



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Facoltà di Giurisprudenza

*Dipartimento di Scienze giuridiche ecclesiasticistiche, filosofico-sociologiche e
penalistiche "Cesare Beccaria"*

*Corso di dottorato di ricerca in Filosofia del diritto – curriculum Sociologia del diritto
Ciclo XXII*

Anno Accademico 2009/2010

Tesi di Dottorato di Ricerca

La lex mercatoria ed i rapporti con le law firms

SPS/12—IUS/20

Dottorando: Carl Rickard Marchese

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Maria Rosaria Ferrarese

Co-Tutor: Chiar.mo Prof. Vincenzo Ferrari

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Paolo Di Lucia

*A Realino Marra,
dapprima Professore,
Maestro ma soprattutto
Amico, un grazie sincero
per tutti i consigli,
gli incoraggiamenti,
le parole di conforto
ed anche per le tirate d'orecchie.*

INDICE

CAPITOLO PRIMO

<u>1. PREMESSA</u>	<u>10</u>
<u>2. LA GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA.</u>	<u>12</u>
<u>3. LA LEX MERCATORIA NELLA STORIA.</u>	<u>18</u>
<u>4. LA NUOVA LEX MERCATORIA.</u>	<u>29</u>
4.1. LE VARIE DEFINIZIONI DI <i>LEX MERCATORIA</i>.	33
4.2. LA <i>LEX MERCATORIA</i> E LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA.	34
4.2.1. LA <i>LEX MERCATORIA</i> E LA DOTTRINA FRANCESE.	39
4.2.2. LA <i>LEX MERCATORIA</i> E LA DOTTRINA ITALIANA.	41
4.3. I CONTENUTI DELLA <i>LEX MERCATORIA</i>.	44
4.3.1. LA PRASSI CONTRATTUALE.	45
4.3.2. GLI USI DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE.	52
4.3.3. I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO.	52
4.4 L'APPLICAZIONE DELLA <i>LEX MERCATORIA</i> DA PARTE DEI GIUDICI NAZIONALI.	54
4.4.1 LA <i>LEX MERCATORIA</i> DINNANZI ALLE CORTI ITALIANE.	59
4.5 LA <i>LEX MERCATORIA</i> NELLA CONVENZIONE DI ROMA E NEL REGOLAMENTO 593/2008 (CD. ROMA I).	64
<u>5. I PRINCIPI UNIDROIT</u>	<u>66</u>
<u>6. CONCLUSIONI</u>	<u>73</u>

CAPITOLO SECONDO

<u>1. PREMESSA</u>	77
2 LE LAW FIRMS	80
2.1. LA STRUTTURA DELLE LAW FIRMS	80
2.1.1.1. L'organizzazione interna delle law firms	82
2.2.1.1.2 I partners	83
2.2.1.1.2 Gli associates	87
2.2.1.1.3 Le figure ulteriori all'interno delle law firms	89
<u>3 L'EVOLUZIONE STORICA DELLE LAW FIRMS</u>	92
3.1 IL 1960: IL PERIODO "D'ORO" DELLE GRANDI LAW FIRMS	94
3.2 LO SVILUPPO SUCCESSIVO AGLI ANNI '60	100
<u>4. LE LAW FIRMS PIÙ PRESTIGIOSE</u>	105
4.1 LE LAW FIRMS E L'ESPANSIONE GLOBALE	106
4.1.1. CHARMED CIRCLE	106
4.1.2 ALLEANZA/BEST FRIENDS	107
4.1.3 MAGIC CIRCLE	109
4.1.4 ALMOST-CHARMED CIRCLE	110
4.1.5 NOT-SO-CHARMED CIRCLE	111
<u>5. I CAMBIAMENTI IN ATTO ALL'INTERNO DELLE LAW FIRMS</u>	112
<u>6. I CONTRATTI «CHIAVI IN MANO»</u>	118
<u>7. I CONTRATTI DI JOINT VENTURE</u>	120
<u>8. I CONTRATTI OEM (ORIGINAL EQUIPMENT MANUFACTURER)</u>	122
<u>9. I CONTENUTI "TIPICI" DEI CONTRATTI DI LEX MERCATORIA</u>	125

9.1 LA CLAUSOLA DI FORZA MAGGIORE	125
9.1.1 LA CLAUSOLA DI FORZA MAGGIORE DELLA CCI	126
9.1.2 I REQUISITI DELLA FORZA MAGGIORE NELLA GIURISPRUDENZA ARBITRALE.	133
9.1.2.1 Il requisito dell'imprevedibilità dell'evento.	133
9.1.2.2 Il requisito dell'evento fuori dal controllo della parte	135
9.1.2.3 Il requisito dell'impossibilità della prestazione	136
9.2 LE CLAUSOLE DI <i>HARDSHIP</i>	137
9.2.1 LA DISCIPLINA DELLA <i>HARDSHIP</i> NEI <i>PRINCIPI UNIDROIT</i>	141
9.3. LE CLAUSOLE DI SCELTA DELLA LEGGE APPLICABILE	142
<u>10. I CONTRATTI E RELATIVE CLAUSOLE OGGETTO DI ANALISI</u>	<u>143</u>
10.1 I <i>TURN-KEY CONTRACTS</i>	143
<u>11. I CONTRATTI DI JOINT VENTURE</u>	<u>150</u>
<u>11. I CONTRATTI OEM.</u>	<u>160</u>
<u>12 CONCLUSIONI</u>	<u>167</u>

INTRODUZIONE

La seconda metà del Novecento, ed ancor più la prima parte del nuovo millennio sono state contraddistinte da una serie di trasformazioni sostanziali per quanto concerne le comunicazioni, i commerci e le transazioni, sia tra paesi che tra operatori. L'avvento della c.d. *globalizzazione*, la crisi degli istituti tradizionali quali il modello giuridico dello Stato-Nazione, la diffusione e l'implementazione di diritti transnazionali sono solo alcuni esempi delle rivoluzioni copernicane che hanno caratterizzato i mercati e le economie di larga scala. Questi mutamenti hanno avuto una serie di precipitati anche rispetto agli strumenti e dispositivi giuridici deputati a regolamentare e/o a disciplinare queste nuove forme di commercio, sia per tutelare i soggetti da possibili aggressioni, sia per trasferire su modelli positivi i nuovi negozi che intercorrono tra attori sempre meno collocabili nei classici schemi dei contratti di diritto civile.

In questo quadro di grandi trasformazioni, si è scelto di orientare la prospettiva d'analisi sul ruolo che gli operatori fattuali svolgono sia dal punto di vista dell'implementazione di questo nuovo diritto (definito nuova *lex mercatoria*) sia dal punto di vista della produzione "creativa" di nuovi istituti, attraverso le prassi e le transazioni.

Il campo di osservazione è ristretto alle cosiddette *law firms*, ossia gli studi legali commerciali che, di fatto, svolgono un ruolo

primario come esecutori di queste nuove forme di diritto. In particolare, l'ipotesi da verificare sarà se le grandi *law firms* transazionali influenzino o meno la c.d. *lex mercatoria*.

La ricerca sarà suddivisa in due parti: nella prima - che avrà per oggetto lo studio della c.d. *lex mercatoria* (i.e. *law merchant*) – si procederà ad una ricognizione storica delle trasformazioni subite e dei differenti passaggi storici e sociali che hanno portato ad un'evoluzione del diritto transnazionale, partendo dalla *lex mercatoria* dell'epoca medioevale, passando per la *lex mercatoria* contemporanea fino ad arrivare ai Principi di *Unidroit*. La seconda parte di questo studio avrà ad oggetto le c.d. *law firms* e le questioni attinenti alle stesse per comprendere se e come anche gli operatori stessi abbiano subito (o prodotto) trasformazioni negli anni ed, infine, comprenderà un'ultima parte empirica, svolta sul “campo”, tramite l'analisi di contratti cd. di *lex mercatoria* nonché delle clausole in essi contenute onde poter accertare se quest'ultime abbiano modificato o stiano effettivamente modificando la c.d. *lex mercatoria*, e come si stia costituendo un diritto creativo che si svincola spesso dagli istituti tradizionali.

Occorre, infine, una premessa di carattere generale: sicuramente i temi trattati all'interno della presente tesi di ricerca sono molto ampi e già affrontati da numerosi studiosi e da esimi professori di tutto il mondo.

Per un dottorando di ricerca, una tale ampiezza di argomenti potrebbe essere considerata piuttosto pericolosa.

