

LA NUOVA LEX MERCATORIA*

ANNE MARIE LUCIANI**

Sommario

Premessa. – 1. Le origini della teoria. – 2. L’alterazione nel ventesimo secolo della teoria della *Lex mercatoria*. – 3. La *Lex mercatoria* oggi e domani.

Abstract

The debate over the Lex mercatoria fascinates jurists since many years, as well as other kinds of specialists. It interests also economists, philosophers and many other researchers, because it leads to examine the relations with power, as well as ways to share it and exercise it. The controversy will not end soon and maybe it will never end. Thus, it is necessary to search what is new. For that purpose, it is also needed to review the history of the Lex mercatoria from its origins to nowadays and to identify its evolutions and its changes.

Suggerimento di citazione

A.M. LUCIANI, *La nuova lex mercatoria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Professoressa presso l'Università di Corsica Pasquale Paoli. Co-Direttrice del EMRJ (Équipe Méditerranéenne de Recherche Juridique).

Contatto: luciani_am@univ-corse.fr.

Premessa

Il tema che si andrà a trattare nel presente lavoro è, per molti versi, enigmatico.

In primo luogo, tra le varie definizioni della *Lex mercatoria*, date dai numerosi autori che l'hanno teorizzata, si possono apprezzare sfumature diverse. Philippe Fouchard la dipinge come un insieme di norme specifiche per il commercio, che si formano in modo consueto all'interno di una comunità internazionale di commercianti e che costituiscono un diritto commerciale proprio internazionale o a-nazionale¹; in merito a tale ultimo punto, si deve precisare che Fouchard preferisce parlare di diritto a-nazionale, piuttosto che utilizzare l'espressione "diritto transazionale", della quale, invece, si avvale Berthold Goldman². B. Cremades e S. Plehn definiscono la *Lex mercatoria* come un corpo legislativo unico e autonomo creato dalla comunità imprenditoriale internazionale³.

Tra le varie definizioni vi sono molteplici punti in comune: la *Lex mercatoria* è da tutti riconosciuta come un insieme di regole giuridiche create spontaneamente dagli stessi attori del commercio internazionale e finalizzate a disciplinare, nello specifico, le relazioni commerciali internazionali. Certi autori fanno dell'autonomia e dell'a-nazionalità caratteri tipici della *Lex mercatoria*, altri lasciano tali aspetti in secondo piano.

La teoria della *Lex mercatoria* è stata particolarmente sviluppata a partire dagli anni sessanta, prima dalla dottrina francese, poi da quella anglosassone. Questi autori, nei loro studi, parlavano di riscoperta o di rinascimento, dunque, è necessario chiedersi se la *Lex mercatoria* possa essere considerata una legge senza tempo e in che termini si possa parlare di novità. Si consideri, inoltre, che già alcuni articoli degli anni ottanta erano citavano la "nuova *Lex mercatoria*"⁴. Di qui, due ulteriori interrogativi: quando è ricomparsa, la *Lex mercatoria* ha subito una mutazione? dagli anni '60 ad oggi si è assistito a un'ulteriore evoluzione?

In realtà, cambiando il contesto a seconda dell'epoca, sono i termini della controversia relativa alla *Lex mercatoria* – e non tanto la *Lex mercatoria* stessa – ad essere in perpetua evoluzione. Questo dibattito – che appassiona da tanti anni non solo i giuristi, ma anche gli economisti, i filosofi e tanti altri studiosi – ha ad oggetto un tema che porta a interrogarsi sul Potere, sul modo di

¹ P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, 401.

² B. GOLDMAN, *Frontières du Droit et Lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du Droit*, 177 ss.

³ B. CREMADES e S. PLEHN, *The new Lex Mercatoria and the Harmonization of International Commercial Transactions*, in *Boston University International Law Journal*, 1984, 317.

⁴ B. CREMADES e S. PLEHN, *The new Lex Mercatoria and the Harmonization of International Commercial Transactions*, cit; M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, in *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, 1987, 149 ss.

condividerlo e su come esercitarlo: si tratta, quindi, di una *quaestio* che non si esaurirà presto e forse che non si esaurirà mai.

Per scoprire la novità – qualora vi sia stata – è necessario ripercorrere la storia della teoria della *Lex mercatoria*, dall'origine ad oggi, individuandone gli sviluppi e i cambiamenti.

