, diritti umani basilari, a fondamento del lavoro dignitoso: il diritto alla libertà di associazione e alla contrattazione collettiva, l'eliminazione del lavoro minorile, del lavoro forzato e della discriminazione nel lavoro.

ABSTRACT

La nuova lex mercatoria non è prodotta dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali, bensì dagli stessi operatori economici del commercio internazionale, i quali divengono la fonte di quelle regole e i loro destinatari. Pertanto, sorgendo nel contesto business to business, la nuova lex mercatoria esalta la contrattazione libera e incondizionata promuovendo valori che, di per sé, paiono antitetici al diritto del lavoro. Il diritto del lavoro, pertanto, limita la sfera di applicazione della lex mercatoria tramite l'inderogabilità delle sue norme di tutela, la rigidità del tipo contrattuale, la (almeno parziale) indisponibilità dei diritti del lavoratore e la inarbitrabilità dei contratti transnazionali di lavoro. A tali principi si allineano le norme di diritto internazionale privato e processuale applicabili ai contratti di lavoro subordinato; norme poste direttamente dal legislatore Ue.

Senonché, al di là del contesto Ue la situazione cambia. Lo shopping del diritto del lavoro viene operato dalle imprese transnazionali le quali utilizzano la concorrenza tra ordinamenti giuridici statali, soprattutto del Sud del mondo, al fine di minimizzare il costo del lavoro. I codici di condotta delle multinazionali, parte della nuova lex mercatoria e incentivati dalla stessa Ue e dai principi direttori dell'Onu su imprese e diritti umani, finiscono, paradossalmente, per colmare le lacune del diritto statale, a volte tutelando in melius i diritti umani del lavoratore. Con ciò, la nuova lex mercatoria finisce per supplire all'assenza della norma imperativa statale di tutela del lavoratore nei paesi in cui gli standard di tutela dei diritti sociali fondamentali sono più bassi. Con tutti i problemi conseguenti all'affidamento della tutela del lavoratore dallo Stato al mercato.

LEX MERCATORIA AND LABOUR AND EMPLOYMENT LAW

The new lex mercatoria is not created by States or International Organizations, but by private actors operating in international trade. Accordingly, the new lex mercatoria emphasizes free and unconditioned contracting thus promoting values that, at first sight, are opposite to the ones pursued by Labour Law. Labour Law hence limits the scope of application of the lex mercatoria by virtue of the existence of non-derogable protective rules, of its stringent contractual models, of (at least partial) inalienable workers' rights and finally by making transnational labour contracts non arbitrable per se. EU Private international law and international procedural law norms applicable to subordinate labour contracts are aligned to those principles. However, moving outside the EU, the situation changes. Transnational corporations use «labour law» shopping strategies in order to benefit from the differences among national legal systems, in particular in Third World Countries, with the purpose of minimizing labour costs. In such a context, codes of conduct of transnational corporations, which are part of the new lex mercatoria are promoted by the EU itself as well as in the UN Guiding principles on business and human rights. Paradoxically, codes of conduct may fill gaps of national labour law, sometimes even protecting in melius human rights of workers. Hence, the new lex mercatoria eventually compensate the absence of a mandatory protection legal system aimed at the protection of the worker in those Countries with low social rights. The failure of international organizations and of the international Community at large of making labour law a global law is then partially compensated by transnational corporations and their codes of conduct protecting fundamental social rights. This may raise some concerns since the legal protection of workers shifts from States to the global market.