Per dirla con le parole di Umberto Eco: “*o farà una piatta rassegna di nomi e di opinioni correnti, o darà alla sua opera un taglio originale e verrà sempre accusato di omissioni imperdonabili*”¹.

Voglio dunque anticipare che la ricerca è sarà limitata ai suesposti argomenti, che cercherò di mantenere come linea guida nella redazione della stessa.

¹ U. ECO, *Come si fa una tesi di laurea*, Bompiani, Milano, 1977, pag. 7.

CAPITOLO PRIMO

<u>1.PREMESSA</u>	10
<u>2. LA GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA.</u>	12
<u>3. LA LEX MERCATORIA NELLA STORIA.</u>	18
<u>4. LA NUOVA LEX MERCATORIA.</u>	29
4.1. LE VARIE DEFINIZIONI DI <i>LEX MERCATORIA</i>.	33
4.2. LA <i>LEX MERCATORIA</i> E LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA.	34
4.2.1. LA <i>LEX MERCATORIA</i> E LA DOTTRINA FRANCESE.	39
4.2.2. LA <i>LEX MERCATORIA</i> E LA DOTTRINA ITALIANA.	41
4.3. I CONTENUTI DELLA <i>LEX MERCATORIA</i>.	44
4.3.1. LA PRASSI CONTRATTUALE.	45
4.3.2. GLI USI DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE.	52
4.3.3. I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO.	52
4.4 L'APPLICAZIONE DELLA <i>LEX MERCATORIA</i> DA PARTE DEI GIUDICI NAZIONALI.	54
4.4.1 LA <i>LEX MERCATORIA</i> DINNANZI ALLE CORTI ITALIANE.	59
4.5 LA <i>LEX MERCATORIA</i> NELLA CONVENZIONE DI ROMA E NEL REGOLAMENTO 593/2008 (CD. ROMA I).	64
<u>5. I PRINCIPI UNIDROIT</u>	66
<u>6. CONCLUSIONI</u>	73

1. Premessa

L'espansione su scala mondiale dell'economia e l'inizio del capitalismo finanziario si è accompagnata ad una grande diffusione delle teorie economiche di stampo liberista elaborate in seno alla scuola economica di Chicago². Fin dagli inizi degli anni '70 del secolo scorso, infatti, si assiste all'affermazione del concetto di *deregulation*, inteso quale abbandono del mercato alle sue libere forze ed al graduale superamento di quel pensiero economico che, affermatosi nel corso degli anni '50, prevalentemente in Germania, intendeva coniugare i principi dello stato sociale con quelli dello stato di diritto³.

La concezione liberista che postula la deregolazione del mercato e la privatizzazione su larga scala delle attività economiche delle aziende a partecipazione pubblica⁴ trova realizzazione grazie alle politiche praticate da Margareth Thatcher e Ronald Reagan. In quegli stessi anni vi fu una spinta propulsiva al commercio internazionale anche grazie all'avvento delle nuove tecnologie della comunicazione.

È in tale cornice politico-economica che si delinea un'estesa globalizzazione dei mercati⁵.

Se le cause di maggior rilievo nello sviluppo del fenomeno sul piano formale sono state individuate principalmente nell'avvio di un

² In tal senso si veda I. Ramonet, *Une Regression*, in «Quaderno di Le monde Diplomatique», Parigi, 2003-2004.

³ Per meglio comprendere la vicenda in chiave storica si veda: A. Somma, "Modernizzare" l'ordinamento privatistico: l'economia sociale di mercato e la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, oggi in *La riforma del Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, in «Quaderni della Rivista Diritto Civile», Padova, 2004, p. 137 e ss.

⁴ Si tratta dell'esaltazione del pensiero liberale classico che postula, quali suoi corollari, le concezioni dello stato di diritto e dello stato minimo, sulle quali si veda: N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli Editore, Milano, 1985, p. 13 ss.

⁵ M. R., Ferrarese, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

ciclo politico economico nei paesi capitalisti, nella crisi e nella fine dei sistemi socialisti nell'Europa dell'Est - emblematica la caduta del muro di Berlino il 9 novembre 1989 - e nella crisi e nel tramonto dell'Unione Sovietica, i fenomeni che generalmente vengono associati alla globalizzazione non rivelano una natura esclusivamente economica.

In sede di premessa si ritiene, pertanto, opportuno evidenziare i differenti approcci, o quantomeno i principali tra essi, al tema della globalizzazione che rimandano ad un'osservazione del fenomeno da un punto di vista geografico ovvero da un punto di vista sociologico.

Sotto il primo profilo, l'accezione geografica può essere intesa quale punto di vista che usa come parametri, ai fini della spiegazione del fenomeno, il carattere della facilità dei collegamenti spazio-temporali. Lo svilupparsi di tali collegamenti, come l'incremento della velocità negli spostamenti e della rapidità delle comunicazioni, sono viste come le fondamenta della nuova economia e della società globale⁶. Inoltre, gli affari delle grandi società multinazionali fanno sì che emerga quella che viene definita da Peter Dickens una «nuova *geo-economy*», caratterizzata dal continuo spostarsi della distribuzione geografica dell'economia dai confini nazionali ad un'economia di tipo globale⁷.

Da un punto di vista sociologico, invece, la globalizzazione viene esaminata e descritta nel continuo aumento degli scambi interculturali

⁶ V. Cable, *Globalization and global governance*, The Continuum International Publishing Group, Londra, 1997.

⁷ P. Dicken, *Global Shift: transforming the world economy*, Paul Chapman Publishing, Londra, 1999.

e nella nascita di quei fenomeni definiti “globali”, si pensi ad esempio ai grandi consumi di massa⁸.

Sulla base di queste premesse ai fini che vengono in rilievo con il presente lavoro si ritiene opportuno nel corso delle seguenti pagine focalizzare l’attenzione sul rapporto intercorrente tra i concetti di globalizzazione e diritto, delineandone sinteticamente gli effetti prodotti da tale relazione nella prassi contrattuale.

2. La globalizzazione giuridica.

Negli ultimi decenni si è assistito ad un rapido affrancamento dell’economia dalla produzione e dall’industria, in favore della ricerca di nuovi spazi per gli interessi finanziari⁹. A causa della rottura della relazione tra capitale e produzione (da intendersi quali capitale e lavoro), l’economia, automaticamente, ha iniziato ad emanciparsi dal legame con il territorio e conseguentemente dalla dimensione statale, che del legame territoriale ha sempre costituito l’aspetto politico¹⁰.

Con riferimento a questo ultimo aspetto si pone la necessità di soffermarsi sulla effettiva sussistenza in capo allo Stato della propria capacità regolatoria di ordinare la realtà ed i rapporti interni al proprio territorio nell’esercizio della propria sovranità.

⁸ Sul punto si pensi a mero titolo esemplificativo al consumo globale all’interno dei *fastfoods*, si vedano: A. Giddens, *The third way: the renewal of social democracy*, Polity Press, Cambridge, 1998; M. Waters, *Globalization*, Routledge, Londra, 1995; L. Sklair, *Sociology of the global legal system*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1995; L. Sklair, *The transactional capitalist class*, Blackwell Publishing, Oxford, 2001.

⁹ C. Sini, *La libertà, la finanza, la comunicazione*, Spirali, Milano, 2002, p. 191.

¹⁰ Relativamente al rapporto tra diritto e “luoghi” geografici si veda: N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma, 2001, M.R Ferrarese, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, cit.

Il termine sovranità ha una lunga storia, che inizia con Aristotele¹¹, passando attraverso Bodin¹² ed Hobbes¹³ e le rivoluzioni

¹¹ Aristotele considerava lo Stato l'unico luogo in cui l'uomo, considerato "animale politico", fosse in grado di manifestare la sua superiorità rispetto al resto del mondo animale mediante la repressione della ferinità, l'unico luogo nel quale poteva svelare la sua natura morale con la scoperta del giusto e dell'ingiusto. La creazione di uno Stato dunque, ossia la costituzione di una comunità politica attraverso l'opera legislatrice di un *nomothètes* è sì la conseguenza di un atto cosciente, ma ciò non vuol dire che sia un prodotto innaturale, bensì la manifestazione più compiuta della natura umana.