1. Le origini della teoria

Alcuni autori lexmercatoristi del ventesimo secolo fanno risalire – senza, tuttavia, andare esenti da critiche – all'epoca romana la comparsa di regole specifiche e spontanee del commercio internazionale.

La *Lex mercatoria* è stata descritta da Goldman come “una venerabile signora anziana scomparsa due volte e due volte rianimata”. Con tale locuzione, il giurista si riferiva, prima, alla scomparsa del *jus gentium* romano⁵, causata dalla rottura del mondo romano e alla ricomparsa della *Merchant Law*, nell'Europa dell'XI secolo, con la rinascita del commercio internazionale. La seconda scomparsa, invece, è fatta risalire da Goldman al XVII secolo, quando gli Stati nazionali localizzarono e nazionalizzarono il diritto commerciale; quest'ultimo periodo durò, secondo lo studioso, fino al XX secolo, quando si poté assistere al ritorno di una moderna *Lex mercatoria*.

Il riferimento allo *jus gentium* romano, inteso come precedente storico della *Lex mercatoria*, può peraltro essere oggetto di contestazione. Fino all'editto di Caracalla del 212, infatti, il diritto romano distingueva i cittadini romani dai peregrini, uomini liberi ma non cittadini. Lo *jus gentium* fu così sviluppato dai pretori peregrini per risolvere le controversie tra i cittadini e i peregrini, in particolare nell'ambito commerciale. Si possono trovare, tuttavia, tante differenze fra la *Lex mercatoria* e lo *jus gentium*, in quanto lo *jus gentium* non concerneva solo i commercianti, le sue fonti non erano internazionali e, infine, non aveva un'origine consuetudinaria ma giurisprudenziale.

Più rilevante è, viceversa, il paragone con il Medioevo, caratterizzato per essere un'epoca storica nella quale i commercianti, di vari paesi, si incontravano in importanti fiere. Proprio in tale tessuto sociale, assumeva rilievo la figura del giudice consolare, la cui procedura era rapida e le cui sentenze erano eseguite direttamente in fiera. Si noti, però, che i giudici consolari non erano giudici statali, come oggi gli arbitri. La maggior parte del commercio si svolgeva nelle fiere di Champagne dove i mercanti di paesi diversi si incontravano e concludevano contratti senza che ci fosse un ordine giuridico formale in grado di farli rispettare. I giudici privati che amministravano queste regole non

⁵ P. FRANCESCAKIS, *Droit naturel et Droit international privé*, in AA.VV., *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, Paris, 1960, 113.

avevano il potere giudiziario di forzare il rispetto dei contratti⁶. Nell'Inghilterra del XIV secolo, la Lex mercatoria divenne un modo di risolvere le controversie in modo informale e rapido man mano che si diffondeva in risposta al nuovo Common Law, più lento e complesso. In questo modo, venne alla luce una giurisprudenza dei giudici consolari e un diritto foraneo, specifico al commercio transnazionale e riunito in raccolte. La versione più antica di tali raccolte risalirebbe, all'incirca, al 1280: si tratta di un libro scritto in latino intitolato *Lex mercatoria*, ma più noto come *The Little Red Book of Bristol*. Tale codice giuridico, legato alla borsa di Bristol, costituì un sistema di leggi che permisero di regolare le transazioni commerciali internazionali, evitando le divergenze tra i diversi sistemi nazionali.

Infatti, se questi precedenti storici rispecchiano un fenomeno (ovvero la creazione spontanea di norme specifiche del commercio internazionale), tuttavia non contemplano i rapporti tra le norme spontanee, oggetto di studio, e il diritto degli Stati⁷.

Per comprendere l'origine della teoria della *Lex mercatoria* – e non solo del fenomeno della creazione delle regole transnazionali, specifiche del commercio internazionale – occorre, prima, conoscere il contesto in cui si è sviluppato il pensiero in merito a tale teoria.

Da questo punto di vista, è opportuno risalire alle opere dei primi autori mercantili del XVII secolo⁸, in quanto i loro scritti costituiscono una giustificazione dell'attività commerciale e della sua nobiltà. La nozione stessa di commercio, il suo rapporto con la società e le altre attività umane sono al centro della riflessione di tali studiosi, pertanto si è potuto parlare di “umanismo commerciale”. La tesi di O. Hirschman⁹ dimostra che il commercio viene considerato, da questi studiosi, come una pratica di collegamento tra il diritto e l'economia; questo raccordo non si esaurisce nella semplice ricerca del profitto, ma è l'espressione di una tendenza naturale dell'umanità allo scambio. Il commercio viene ad essere inteso, invero, come un vettore essenziale della civilizzazione e non solo come uno strumento al servizio della potenza dello Stato o degli interessi individuali.

Nel XVII secolo, in Inghilterra, per difendere le loro opinioni politiche, scrittori svilupparono il concetto di *Old Law Merchant* e si avvicinarono a questo corpo di legge medievale conosciuto come *Lex mercatoria* attraverso il

⁶ P. MILGROM, D. NORTH e B. WEINGAST, *The Role of Institutions in the Revival of Trade : The Law Merchant, Private Judges And the Champagne Fairs, Economics and Politics*, marzo 1990, p. 1.

⁷ B.L. BENSON, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, in *Southern Economic Journal*, 55, 1989, p. 658 ss.; R. MICHAELS e N. JANSSEN, *Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006, p. 843 ss.

⁸ E. MARQUER, *Doux commerce et droit naturel: la fable de la lex mercatoria*, in *Astérior*, 2019.

⁹ A.O. HIRSCHMAN, *The passions and the Interests*, Princeton University Press, Princeton, 1977.

prisma della loro visione del commercio¹⁰.

Particolarmente rilevante è il libro di Gerard de Malynes, dal titolo *Consuetudo, Vel Lex Mercatoria o The Ancient Law-Merchant*, la cui prima edizione risale al 1622.

L'autore scriveva "I have intituled the book according to the ancien name of *Lex Mercatoria*, and no *Ius Mercatorum*; because it is a customary Law, approved by the authority of all Kingdomes and Commonwealths, and not a law established by the Sovereignty of any Prince, either in the first foundation, or by continuance of Time"¹¹

Gerard de Malynes è stato uno scrittore e mercante britannico, membro della Società dei mercanti, Consigliere del Governo e funzionario della zecca. I suoi scritti si scagliano contro gli speculatori, propugnando il recupero delle regole commerciali internazionali. Fu uno dei maggiori esponenti del mercantilismo, e sostenne fortemente la necessità di porre dazi all'importazione delle merci e di proibire l'esportazione di metalli preziosi.

Malynes sviluppò una vera difesa dell'attività commerciale attraverso argomentazioni economiche, morali e sociologiche, come si può apprezzare dalla sua asserzione "*Vera lex est recta lex. Natura congruens, diffusa in omnes, Constantans sempiterna*".

Per Malynes, la *Lex mercatoria* è anteriore alla legge civile, è basata sull'equità (come il diritto naturale o consuetudinario) e non è soggetta a variazioni storiche, ma è costante e permanente. Proprio questa stabilità sarebbe ciò che ha permesso ai Regni e alle Repubbliche di arricchirsi.

Il commercio è un mezzo di civilizzazione e gli scambi sono la forma più diffusa di relazione tra gli uomini, pertanto è importante non limitare la loro pratica solo alle classi nobili. Di conseguenza, Malynes vede nella *lex mercatoria* un "*peaceble instrument*".

L'idea che il commercio sia inerente alla Pace, si ritrova, anche, nel pensiero di diversi autori del XVIII secolo, tra i quali Montesquieu e Smith, che attribuiscono all'economia di mercato una funzione civilizzatrice.

Nello "Spirito delle leggi" (1748), Montesquieu sosteneva che il libero scambio è un "*doux commerce*" (dolce commercio), che non richiede l'uso delle armi per trovare ricchezza nei territori conquistati. Nella "Ricchezza delle nazioni" (1776), Adam Smith affermava che il libero scambio favorisce la costruzione pacifica dell'ordine pubblico attraverso l'accordo pattizio tra individui. Lo stesso discorso si trova anche in Voltaire, quando asserisce: "*Entrate nella Borsa di Londra, luogo più rispettabile di tante corti; vi trovate riuniti, per*

¹⁰ D. DE RUYSSCHER, *La Lex mercatoria contextualisée, tracer son parcours intellectuel*, *Revue historique de droit français et étranger*, 2012, p. 499.

¹¹ G. MALYNES, *Consuetudo, vel, lex mercatoria or the ancient law merchant*, *The Lawbook Exchange*, Clark, 2014.

*l'utilità degli uomini, rappresentanti di tutte le nazioni. Là, il giudeo, il maomettano e il cristiano trattano l'uno con l'altro come se fossero della stessa religione, e chiamano infedeli soltanto coloro che fanno bancarotta; là, il presbiteriano si fida dell'anabattista, e l'anglicano accetta la cambiale del quacchero*¹².