¹² Gli sviluppi della monarchia francese in senso assolutistico trovarono l'appoggio di alcuni scrittori di formazione giuridica, che assumevano il punto di vista politico come prioritario rispetto alle questioni religiose, sociali e giuridiche: per questo essi vennero indicati con il termine piuttosto sprezzante di *politiques*. Tra questi il più importante è Jean Bodin, autore di un famoso trattato, *Sei libri sullo Stato* del 1576. Il trattato di Bodin affronta un concetto determinante, che fonda la gestione unificata del potere da parte dello Stato, in una società che si vuole coesa e ordinata: la sovranità. "Per sovranità" scrive Bodin, "si intende quel potere assoluto e perpetuo ch'è proprio dello Stato". Bodin in questo modo stabilisce il fondamento giuridico che garantisce la totale autonomia della dimensione pubblica rispetto a quella privata, giustifica perciò la necessità di una suprema autorità che si ponga al di sopra dei sudditi. Per Bodin «la monarchia pura assoluta è lo stato più sicuro e, senza confronto, il migliore di tutti». La democrazia invece oltre a disperdere il potere è anche rischiosa per via del progetto egualitario che l'accompagna («non c'è odio più grande nè vi sono inimicizie più radicali di quelle che si creano tra gli uguali»). «Lo Stato è il governo giusto di più famiglie e di ciò che è loro comune, con potere sovrano». La comunità politica è quindi un governo giusto, cioè ordinato, conforme a certi valori morali di ragione, giustizia; lo Stato si identifica nel governo, il governo giusto è quello che soddisfa il bene dei cittadini che del legale territoriale ha sempre costituito l'aspetto politico. cioè ha una durata ininterrotta e non limitata. Oltre che perpetua la sovranità è anche assoluta, il sovrano deve essere sciolto dall'autorità delle leggi, è lui stesso che fa o disfa le leggi, il sovrano è il vertice, colui che non ha pari nello Stato e dipende completamente da se stesso, il suo potere non è temporaneo né delegato. La monarchia di Bodin non è concepita però come un sistema tirannico, al di sopra delle leggi del sovrano si trovano infatti le leggi di natura, riflesso della ragione divina. Il sovrano deve rispettare quindi la libertà naturale dei sudditi e la loro proprietà. Non si tratta di una sovranità illimitata, senza leggi morali, è una monarchia assoluta ma non arbitraria, che permette anche un consiglio permanente, gli Stati generali e provinciali come organi di consultazione, ma anche corporazioni, comunità, forme di associazione intermedia tra lo Stato e i sudditi, che non devono sconfinare nella sfera dell'autorità del sovrano. Alla luce delle suddette considerazioni Bodin è considerato un teorico dello Stato moderno, J. Bodin *I sei libri dello Stato*, 3, UTET, Torino, 1988-1997.

¹³ Per T. Hobbes uno Stato si dice che è istituito quando una moltitudine di uomini si accorda e pattuisce, ognuno con ogni altro, che, a qualsiasi uomo, o assemblea di uomini, sarà dato dalla maggioranza il diritto di rappresentare le persone di tutti loro.

Da questa istituzione di uno Stato sono derivati tutti i diritti e le facoltà di colui o di coloro a cui è stato conferito il potere sovrano da parte del popolo riunito in assemblea.

I diritti che costituiscono l'essenza della sovranità sono il potere di coniare monete, di disporre della proprietà e delle persone degli eredi minori, di imporre un tributo sui mercati, e altre prerogative statutarie. Queste possono essere trasferite dal sovrano ad altre persone, ed essere trattenute nello stesso tempo il potere di proteggere i propri sudditi; ma se il sovrano trasferisce il suo potere sulla *militia*, invano poi mantiene il potere di giudicare, non essendo in grado di fare eseguire le leggi, o se egli rinuncia al diritto di esigere pagamenti dai sudditi, la *militia* esiste invano, e se egli rinuncia alla facoltà di orientare le dottrine, gli uomini saranno trascinati alla ribellione col timore dei fantasmi. E così se noi consideriamo singolarmente ciascuno dei detti diritti, noi vedremo che conservare tutti gli altri, senza di quello, non servirà a niente per quanto riguarda la conservazione della pace e della giustizia, lo scopo cioè per il quale ogni Stato viene fondato. E questa divisione è quella riguardo alla quale si dice: un regno diviso in se stesso non può stare in vita; poiché, a meno che questa divisione

americana, dapprima, e francese successivamente, arrivando ai giorni nostri dove sta subendo ancora numerose trasformazioni.

Ad oggi sono ormai pressoché unanimi i consensi degli studiosi nel ritenere che vi sia stato un passaggio di consegne tra lo Stato ed il mercato, in quanto il primo ha progressivamente perso potere a vantaggio del secondo¹⁴. Alla radice del mutamento e dell'erosione del potere sovrano, risiedono numerosi fattori quali: l'emergere delle società civili, non solo nazionali ma anche globali, lo sviluppo di forme di potere intergovernativo e, in qualche caso molto significativo (*in primis* l'Unione Europea), anche sovranazionali¹⁵.

La sovranità dello Stato ha subito, pertanto, un processo involutivo per effetto dell'azione di fattori esogeni ed endogeni ad esso.

Da anni sulla scena globale interagiscono nuovi attori economici, corpi sociali intermedi, associazioni che, spesso sono in grado di negoziare con lo Stato il proprio ruolo ed il proprio spazio regolativo, in quanto portatori di interessi diffusi non più e non solo circoscritti ai confini nazionali ma connessi a reti transnazionali.

non preceda, una divisione in eserciti opposti non si può mai avere. Se non ci fosse stata prima un'opinione accolta dalla maggior parte degli inglesi secondo la quale questi poteri erano divisi fra il Re, i Lords e la Camera dei Comuni, il popolo non si sarebbe mai diviso e non sarebbe stato trascinato in questa guerra civile, prima fra coloro che non erano d'accordo sul piano della politica, e poi fra quelli che dissentivano riguardo alla libertà di religione; il che ha istruito così bene gli uomini su questo punto riguardante il diritto del sovrano che sono pochi oggi in Inghilterra quelli che non credono che questi diritti sono inseparabili, e tali saranno riconosciuti da tutti al prossimo ritorno della pace, e lo saranno ancora fino a quando quelle miserie saranno dimenticate; e non ci vorrà molto, a meno che il volgo non sia istruito meglio di come essi non lo siano stati fino ad ora. T. Hobbes, *De cive*, Editori Riuniti, Roma, 1979.

¹⁴ S. Strange, *Chi Governa l'economia mondiale*, Il Mulino, Bologna, 1998.

¹⁵ Esistono oggi, secondo le stime più di 2.000 organizzazioni internazionali - nel 1951 erano 123 - più di 100 tribunali internazionali di varia natura e con varie funzioni, altrettanti organi quasi-giurisdizionali, un grandissimo e crescente numero di norme universali rivolte sia alle amministrazioni nazionali sia ai privati. Sul punto si veda S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma - Bari, 2006.

Odierni protagonisti della globalizzazione sono da ritenere, piuttosto che gli Stati, le imprese transnazionali che svolgono le proprie attività in diversi contesti giuridici¹⁶. A tal proposito si intendono per esse, quegli enti economici che fanno capo ad una *holding* radicata all'interno di un territorio nazionale, ma operante al di fuori di esso attraverso società controllate.

In argomento risultano molto interessanti i dati forniti ogni anno dall'UNCTAD¹⁷ relativi ai valori del patrimonio e del tasso di occupazione delle controllate estere: da questi dati emerge chiaramente la capacità di simili società di “rendersi” transnazionali, muovendo il *core business* da un luogo ad un altro.

L'impresa transnazionale si presenta dunque come una struttura produttiva che, a differenza dell'impresa multinazionale, non è più solamente radicata nei vari contesti locali, ma sviluppa la propria organizzazione su unità decentrate dotate di una reale autonomia manageriale tale da presentare un carattere transnazionale costituendo un elemento di mediazione tra le differenti culture.

Accanto alle imprese transnazionali, affiorano sulla scena globale altri nuovi attori, quali per esempio le O.N.G. stimate dall'ONU, in numero approssimativo 44.000 presenti nella maggior parte del pianeta tanto da interconnetterne le latitudini.

¹⁶ Si suole dire che si tratti di imprese transnazionali piuttosto che imprese multinazionali in quanto la locuzione impresa multinazionale è di origine giornalistica, tale locuzione infatti risale ai primi '60, sul punto si veda F. G. Thompson, *La Globalizzazione economica*, Editori Riuniti, Roma, 2000, p. 496 e ss., dove l'autore evoca l'immagine dell'impresa che assume tante nazionalità quante sono le nazioni in cui agisce. S. Strange, *Chi Governa l'economia mondiale*, cit., dove l'autrice afferma che il termine multinazionale è un “eufemismo semantico”: non sono le società ad essere multinazionali, bensì le loro attività.

¹⁷ *United Nations Conference on Trade and Development*, www.unctad.org.

La globalizzazione ha portato al declino di tradizionali dogmi, a cominciare dalla statualità del diritto per proseguire con quello della nazionalità dello stesso.

Sostiene Galgano che questo declino si leghi alla più generale crisi della sovranità dello Stato, della quale Natalino Irti ha parlato come di un *“lacerato brandello”*¹⁸, Sabino Cassese ha invece fatto riferimento ad un *“arretramento dello Stato”*¹⁹ lo stesso Galgano infine ha evocato, per descrivere la condizione nella quale versò lo Stato odierno, metaforicamente il *“ruggito del topo”*²⁰.

La crisi dello Stato era già stata annunciata e dichiarata negli anni ‘30, ma veniva allora attribuita a fattori disgregativi interni allo stesso, tra i primi a denunciare tale situazione furono, tra gli altri, il filosofo Carl Schmitt²¹ e G. Gurvitch²², per il quale: *“Lo stato non è altro che un piccolo lago profondo nell’immenso mare del diritto che lo circonda da ogni parte”*²³.

Ai giorni nostri la crisi dello Stato è imputata soprattutto a cause esterne, tra cui la globalizzazione dell’economia che sembrerebbe aver spostato i centri decisionali al di fuori dei confini statali, frustrando i poteri del governo e di legiferazione dei singoli Stati.

¹⁸ F. Galgano, *La globalizzazione delle fonti del diritto: le leggi nazionali; il contratto; il ruolo delle Corti.*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2006, p. 313 e ss..

¹⁹ *Ivi*, p. 313.

²⁰ F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in «Contratto e Impresa», 2000, dove l'autore rileva che *«le leggi dei singoli Stati, per potenti che essi siano, fanno pensare al ruggito del topo; sono le leggi che agiscono su un minuscolo frammento del mercato, che ha dimensione planetaria, e sul quale essere non possono efficacemente incidere»*.

²¹ C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico* (1934), in *«Le categorie del politico»*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, p. 247 e ss., per il giurista nonché filosofo tedesco la crisi dello Stato si collegava all’irrompere, al suo interno, della società di massa.

²² G. Gurvitch, *L’idée du droit social*, Sirey, Parigi, 1932.

²³ V. Ferrari, *Quisiti sociologici sulla lex mercatoria*, in *«La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto»*, in *Sociologia del diritto*, XXXII/2005/2-3, Milano, Franco Angeli, 2005.

A tale proposito particolarmente esplicativa sembra ancora una volta essere S. Strange la quale definisce il termine globalizzazione quale un passaggio di consegne dallo Stato al Mercato.

Quest'ultima affermazione merita, però, una precisazione: gli Stati continuano a sussistere ed a svolgere alcune funzioni imprescindibili e tendono a conservare la loro indispensabilità - come sostiene Ferrarese, infatti, “*non è neanche possibile profetizzare la scomparsa dello Stato*”²⁴.

Sebbene sia difficile delineare il perimetro di queste trasformazioni, è importante evidenziare come, sul piano fattuale, questa “contaminazione” globale abbia prodotto una moltiplicazione di contratti atipici internazionalmente uniformi²⁵.

A seguito della costante erosione dei confini nazionali e venute meno le certezze del positivismo giuridico statalistico è stato pressoché naturale individuare le analogie con il precedente mondo non caratterizzato da tali peculiarità.

La riscoperta della *lex mercatoria*, dovuta agli studi di alcuni autori francesi quali *Berthold Goldman* e *René David*, è stata, pertanto del tutto, naturale.

²⁴ M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della Globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

²⁵ Sul punto si veda: M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della Globalizzazione*, cit., e F. Galgano, *La Globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

3. La *Lex mercatoria* nella storia.

Nel periodo che precedette l'avvento degli Stati Nazionali nel contesto europeo erano retti in larga misura da un diritto diffuso a carattere universale: si parla al riguardo di *lex mercatoria*.

Sebbene la nascita della *lex mercatoria* sia fatta risalire al Basso Medioevo, la stessa ha origini più antiche posto che gli uomini ed il commercio sono fin da sempre stati elementi permanenti e necessari allo svolgimento della vita sociale. Invero, i primi tratti di usi normativi consuetudinari sono rintracciabili nel diritto romano, base della tradizione giuridica occidentale. Cicerone nel *De Repubblica*²⁶ (II, 1-2) fa dire a Catone “*che il sistema politico romano si era rivelato superiore rispetto a quello degli altri paesi perché questi ultimi erano stati creati con leggi e istituzioni espressi da singoli individui (come Minosse a Creta e Licurgo a Sparta), mentre lo Stato romano era stato fondato da un susseguirsi di generazioni*”.

La *lex mercatoria* si conformava, pertanto, come un diritto che, creato e direttamente imposto dalla classe mercantile - in forza delle consuetudini commerciali, degli statuti delle corporazioni mercantili, della giurisprudenza dei tribunali dei mercanti - non conosceva mediazioni politiche²⁷.

²⁶ La presente citazione - *non erit alia Lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et amnes gentes et omni tempore un lex sempiterna et immutabilis continebit* - è stata più volte ripresa nel mondo anoglossassone, si veda ad esempio la sentenza resa da Lord Mansfield, in *Luke v. Luke* (1759), 2 Burr. 882, tale citazione è stata anche per esempio ripresa dal giudice Joseph Story nella causa *Swift v. Tyson* dibattuta dinnanzi la Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1842. Sul punto si veda: V. Piergiovanni, a cura di, *From Lex mercatoria to commercial law*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

²⁷ F. Galgano, *La Globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 43.

Tale corpo di regole fu seguito ed applicato in modo uniforme dai commercianti di tutti i Paesi come *lex universalis* fino all'epoca della nazionalizzazione del diritto, evento che ne ha determinato la scomparsa.

Per gli storici del diritto il termine *lex mercatoria* ha assunto molteplici definizioni non sempre univoche.

Per fare un solo esempio, in Inghilterra, dove durante il tredicesimo secolo trova inizio la storia della *lex mercatoria*, la locuzione non ha conservato nel corso degli anni la stessa accezione.

In origine essa, infatti, sembrava riferirsi non ad una uniforme disciplina giuridica atta a regolare i rapporti commerciali, ma, invece, a privilegi procedurali garantiti ai mercanti nel campo del processo civile. Si sarebbe quindi trattato di una procedura speciale spedita adatta alle necessità di individui che richiedevano tempi più celeri rispetto a quelli del sistema di *common law*²⁸.

Alle soglie del periodo feudale, con l'estinzione della classe mercantile, la vita economica si era chiusa all'interno delle proprietà feudali, tanto che i traffici commerciali risultavano limitati all'ambito dell'economia curtense. La riapertura degli sbocchi commerciali al Nord e al Sud dell'Europa spiega il risveglio, dopo il Mille, dei traffici europei e la ricomparsa in Europa di una nuova classe di mercanti²⁹;

²⁸ M. Fortunati, *La lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-giuridica*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», in «Sociologia del diritto», cit..

²⁹ Fino a quando - scrive H. Pirenne, *Le città del medioevo*, Laterza, Roma-Bari, 1971, pag. 34 e ss - vi fu una vita urbana e un commercio, i grandi possedimenti ebbero un mercato per l'eccedenza dei loro prodotti. Si può supporre che per tutta l'epoca merovingia le agglomerazioni urbane furono approvvigionate da essi e che i mercanti vi si rifornissero. Ma dovette andare diversamente quando l'Islam dominava il mediterraneo ed i Normanni i mari del Nord, la circolazione scomparve e con essa la classe dei mercanti e la popolazione urbana. I possedimenti terrieri [...] persero i loro sbocchi. Non essendoci più la possibilità di vendere all'esterno, per mancanza di acquirenti, divenne inutile

secondo Pirenne «*si tratta del risultato di uno stimolo esterno: grazie al contatto che (la classe di mercanti) ebbe in questi due luoghi con il commercio estero, fu possibile che questa ripresa si manifestasse e si diffondesse*» e «*il commercio occidentale, che era scomparso quando i suoi sbocchi con l'esterno erano chiusi, si risvegliò quando essi si riaprirono*»³⁰.