In origine, dunque, la *Lex Mercatoria* è stata concepita al servizio degli Stati. Il commercio, secondo i sostenitori della *lex mercatoria* – a cominciare dallo stesso Malynes – svolgeva la funzione di promozione della pace tra le Nazioni ed era a sostegno di un cosmopolitismo con sfumature umanistiche; altri autori, invece, consideravano il commercio come un'arma al servizio dello Stato e uno strumento di colonizzazione. Per tutti, tuttavia, gli interessi dello Stato e gli interessi del commercio convergevano.

Fu durante la sua ricomparsa che si affermò l'autonomia della *Lex mercatoria*.

2. L'alterazione nel ventesimo secolo della teoria della *Lex mercatoria*

Nel 1964, Berthold Goldman pubblicò un articolo, divenuto famoso, sulla *Lex mercatoria*¹³, cui, lo stesso anno, Clive Schmitthoff dedicò uno studio non meno illustre¹⁴. Da allora, la questione ha dato origine a una abbondante letteratura.

Al pari di Berthold Goldman¹⁵, gli autori lexmercatoristi concepivano la *Lex mercatoria* come un terzo ordinamento giuridico, accanto a quelli nazionali e internazionali¹⁶, facendo riferimento alla teoria di Santi Romano. Si ricordi, infatti, che questi mirava a integrare la realtà sociale nell'ordinamento giuridico: non contestava che la legge fosse un insieme di standard, ma credeva che essa fosse molto di più. Per lui l'ordine sociale stabilito dalla legge non era quello che risultava dall'esistenza di norme, di tutte le fonti, che regolavano i rapporti sociali. La legge non escludeva queste norme, anzi le utilizzava, integrandole nella sua sfera, senza precederle o dominarle. Ciò significava che la legge, prima di essere una norma, prima di avere a che fare con uno o più

¹² F. VOLTAIRE, *Lettera VI*, in R. CAMPI (a cura di), *Lettere filosofiche*, Foschi, Forlì, 2016.

¹³ M.B. GOLDMAN, *Frontières du droit et Lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit*, 1964, 177 ss.

¹⁴ D. DE RUYSSCHER, *Conceptualizing Lex Mercatoria*, MALYNES, SCHMITTHOFF and GOLDMAN compared, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3 agosto 2020, 1 ss.

¹⁵ M.B. GOLDMAN, *Règles de conflits, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 1970, 119 ss.; M.B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 2, 1980, 221 ss.; M.B. GOLDMAN, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsolor*, in *Revue de l'arbitrage*, 1983, 379 ss.; Id., *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*, in C. DOMINICÉ, R. PATRY, C. REYMOND (a cura di), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, 241 ss.

¹⁶ P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Sirey, Paris 1961; P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, 401 ss.

rapporti sociali, dovesse essere organizzazione, struttura, atteggiamento della stessa società, nella quale era in vigore e dalla quale si costituiva in un'ente che esisteva di per sé. Tale approccio è definito istituzionalista: ogni istituzione è un ordine legale e ogni ordine giuridico è un'istituzione. La teoria di Santi Romano si basava sulla massima “*ubi jus ibi societas; ubi societas ibi jus*” e non riservava la qualifica di istituzione solo a organizzazioni che avevano raggiunto un certo grado di sviluppo, come lo Stato moderno. Egli non pensava che la società preesistesse la legge, ma che fosse legge. Quindi, per Santi Romano vi era una pluralità di ordinamenti giuridici e lo Stato non poteva avere il diritto esclusivo di pretendere questa qualità. Il giurista riconosceva, invece, tale qualifica all'ordine internazionale, alla Chiesa, alla mafia: ciò gli permetteva di considerare i rapporti tra questi vari ordini in termini di *rilevanza*. Santi Romano, invero, affermava che ogni ordinamento giuridico riconosceva o non riconosceva la rilevanza di altri ordini legali e questo riconoscimento era concesso o rifiutato da un ordinamento giuridico, a seconda delle condizioni di conformità che stabiliva.

Gli autori *lexmercatoristi* considerano la *Lex mercatoria* come un ordinamento giuridico, secondo la concezione di Santi Romano, poiché esisterebbe una società di mercanti internazionali¹⁷, capace di produrre le proprie regole e di avere il proprio giudice naturale: l'arbitro. Queste regole, create in modo spontaneo dagli operatori del commercio internazionale e specifiche per il commercio, sarebbero numerose.