La crisi del sistema feudale, cui direttamente si collegano le fortune dei nuovi mercanti, ebbe cause interne: la inefficienza dell'economia curtense, la sotto-utilizzazione delle risorse del suolo, la bassa produttività del lavoro servile unite con il crescente bisogno di reddito 'aristocrazia, sono le cause di questa crisi. I signori feudali inasprirono sempre di più le pressioni esercitate sui produttori, fino al punto di renderla insopportabile: la popolazione servile disertò in massa i feudi, sottraendo forza-lavoro al sistema produttivo, pregiudicandone irreparabilmente la possibilità di sopravvivenza³¹.

Fra le genti disperse, svincolate dal rapporto di servaggio, oltre alla pleora di vagabondi e dei mendicanti e alla bande di predoni, operò un elemento economicamente attivo: i mercanti girovaghi, viaggianti per ragioni di difesa in carovana, che trafficavano tra le diverse *curtes*, o fra queste e i nuovi sbocchi commerciali extra-

continuare a produrre al di là del minimo indispensabile per la sussistenza degli uomini, proprietari o concessionari di terre, che vivevano sul fondo.

³⁰ H. Pirenne, *Le città del medioevo*, cit.

³¹ Sul punto si veda M. Dobb, *Problemi di storia del capitalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1971, p. 67 e ss.: per lo storico inglese: l'interpretazione tradizionale ha questa deficienza: essa non sottopone all'analisi i rapporti interni del feudalesimo in quanto modo di produzione, e il ruolo da essi svolto nel determinare il disfacimento o la sopravvivenza del sistema; e mentre l'effettivo risultato storico dovrà essere visto come la risultante dell'influenza esterna del mercato da una parte, e di quei rapporti interni dall'altra, nella loro complessa interazione, vi è però un senso in cui si può dire che il peso di questi ultimi sia stato decisivo.

europei, acquistando e rivendendo, traendo ingenti lucri dall'enorme sproporzione che l'economia curtense determina fra il prezzo dei luoghi di produzione e quello dei luoghi di consumo³².

I nuovi mercanti esercitano un ruolo economicamente attivo tra coloro che si sono affrancati dal rapporto di servaggio feudale: essi si organizzano stabilmente nelle città e fondano, insieme alla restante popolazione urbana, una nuova forma di organizzazione politica, il comune.

Alla crescente potenza economica del capitale commerciale si accompagna, all'interno del comune, l'ascesa politica della classe mercantile: talvolta è la sola detentrica del potere politico, talaltra deve dividerlo, come accadde per esempio a Milano, con la nobiltà cittadina.

Il comune rappresenta lo strumento di controllo politico del mercato della produzione, dominato dai mercanti attraverso le istituzioni di classe, le corporazioni delle professioni e delle arti, e le istituzioni cittadine, dirette prevalentemente dalla classe mercantile.

Gli statuti comunali garantiscono alla classe mercantile diritti di monopolio sulla produzione locale: agli artigiani cittadini, come agli agricoltori del contado, è fatto divieto di vendere i propri prodotti a forestieri; e sullo stesso mercato essi non possono vendere se non al minuto, essendo il commercio all'ingrosso riservato ai membri della corporazione dei mercanti³³.

³² H. Pirenne, *Storia d'Europa dalla invasioni al XVI secolo*, Santoni Editore, Firenze 1956, p. 1949.

³³ G. Luzzato, *Storia Economica d'Italia*, Laterza, Bari, 1957.

La corporazione dei mercanti detta, quindi, con le sue regole, una normazione che pretende di essere vincolante non solo per i membri delle corporazioni, ma anche per i soggetti terzi con cui essi entravano in relazione.

Venne così a formarsi lo *ius mercatorum* quale diritto creato direttamente dalla classe mercantile, quale diritto imposto nel nome di una classe, non già nel nome di un'intera comunità³⁴.

Lo *ius mercatorum* divenne, inoltre, il diritto imposto anche a tutti coloro che – quando anche esterni – instauravano dei rapporti con la corporazione mercantile. Il diritto e la giurisdizione corporativi acquisirono così anche un'efficacia extra-corporativa, dettata esclusivamente dalla posizione di potere della classe mercantile, la quale riuscì ad influenzare sia il diritto sia la politica comunale³⁵.

Costituirono fonti dell'antica *lex mercatoria*: sia gli statuti corporativi elaborati da una magistratura di mercanti, in cui confluiscono le deliberazioni dell'assemblea generale dei mercanti e il consiglio dei mercanti anziani, sia i principi consolidati della consuetudine e della giurisprudenza mercantile.

Lo *ius mercatorum* si collocava, rispetto allo *ius commune* ed al diritto canonico, in rapporto di concorrenza: il presupposto per la sua

³⁴ Numerosi studi di storici del diritto hanno dimostrato che talvolta gli Statuti mercantili recavano menzione di una loro ratifica e che i giuristi dell'epoca ritenevano la suddetta ratifica come meramente superflua, sul punto si veda A. Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884. In tal senso sono importanti anche gli stessi atti di ratifica, che si limitano a riconoscere il diritto dei mercanti di vivere secondo il proprio diritto.

³⁵ La giustificazione data a questa efficacia extra-corporativa di un diritto e di una giustificazione corporativa è, all'inizio, una *factio iuris*: chiunque tratti con un mercante si presume, senza possibilità di prova contraria, essere egli stesso mercante; poi si introduce il concetto stesso di privilegio: il diritto commerciale vincola chiunque in virtù del *privilegium mercatorum*. Sul punto si veda: F. Galgano, *Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna 1976.

applicabilità era che uno dei due contraenti fosse mercante e negli statuti mercantili si ripeteva la formula per cui esso valeva «*non obstante aliquo iure canonico vel civili*».

Nel caso in cui uno dei contraenti non fosse un mercante si applicava il diritto comune anche per i rapporti commerciali, sempreché il rapporto commerciale non avesse una specifica disciplina all'interno delle fonti di *ius mercatorum*.

Il dominio della *lex mercatoria* si esercitava essenzialmente sui contratti e sulle obbligazioni derivanti da contratto, terreno elettivo dell'attività mercantile, ed implicitamente si richiedeva che la disciplina ad esso relativa soddisfacesse l'aspettativa di guadagno del mercante.

Lo *ius mercatorum* si espandeva sostanzialmente come diritto uniforme, in ambito ultra comunale e, infine, europeo, in quanto l'attività mercantile, che si svolgeva all'interno del comune, per ciò che concerne il controllo della produzione, doveva abbracciare un ambito più vasto, extra-comunale, per ciò che concerneva la distribuzione dei prodotti. Tale mercato doveva essere regolato da regole giuridiche di applicazione ultra-comunale, ovvero da un diritto professionale che formatosi nel corso delle negoziazioni commerciali come creazione diretta della classe mercantile.

Questo diritto destinato ad espandersi e a diventare, «*grande e universale come il commercio che l'aveva prodotto*»³⁶, era «*quello formatosi, originariamente, nelle città, dalle quali muove il capitale*

³⁶ A. Fremery, *Etudes de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants*, Alex Gobelet, Parigi, 1833, p. 19.

commerciale capace di dominare i mercati, di imporre la propria supremazia economica e, quindi, il proprio diritto. Il diritto commerciale del Medioevo fu, per tutta l'Europa, il diritto commerciale italiano, formatosi a Firenze, a Genova, a Milano, a Venezia, ossia nelle città che erano alla testa del commercio europeo»³⁷.

Il più antico trattato sulla *lex mercatoria*, dal titolo “*Lex Mercatoria or the ancient law-merchant*”, fu pubblicato a Londra nel 1622 dal mercante Gerard Malynes, che compose tale trattato in occasione di una disputa a carattere giuridico-politico che riguardava la soggezione della materia mercantile alla giurisdizione delle corti di *common law*.

All'inizio del XVII secolo, nel corso della lotta per il potere tra gli *Stuart* ed il Parlamento inglese, la Corte dell'Ammiragliato, che fino al XIV secolo aveva avuto competenza in materia commerciale, sospettata di essere troppo vicina al re, aveva visto le proprie funzioni ridotte a favore delle corti di *common law*. Nel tentativo di convincere i nuovi giudici ad applicare le norme che erano state in uso presso il preesistente Tribunale, i mercanti inglesi sostennero l'esistenza di un sistema legale che, era stato e, rimaneva in vigore in tutti i paesi e in tutti i tempi, anche a discapito di quanto era già stato legiferato dai singoli legislatori nazionali. In tal modo la *lex mercatoria*, rientrando nell'alveo del diritto inglese, sebbene non come sottosistema

³⁷ F Galgano, *Storia del diritto commerciale*, cit.

normativo del *common law* in senso stretto, avrebbe dovuto essere tenuta in debita considerazione dai giudici delle corti regie.

Solo a partire da questo momento il termine *lex mercatoria* venne inteso nel senso di sistema giuridico di diritto sostanziale, iniziando il proprio cammino verso l'ulteriore significato di sistema universale e uniforme di diritto cui si farà esplicito riferimento nel corso del XVIII secolo.

Una interessante definizione della *lex mercatoria* venne, pertanto, elaborata da *Gerard Malynes* che, all'interno del *Consuetudo vel lex mercatoria*, rievocando Cicerone, la considerava un insieme di regole di diritto naturale del commercio appartenente allo *ius gentium*:

*“this law merchant, or lex mercatoria, in the fundamentals of it, is nothing else but (as Cicero defines true and just law) Recta ratio, natura congruens, diffusa in omnes, constans sempiterna (De Rep). True law is right Reason, agreeable to nature in all points; diffused and spread in all nations, consisting perpetually without abrogation: howbeit some do attribute this definition unto jus gentium, or the Law of Nations, which consisteh of customs, manners and prescriptions, of all nations, being of like conditions to all people, and observed by them as a law: But the matter being truly examined, we shall find it more naturally and properly belongeth to the Law-Merchant. Every ma knoweth, that for manners and prescriptions, there is great diversity amongst all nations, but for the customs observed in the course of traffic and commerce, there is that sympathy, concordance, and agreement, which may be said to be of like condition to all people, diffused and spread by right reason, and instinct of nature consisting perpetually”*³⁸

³⁸ G. Malynes, *Consuetudo Vel lex mercatoria*, London, 1636, p. 2.

In seguito all'avvento del periodo delle grandi codificazioni del XVIII e XIX secolo, la *lex mercatoria* si dissolse definitivamente. Al suo posto subentrarono le singole discipline statali, che sottoponevano i rapporti tipici del commercio internazionale a discipline spesso notevolmente divergenti tra loro.

Solamente nel corso di questi ultimi anni che stiamo assistendo ad un importante ritorno di una rinnovata e diversa *lex mercatoria* che, al contrario di quella antica, sviluppatasi prima ancora dell'avvento degli Stati moderni, opera entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in una pluralità di Stati; con la funzione di superare la discontinuità giuridica da questi provocata.

La storia del diritto dell'economia è stata dunque, sin dalle origini, storia di consuetudini, fiorite per rispondere alla necessità degli affari e degli scambi e diffuse nel tempo e nello spazio, prevalse su altre di minore efficacia in ragione della loro funzionalità. Il carattere internazionale di tali consuetudini è un'altra costante, che si spiega con l'internazionalità insita nel commercio stesso, infatti, con le merci hanno sempre viaggiato anche le consuetudini.

È possibile intravedere un primo nesso tra Stato ed economia solo a seguito del trattato di Westfalia³⁹, con il conseguente avvento, sulla scena politica, oltre che degli Stati Nazionali anche del concetto di sovranità, pensiero esaltato nelle pagine del Leviatano di T. Hobbes.

³⁹ Con il trattato di Westfalia si inaugurò un nuovo ordine internazionale, un sistema in cui gli Stati si riconoscono tra loro proprio e solo in quanto Stati, al di là della fede dei vari sovrani. Assume dunque importanza il concetto di sovranità dello Stato e nasce quindi una comunità internazionale più vicina a come la si intende oggi.

Nasce in seguito, quindi, lo Stato commerciale chiuso, così come descritto da Fichte⁴⁰, nel quale la sfera dell'economia si restringe entro i confini della politica, e la moneta degli Stati subentra all'universale moneta d'oro o d'argento e nasce il protezionismo, dettato dalla concezione mercantilistica della ricchezza, quale mera accumulazione monetaria, da realizzare con l'arte del commercio predicata da Colbert, ossia contraendo le importazioni ed espandendo le esportazioni, e fa la prima apparizione la figura dello Stato imprenditore, quale autarchico produttore nazionale, sostitutivo della produzione straniera.

Diritto ed economia si separano con l'avvento dell'Illuminismo e della Rivoluzione Industriale. Il primo conduce alla proclamazione delle libertà borghesi, fra le quali la libertà del commercio e dell'industria⁴¹; la seconda segna il sopravvento del capitale industriale su capitale commerciale.

Il soggetto attivo del sistema economico, suscitatore dello sviluppo, non è più il commerciante, bensì l'imprenditore; il diritto resta, per contro, un diritto che regola la circolazione della ricchezza, regredisce allo stato di diritto regolatore di una sola fase del processo economico. E lo stesso imprenditore industriale è visto con lenti antiche: ancora come commerciante che acquista e rivende beni, sia pure dopo averli trasformati.

⁴⁰ J. G. Fichte, *Lo Stato secondo ragione e lo Stato chiuso commerciale*, Bocca, Torino, 1909.

⁴¹ La prima proclamazione la si può trovare nella legge francese del 2-17 marzo 1792, coeva alla dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che all'art. 7 testualmente recita "*À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix ... et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits*".

Nessuno Stato riconosce altro diritto se non quello da lui stesso dettato; le consuetudini commerciali regrediscono all'ultimo livello della gerarchia delle fonti. Si apre una contraddizione crescente fra il commercio, che si dilata sempre più in ambiti internazionali, ed il diritto che all'opposto si contrae e si frammenta all'interno delle singole unità statuali.

All'antico particolarismo giuridico, che era stato un particolarismo di ceti e di *status* professionali, succede un nuovo particolarismo, questa volta di stampo politico. Le corporazioni mercantili, che avevano dominato il diritto nel corso del basso medioevo, vengono definitivamente soppresse, la stessa *lex mercatoria* si statalizza convertendosi nei codici del commercio, con i quali ciascuno stato impone una propria visione del diritto regolatore degli scambi.

Nel corso di questi anni il diritto perde la propria universalità, che era stata prima l'universalità del diritto romano e poi quella della *lex mercatoria*, per regredire alla condizione di una pluralità multiforme di dialetti giuridici. All'opposto il diritto pubblico tende invece ad universalizzarsi con le dichiarazioni dei diritti dell'uomo delle carte costituzionali, si giuridifica il rapporto tra Stato e cittadini, si proclamano le libertà fondamentali; si instaura la democrazia rappresentativa, sia pure nelle diverse varietà nazionali.

L'epoca delle grandi codificazioni⁴², dal Codice del commercio francese del 1807 in poi, interrompe la precedente internazionalità ed universalità del diritto, in quanto nel momento in cui gli Stati Europei pervennero alla codificazione – dettata da forti motivazioni di certezza ed uniformità della diritto all'interno dei singoli Stati - il trasferimento di consuetudini da uno stato all'altro divenne sempre più arduo⁴³.

4. La nuova *lex mercatoria*.

Quando oggi si ragiona sui caratteri della nuova *lex mercatoria*, si fa soprattutto riferimento ad una particolare categoria di regole che si sono affermate nella concreta pratica degli affari anzitutto per opera delle imprese transazionali per lo più di origine statunitense.

Nel Paese, infatti, dotato dell'economia capitalistica più matura ha preso forma nel corso del '900 una ricca prassi contrattualistica di tipo internazionale ad opera delle grandi *corporations* americane operanti su larga scala mondiale.

Regole di responsabilità contrattuali, *standards* professionali, clausole arbitrali, minutissima elencazione di clausole risolutive e clausole penali, esplicitazione di pratiche e di *best practices*, clausole di gradimento, tecniche assicurative e fiscali, sofisticate procedure di

⁴² Le stesse codificazioni di diritto commerciale attirarono le attenzioni e le critiche di numerosi studiosi, quali Fremery in Francia e Goldschmidt in Germania: il primo espresse nel 1833 le sue riserve sull'idea stessa della codificazione commerciale, il secondo si oppose circa mezzo secolo dopo all'unificazione del diritto commerciale e del diritto civile in un solo codice delle obbligazioni in quanto la codificazione separata del diritto commerciale consentiva una maggiore flessibilità, un più agevole aggiornamento della normativa che tenesse via conto dell'evoluzione dell'economia e del diritto anche in altri paesi.