In primo luogo, ci sarebbero gli usi. Partecipano alla *lex mercatoria* soltanto gli usi del commercio internazionale e non quelli delle parti contraenti. La Convenzione sulla vendita internazionale di beni indica, all'art. 9, c. 2, che “*Salvo convenzione contraria delle parti, queste si considerano tacitamente riferite nel contratto e per la formazione ad ogni uso di cui fossero o avrebbero dovuto essere a conoscenza e che, nel commercio internazionale, è ampiamente conosciuto e regolarmente osservato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato*”. Sempre in materia internazionale, la legge tipo dell'UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale dispone, all'art. 28, c. 4, che: “*In ogni caso, il tribunale arbitrale (...) tiene conto degli usi del commercio applicabili alla transazione*”. Inoltre, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961: “*Gli arbitri terranno conto delle clausole del contratto e degli usi del commercio*”. Analogamente alle norme di diritto che possono essere imperative o suppletive, anche gli usi commerciali, in generale, e internazionali, in

¹⁷ M. NICOLINI, *Benefitting the Commerce of the Mother Country: paradigmi 'coloniali', law merchant e globalizzazione politica*, in *Ann. Dir comp. st. legislativi*, 2017; P. ZICCARDI, *Diritto internazionale*, in *Enc. Dir.*

particolare, possono rientrare in una di queste categorie. In occasione di un caso di arbitrato del 1994, la Camera di commercio internazionale ha ricordato che il tribunale arbitrale ha il potere di basare la sua decisione sugli usi commerciali. Agli usi propriamente detti, Berthold Goldman aggiungeva i contratti-tipo del commercio internazionale, le nuove figure contrattuali e le regole elaborate da organismi privati internazionali, dimostrando i legami tra la *Lex mercatoria* e l'autonomia della volontà.

Il cuore della *Lex mercatoria*, però, avrebbe sede nei principi commerciali transnazionali. Ciò che distingue i principi generali dal diritto dai principi commerciali transnazionali è innanzitutto la loro origine. Contrariamente ai principi generali del diritto, i principi commerciali transnazionali non si discostano da un testo costituzionale o legislativo, ma da una pratica commerciale internazionale che comporta, oltre agli operatori propriamente detti, istituzioni come la CCI, la Camera arbitrale marittima di Parigi, o la Camera arbitrale di Londra, la cui influenza è indubbia e di grande evidenza. Infatti, questi principi transnazionali sono messi in luce dagli arbitri a partire da un'osservazione della convergenza dei diritti nazionali; questa ricerca comparativa deve, tuttavia, essere condotta su di un livello generale, senza bisogno di essere approfondita. Questi principi– o queste convergenze – constatati devono essere riletti all'interno della comunità commerciale internazionale, cioè alla luce della pratica della *Societas Mercatorum*.

Infine, si deve far riferimento anche ad ulteriori fonti come le leggi uniformi (in particolare la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci), le codifiche (CCI, UNIDROIT e UNCTAD) e la giurisprudenza arbitrale.

Lexmercatoristi e anti-lexmercatoristi si accordano sull'esistenza di queste regole, nate dalla prassi degli operatori o dei giudici del commercio internazionale. La controversia, di contro, concerne il fatto che queste norme costituiscano o meno un ordinamento giuridico.

Se si considerasse la *Lex mercatoria* è un ordinamento giuridico, vi sarebbero delle importanti conseguenze pratiche:

- l'arbitro, che deve deliberare in diritto, dovrebbe applicare la *Lex mercatoria*;
- l'arbitro dovrebbe applicare d'ufficio la *Lex mercatoria* nelle controversie tra due operatori del commercio internazionale, a meno che questi la abbiano esclusa;
- davanti all'arbitro, la *Lex mercatoria* dovrebbe prevalere sull'ordinamento giuridico del foro;
- l'ordine pubblico della *Lex mercatoria* dovrebbe prevalere sull'ordine pubblico statale.

In realtà, se la considerassimo un ordinamento giuridico, la *Lex mercatoria* permetterebbe di sfuggire all'imperatività degli ordinamenti giuridici statali.