⁴³ Padoa-Schioppa A., *Brevi note storiche sulla lex mercatoria*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit..

borsa e molti altri aspetti sono precisati minuziosamente all'interno della contrattualistica internazionale delle imprese.

Al contrario dell'antica *lex mercatoria*, la “nuova” opera entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati entro una pluralità di Stati; la sua funzione è, quindi, di superare la discontinuità giuridica da questi creata. Entro questa nuova *lex mercatoria* si riducono tanto i particolarismi giuridici delle codificazioni quanto, fenomeno ancora più significativo, le differenze tra il *civil law*⁴⁴ ed il *common law*⁴⁵.

L'idea di una nuova *lex mercatoria* si è sviluppata soprattutto a partire dagli anni Sessanta del '900 sotto la spinta di una serie di circostanze.

Prima tra tutte, la presenza di imprese transnazionali dislocate sul territorio di diversi Stati - ciascuno dei quali dotato di un proprio e complesso ordinamento giuridico - rendeva necessaria la definizione di *standards* giuridici sufficientemente uniformi, consentiva gli scambi compiuti dagli operatori economici su diversi mercati ed incentivava la formazione di consuetudini contrattuali con valenza internazionale tali da poter validamente derogare alle disposizioni di legge ogniqualvolta ciò si rivelasse possibile.

⁴⁴ Sul punto si vedano fra i tanti contributi: M. Bellomo, *Società ed istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1999; V. Varano – V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale, Volume I, Testo e materiali per un confronto civil law/common law*, Giappichelli, Torino, 2004; P. Grossi, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 1997; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976.

⁴⁵ Sul punto si vedano fra i tanti contributi: C. A. Cannata, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo I*, Giappichelli, Torino, 2005, A. Gambaro – R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2002; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit.; V. Varano – V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale, Volume I, Testo e materiali per un confronto civil law/common law*, cit..

Ulteriore circostanza che portava al consolidarsi di regole autonome rispetto alle legislazioni nazionali, si ritrovava nei contratti tra privati e Stati⁴⁶ e specificamente nel campo delle concessioni petrolifere. In questi casi le società private, possedendo un potere contrattuale molto forte e non essendo disposte ad assoggettarsi alla legge di controparte (la quale essendo uno Stato, avrebbe potuto eventualmente modificare la legge alle proprie necessità) facevano accettare a livello negoziale, soluzioni che prescindessero in tutto o in parte, dalle legislazioni statali, sottoponendo i contratti di questo tipo ai principi di diritto internazionale e ai principi generali del diritto, il tutto secondo una grande varietà di formulazioni⁴⁷.

Infine la consapevolezza dell'inadeguatezza delle leggi nazionali a dare delle risposte ai problemi sorgenti da contratti sempre più delocalizzati, tendeva a mettere in primo piano gli usi del commercio, in quanto più rappresentativi delle reali esigenze degli operatori del commercio internazionale.

Unendo le circostanze sopra descritte, una parte della dottrina⁴⁸ formulava, pertanto, l'ipotesi che si stesse formando e che anzi si potesse già considerare esistente - pur trattandosi di un processo ancora incompleto - un ordinamento autonomo del commercio internazionale, la cd. *lex mercatoria*, composta dalla prassi

⁴⁶ J-F. Lalive, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, in « Recueil des Cours de l'Académie de Droit International », 1983, Parigi p. 12 ss..

⁴⁷ Sul punto a mero titolo esemplificativo si possono citare i «Principles of law common to and recognized by civilized nations» (art. XXI della convenzione tra Egitto ed Egitto del 1974, in «International Legal Materials», 1975, p. 915 ss), «Principes de droit généralement reconnus, en particulier le droit international» (articolo inserito nell'accordo NIOC-Erap del 1966).

⁴⁸ Sul punto veda ad esempio B. Goldman, *Frontières du droit et «lex mercatoria»*, in «Archives de Philosophie du droit», Parigi, 1964, p. 177.

contrattuale, dagli usi e dai principi generali del diritto comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici.

In questo modo la dottrina offriva agli arbitri internazionali la possibilità di applicare principi generali oltre all'applicazione degli usi internazionali. È, infatti, a partire degli anni 70 che alcuni lodi arbitrali iniziano a fare riferimento all'applicazione di «*principes généralement admis*»⁴⁹ o a «*principes généraux largement admis régissant le droit commercial International*»⁵⁰, seguite poi da alcune decisioni che riconoscono formalmente l'esistenza della *lex mercatoria*⁵¹.

Leggendo i numerosi contributi scientifici aventi ad oggetto la nuova *lex mercatoria* si può notare come alcuni autori hanno mitizzato la stessa paragonandola alla proverbiale e misteriosa Arlésienne: in quanto sebbene nessuno sia mai riuscito a scorgere la *lex mercatoria* nella sua vera essenza tutti ne hanno sempre parlato⁵², non è mancato poi chi ne ha parlato come di un vero e proprio “mito”⁵³.

Nel corso del '900 vi sono stati poi coloro che hanno negato l'esistenza della *lex mercatoria*, i cd. scettici, ma vi sono stati e vi sono anche coloro che si sono resi paladini e difensori di tale fenomeno; in conclusione da oltre mezzo secolo si è creata una vera e propria *querelle* che ha visto partecipi giuristi di diverse branche del

⁴⁹ Sentenza arbitrale CCI n. 2152 citata da Derains in Jarvin – Derains, ICC Awards 1974-1985, p. 190.

⁵⁰ Sentenza arbitrale CCI n. 3267, in Jarvin – Derains, ICC Awards 1974-1985, p. 376.

⁵¹ Sentenza arbitrale CCI n. 3131 del 26 ottobre 1979 nel caso *Pabalk Ticaret Limited Sirketi c. Norsolor S.A.*, in «Revue de l'arbitrage», 1983.

⁵² L'espressione trae origine dalla famosa opera che ha come oggetto l'amore di un giovane uomo per una donna di Arles, di cui tutti parlano, ma che non compare mai sulla scena. A. Daudet, *L'Arlésienne: Pièce en trois actes et cinq tableaux*, 1872, si veda anche N. E. Hatmizimihail, *The many lives - and faces - of the lex mercatoria: history as genealogy in international business law*, in «Law and contemporary problems», 2008.

⁵³ G.R. Dealume, *The myth of the lex mercatoria*, in «Tulane law review», 1989.

diritto (esperti di diritto internazionale, commerciale, finanziario) nonché teorici, filosofi e sociologi del diritto.

4.1. Le varie definizioni di *lex mercatoria*.

La divergenza di opinioni in seno agli studiosi si può già facilmente ravvisare nel momento in cui si prendono in esame le varie definizioni date alla *lex mercatoria*.

La *lex mercatoria*, infatti, è stata definita diversamente da suoi stessi sostenitori come: “una serie di principi generali e regole consuetudinarie create spontaneamente e/o elaborate per il commercio transnazionale senza particolari riferimenti ad una legge statale”⁵⁴ oppure come: “un sistema giuridico per il commercio internazionale, creato spontaneamente e progressivamente dalla *societas mercatorum*”⁵⁵ oppure ancora come “un corpo di leggi autonomo creato dalla business community”⁵⁶ ed ancora quale “un sistema legale ibrido che trova le sue fonti sia all’interno di un ordinamento giuridico statale sia all’interno delle diritto internazionale sia, infine, all’interno di quei vaghi ed indefiniti principi generali chiamati anche come diritto transnazionale”⁵⁷, ma anche come “quel fenomeno di regole uniformi al servizio delle

⁵⁴ B. Goldman, *The applicable law: general principles of law – the lex mercatoria*, in «Contemporary Problems in International Arbitration», 1986

⁵⁵ B. Goldman, *Introduction*, in «Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant», 1990

⁵⁶ B. Cremades, S. Plehn, *The new lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*, in «Boston University International Law Journal», 1984, p. 317.

⁵⁷ H. Grigera Naón, *Transnational law of international of commercial transactions*, Springer, Heidelberg, 1982 p. 89.

necessità dell'international business"⁵⁸ o anche come "la legge contenente tutto ciò che proviene dalle fonti del diritto internazionale e che regola gli eventi che esulano dai confini statali"⁵⁹.