Di qui, la differenza con la teoria elaborata nel XVII secolo. Spesso, il metodo delle regole transnazionali o della *Lex mercatoria* è stato utilizzato per due scopi diametralmente opposti, ma ugualmente condannabili: fare della volontà delle parti la norma ultima, come aveva sostenuto precedentemente la teoria del contratto senza legge¹⁸ o, al contrario, ostacolare la volontà delle parti di vedere gli arbitri applicare una legge statale determinata.

Lagarde, invece, rifiuta di concepire la *Lex mercatoria* come un ordinamento giuridico e ritiene che essa non sia altro che una raccolta di regole, piccole isole di organizzazione, provenienti al più da una pluralità di società di commercianti¹⁹. Lagarde sottolinea, però, la dipendenza della *Lex mercatoria* rispetto ai diritti nazionali, che regolano unicamente le questioni legate alla capacità o al consenso delle parti contraenti. La *Lex mercatoria*, difatti, si occupa solo di alcune questioni del commercio internazionale e non si dedica alle questioni generali di capacità e consenso, che, invece, rientrano generalmente nelle leggi di ordine pubblico nazionali, alle quali i contraenti internazionali non possono validamente sottrarsi; di qui una suddivisione minima delle norme applicabili ai contratti internazionali.

Per altri autori si tratterebbe solo di un diritto vago o contraddittorio che consacra principi molto ambigui e contrastanti, come la forza vincolante dei contratti e la teoria dell'imprevedibilità²⁰.

Berthold Goldman replica che questo rimprovero, formulato nei confronti della *Lex mercatoria*, potrebbe essere prospettato anche contro l'ordine del diritto internazionale: l'ordine del diritto internazionale non dispone né di un'organizzazione completa, né di mezzi di coercizione efficaci come quelli degli Stati, tuttavia, né la sua esistenza né il suo carattere giuridico sono contestati. Di conseguenza, nonostante la *Lex mercatoria* non disponga – al pari dell'ordine internazionale – né di un'organizzazione così completa, né di mezzi di coercizione altrettanto efficaci di quelli degli Stati, non vi è motivo di mettere in discussione l'esistenza o la giurisprudenza di quest'ultimo ordine. Il pensiero di Goldman, però, si è evoluto e il giurista è arrivato, infine, a chiedersi se fosse veramente indispensabile che la *Lex mercatoria* costituisse un ordinamento giuridico; in particolare, Goldman si interrogava se si potesse parlare di un ordinamento giuridico perfetto e completo, le cui regole potessero essere considerate regole di diritto, e se tale ordinamento potesse integrare, come gli altri

¹⁸ W.J. KASSIR, *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2019.

¹⁹ P. LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales*, 1982, 135 s.

²⁰ A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, L.G.D.J., Paris, 1984, 561 ss.; G.R. DELAUME, *The Proper Law of State Contracts and Lex Mercatoria: A Reappraisal*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 3, 1988, 79 ss.

ordinamenti giuridici, i principi generali del diritto o elaborare progressivamente tali principi, a partire da usi generalmente e costantemente seguiti. Goldman ammetteva, quindi, che la *Lex mercatoria* fosse un ordine potenziale, in divenire: il dibattito si era dunque spostato, dalla qualificazione di ordinamento giuridico, a quella di regola di diritto. In questa prospettiva, l'accento è stato posto, più che su di un ordinamento giuridico perfetto, sull'esistenza di una *societas mercatorum*. Tuttavia, anche l'esistenza di quest'ultima è contestabile, perché priva di solidarietà e di giuridicità. Da un lato, gli interessi di diversi operatori del commercio internazionale, non solo non sono sempre uguali, ma spesso sono anche opposti. Da l'altro lato, se la giuridicità di una norma e l'appartenenza all'ordine giuridico possono essere definite come la possibilità di sottomettere la norma stessa al giudice o all'arbitro²¹, si può rilevare che tale non è il caso della *Lex mercatoria*. Per diverse ragioni, gli arbitri non sono i giudici della *Lex mercatoria*. Se così fosse, essi l'applicherebbero d'ufficio, senza ricorrere alla ricerca di una legge applicabile, in assenza di una volontà espressa delle parti. Per di più, un giudice è, per definizione, un organo incaricato a pieno titolo di dirimere le controversie sorte in una società che gli ha dato l'autorità di farlo. Invece, l'arbitrato si basa sulla volontà delle parti di rispettarlo. Le sentenze arbitrali non sono accompagnate dall'*exequatur* e si deve ricorrere al giudice statale per la loro esecuzione forzata. Da questo punto di vista, Goldman rilevava che, per la maggior parte, le sentenze venivano eseguite dalle parti in modo spontaneo, per timore di essere messi al bando dalla *societas mercatorum*.

Il mutamento della teoria della *Lex mercatoria*, intervenuto negli anni sessanta, può preoccupare per vari motivi. La *societas mercatorum*, così come descritta dai suoi promotori, è caratterizzata da una mancanza di democrazia, sia nella definizione delle sue regole, sia nell'esercizio della giustizia. Montesquieu ha sicuramente idealizzato il concetto, nel definire e concepire il libero scambio come un commercio dolce, in quanto il primo è spesso, più che di pace, fonte di guerra. Altri aspetti del pensiero di Montesquieu hanno, invece, avuto un destino più felice, basti pensare alla sua teoria della separazione dei poteri. Nel preteso ordinamento giuridico, dipinto dagli autori lexmercatoristi degli anni sessanta, questa separazione non esisterebbe, così come non esisterebbe, neanche, alcuna garanzia dei diritti fondamentali. Che pensare di una società che non solo produrrebbe le sue norme senza alcun dibattito e senza alcun contro-potere, ma che, inoltre, garantirebbe l'autorità della sua giustizia attraverso l'esclusione, senza alcuna forma di ricorso?

²¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, Quadrige, 1994; G. TEUBNER, *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1996; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1998, 243.

Sono queste preoccupazioni che devono indurre a concepire una nuova *Lex mercatoria*.

3. La *Lex mercatoria* oggi e domani

La teoria lexmercatorista degli anni '60 si fondava su due ragioni: una positiva, cioè promuovere regole specifiche per il commercio internazionale, e l'altra negativa, cioè escludere le leggi statali²².

Insistendo sulla necessità di trovare un diritto adeguato alla società dei commercianti, si suggeriva l'inidoneità dei diritti statali a disciplinare le relazioni commerciali internazionali. Tuttavia, l'idea che la specificità delle relazioni commerciali internazionali richieda spesso un regime proprio non porta necessariamente alla conclusione che sia opportuno ricorrere alla *Lex mercatoria*²³.

Oggi, la concezione non si basa tanto su un'opposizione degli ordinamenti giuridici statali o su di un ipotetico ordine giuridico transnazionale, quanto, piuttosto, su di un ricorso globale a un insieme di diritti nazionali. Gli Stati condividono ormai la loro sovranità con le istituzioni internazionali, che svolgono un ruolo crescente nella regolamentazione economica e sociale (ONU, ILO, FMI, Banca mondiale, GATT)²⁴.

Numerose norme specifiche del commercio internazionale sono state create mediante convenzioni tra gli Stati.

In pratica, la *Lex mercatoria* avrebbe avuto un'influenza molto limitata, al di là di alcuni rari esempi di norme private che disciplinano effettivamente talune transazioni internazionali (lettere di credito, INCOTERMS). Al contrario, alcune convenzioni internazionali hanno avuto un successo tale da trasformare veramente il diritto del commercio internazionale, basti pensare alla Convenzione di Vienna sul contratto di vendita internazionale di merci del 1980, alla legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale del 1985 o alla convenzione di Città del Capo relativa alle garanzie internazionali su attrezzature mobili del 2001. Tuttavia, i processi di produzione di norme dell'UNCITRAL e dell'UNIDROIT sarebbero talvolta oggetto di derive che possono condurre ad una cattura delle produzioni legislative da parte di poteri privati, cioè a un'influenza abusiva di un soggetto sul processo normativo che sfocia in un diritto avente lo scopo di soddisfare i propri interessi²⁵. Dal punto

²² W. KASSIR, *La lex mercatoria: mythe et réalité*, in *Proche Orient Études juridiques*, 1992, 15 ss.

²³ E. GAILLARD, *Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, in *Journal du Droit international*, 1, 1995, 5 ss.

²⁴ E. GAILLARD, *Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, cit., 5

²⁵ C. DEVAUX, *La fabrique du droit du commerce international: Réguler les risques de capture*, Bruylant, Bruxelles, 2019.

di vista dell'elaborazione delle regole, quindi, non ci sarebbe stata veramente democratizzazione.

Dal punto di vista della regolamentazione dei vari settori, la constatazione non è affatto più entusiasmante. Da una trentina d'anni, molte voci si sono fatte sentire a favore di un nuovo ordine giuridico del commercio mondiale, più equo e più democratico. Diversi autori sostengono l'opponibilità dei diritti dell'uomo all'economia²⁶ nel senso che essi devono essere parte integrante dell'ordine concorrenziale, che non può ridursi ad un ordine puramente commerciale, fondato sulla sola libera circolazione delle merci. Paradossalmente, è forse la globalizzazione stessa che ha reso possibile questo ravvicinamento, in quanto ha dato visibilità alle devastazioni sociali, ecologiche e umane prodotte da uno sviluppo economico consegnato, esclusivamente, alle regole del mercato, i cui "fini da perseguire" non possono più essere ignorati come prima²⁷.

Diversi autori hanno immaginato la nascita di un vero e proprio ordine giuridico del commercio internazionale, che sancisca una coesistenza pacifica, capace di integrare l'ascesa dei nuovi attori. Ad oggi, le economie emergenti si trovano a dover fare i conti con un sistema multilaterale basato su un principio binario di ripartizione delle preferenze commerciali tra paesi in via di sviluppo e paesi sviluppati; assistiamo, inoltre, alla presenza di una moltitudine di attori: privati, pubblici o in una *governance* multilivello più complessa, come le ONG. I nuovi attori riponevano le loro speranze nella nuova competenza dell'OMC, esercitata attraverso l'organo di risoluzione delle controversie, considerando fondamentale la giuridicità di questo nuovo ordine internazionale embrionale. Infatti, essendo dotata di un meccanismo di risoluzione delle controversie (MRD), per garantire il rispetto delle norme adottate dai suoi 164 membri, l'OMC assume una funzione di pilastro a sostegno delle regole multilaterali, costruite progressivamente da 70 anni; pertanto, tale organizzazione internazionale sarebbe potuta essere promotrice di una vera diplomazia multilaterale.

Tuttavia, oggi l'OMC è in crisi. Washington tenta di bloccare la corte d'appello dell'OMC, e critica la dimensione sovranazionale di questo organo d'appello, che inciderebbe sulla sovranità americana. Dietro la critica delle procedure di lavoro dell'organo, la vera preoccupazione degli Stati Uniti riguarda la

²⁶ L. BOY, *Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile*, in *Revue internationale de droit économique*, 3, 2003, 471; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Éditions du Seuil, Paris, 1998, 45; J.-B. RACINE, *L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme*, in H. ULLRICH, M. RAINELLI, L. BOY, *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003; J. MERTENS de WILMARS, H. NYSENS, *Intégration européenne et correction des mécanismes du marché*, in AA. VV., *Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Frison-Roche, Paris, 1999, 557; C. CHATIGNOUX, L. TOVI, *Avocat du libéralisme et juge de l'ordre commercial, l'OMC à l'œuvre*, in *Les Échos*, 23 giugno 1999.

²⁷ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, cit.

asserita tendenza dei Panels e degli organi di ovviare alla mancanza di rafforzamento delle norme dell'OMC mediante la produzione di una giurisprudenza che si sostituisce al negoziato tra le parti del contenzioso. Washington sostiene che le ambiguità delle regole multilaterali riflettono la mancanza di consenso dei membri dell'OMC e non possono essere risolte dai giudici dell'organizzazione. Il blocco dell'organo di appello comporta, di conseguenza, anche quello di nuove regole multilaterali, prive della sufficiente credibilità.

Inoltre, i contenziosi portati dinanzi all'OMC hanno rivelato una comunione tra Stati e imprese potenti.

Le ONG sono oggetto, soltanto, di disposizioni rudimentali nell'ambito dell'OMC. L'articolo 5, rubricato "Relazioni con altre organizzazioni", al comma 2 dispone: "Il Consiglio generale potrà concludere accordi appropriati ai fini della consultazione e della cooperazione con le organizzazioni non governative che si occupano di questioni connesse con quelle di cui si occupa l'OMC".

L'avvento di un ordine del commercio mondiale equo e democratico sembra, quindi, avere gli stessi connotati dell'umanesimo mercantile elaborato dai primi *lexmercatoristi*: è una mera, seppur attraente, illusione. Tuttavia, per non concludere con una nota eccessivamente pessimista, rimane la speranza che la crisi innescata dalla pandemia di Covid-19, che porta, inevitabilmente, a ripensare il mondo, permetta di concepire una nuova *Lex mercatoria* dai tratti più umanisti.