Come si può fin da subito notare non esiste una definizione universalmente riconosciuta, l'unico vero denominatore comune alle precedenti definizioni risiede nel presupposto di partenza: l'esistenza della stessa.

4.2. La *lex mercatoria* e la posizione della dottrina.

Il dibattito sulla natura della moderna *lex mercatoria* come ordinamento giuridico autonomo ed indipendente (dagli ordinamenti nazionali e da quelli internazionali) viene di sovente apostrofato come "futile et aujourd'hui largement dépassé"⁶⁰ e gli si rimprovera di risolversi in nulla di più che in una *querelle* tra i cd. *mercatorists* e i cd. *antimaercatorists*⁶¹.

La *lex mercatoria* nel corso della propria storia ha mutato più di una volta il proprio contenuto e significato. Si possono precisamente distinguere tre stadi.

Il primo stadio lo si può scorgere nell'antica *lex mercatoria* del periodo medioevale, come detto al paragrafo che precede, una serie di

⁵⁸ N. Horn, *Transnational law of international of commercial transactions*, Springer, Heidelberg, 1982, p. 14.

⁵⁹ N. Horn, *The use of transnational law in the contract law of international trade and finance*, in «The practice of international law», 2001.

⁶⁰ Ch. Pamboukis, *La lex mercatoria reconsidérée*, in «Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l'honneur de Paul Langarde», 2005, p. 636.

⁶¹ N. Boschiero, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto pubblico e privato*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit., p. 84.

norme sostanziali e procedurali di carattere transnazionale stabilite per il commercio in totale autonomia dallo Stato⁶².

Il secondo stadio si può identificare con la rinascita dell'idea di una nuova *lex mercatoria* nel XX secolo: una rete di norme flessibili e non scritte e di procedure arbitrali che stabilizzano il diritto commerciale transnazionale⁶³.

Il terzo stadio infine è stato descritto da alcuni studiosi come quello di una “*nuova nuova lex mercatoria*”, che si muove da un amorfo e flessibile *soft law* fino a cristallizzarsi in un insieme di regole e norme (prime e prima di tutto i Principi di *Unidroit*) e fortemente istituzionalizzate delle corti arbitrali internazionali⁶⁴.

Secondo un'opinione diffusa tra i maggiori studiosi della materia, l'origine del dibattito dottrinale circa la nuova *lex mercatoria* risale alla fine degli anni '50. In realtà alcune importanti riflessioni circa la *lex mercatoria* sono contenute in alcuni studi editi già negli anni '20⁶⁵.

Nel periodo successivo alle due guerre mondiali gli studi, in Francia, a cura di B. Goldman ed in Gran Bretagna a cura di Clive Schmitthoff, iniziano a prendere in considerazione il dibattito circa la natura della c.d. *lex mercatoria*.

Sul punto sono sempre state presenti due filoni di pensiero tra loro contrapposti. Vi sono stati sia coloro che hanno negato la

⁶² Sul punto si vedano: H.J. Berman, *Law and Revolution: the formation of the western legal tradition*, in «Harvard University Press», 1983 e M. E. Basile, *Lex mercatoria and legal pluralism: a late thirteenth-century treatise and its afterlife*, Ames Foundation, Cambridge, 1998.

⁶³ J.H. Dalhuisen, *Legal orders and their manifestation: the operation of the international commercial and financial legal order and its lex mercatoria*, in «Journal of International Law», 2006.

⁶⁴ L. Y. Fortier, *The new, new lex mercatoria, or, back to the future*, in «Arbitration International Law Journal», 2001, che descrive appunto l'emergere di questa nuova forma di *lex mercatoria* che va piano piano istituzionalizzandosi.

⁶⁵ A. Bewes Wyndham, *The romance of the lex mercatoria*, 1923.

rilevanza giuridica delle norme di produzione non statale, sia coloro che hanno riconosciuto alla *lex mercatoria* la capacità di essere considerata al pari di un ordinamento giuridico, esterno, estraneo ed indipendente sia dall'ordinamento giuridico statale sia dall'ordinamento giuridico internazionale.

Giunti a questo punto occorre ricostruire quali siano state le argomentazioni dedotte a sostegno delle contrapposte tesi circa l'esistenza o meno di tale ordinamento giuridico.

Una parte della dottrina ha sostenuto e sostiene ancora oggi che la *lex mercatoria* sia composta di principi, sicché più che di *lex mercatoria*, occorrerebbe utilizzare l'espressione di *principia mercatoria*⁶⁶. Secondo tale dottrina i principi soggiacciono alle norme e, pertanto, la *lex mercatoria* resterebbe subordinata alla norma statale. Tali critiche sono state più volte smentite da numerosi teorici del diritto che, partendo dalle definizioni date ai principi ed alle norme, hanno concluso che non è vero che i principi sono subordinati alle norme, ma semmai, è vero il contrario. Mentre il principio orienta una serie indefinita di comportamenti, la regola contiene una determinazione particolare e quindi diviene specificazione del principio, tanto è vero che non ha senso la regola senza il principio generale, mentre risulta vero il contrario.

Un'ulteriore critica muove dal presupposto della necessaria formazione statale della norma giuridica, cui si ricollega la necessaria statualità delle leggi potenzialmente in conflitto.

⁶⁶ V. K. Highet, *The enigma of the lex mercatoria*, in «Tulane Law Review», 1989, p. 613.

Secondo tale impostazione, tipica della dottrina positivisticovolontarista⁶⁷ dell'inizio del '900, si postula che la rilevanza giuridica di una data regola di condotta dipende esclusivamente dall'ordinamento dello Stato, dal cui punto di vista ci si colloca. Muovendo da tale presupposto si deduce che ogni produzione giuridica può esistere solo in forza di un'investitura dello Stato e che, al di fuori dello Stato, non si può parlare né di diritto né di ordinamento giuridico: al di là dello Stato-ordinamento regna il *vacuum iuris*. Contro tale impostazione alcuni studiosi hanno sostenuto che confondere il diritto e la legge è contrario a tutta la tradizione a carattere romano-germanica. Ad opinione di molti giuristi, infatti, il diritto non può essere ricercato esclusivamente all'interno di testi scritti; perché, qualora così si facesse, si cambierebbe la definizione e la natura stessa del diritto⁶⁸.

Tale dottrina ha peraltro mosso critiche molto puntuali e precise alla teoria del pluralismo giuridico - che conduce a considerare la *lex mercatoria* alla stregua di un ordinamento giuridico a sé stante - sostenendo che: non è possibile rinvenire quali siano i soggetti appartenenti alla *societas mercatorum*⁶⁹; mancando un'autorità centrale, pertanto, si può trattare di un ordinamento originario e sovrano. Qualora vi fosse un ordinamento giuridico, risulterebbe

⁶⁷ I maggiori esponenti della scuola classica del positivismo volontarista furono Moser, De Martens, Jellinek, Triepel e, successivamente, Anzilotti e Cavaglieri.

⁶⁸ S. RomanoD. René, C. J. Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004.

⁶⁹ Si tratta di una obiezione che trova il proprio fondamento nella c.d. teoria istituzionale dell'ordinamento giuridico che riconduce il concetto di diritto (e, pertanto, di ordinamento giuridico) a quello di società, si veda sul punto N. Boschiero, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto pubblico e privato*; in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit., p. 119.

carente di contenuto in quanto non si rilevano sanzioni proprie di tale ordinamento.

Secondo i *mercatorists*, la *lex mercatoria* deve essere considerata come un ordinamento originario in quanto essa deriva la propria efficacia da sé medesima senza richiedere necessariamente per la sua esistenza l'intervento dell'ordinamento statale o interstatale. Tale efficacia trova la sua migliore espressione nell'esecuzione spontanea di quei lodi arbitrari in cui l'arbitro abbia fatto applicazione diretta o indiretta della *lex mercatoria*. Sostiene Marrella⁷⁰ che, anche in quei lodi che vengono impugnati in sede di *exequatur* dinnanzi, al giudice statale si può evidenziare un riconoscimento dello Stato alla giuridicità del fenomeno, proprio in virtù della limitazione tassativa dei mezzi di impugnazione.

Un ultimo aspetto a sostegno delle teorie dei cd. *antimercatorists* è, come detto, quello dell'inesistenza di sanzioni specifiche nella *lex mercatoria*. Questa tesi però ai giorni nostri sembrerebbe essere la meno determinante, in quanto il dogma della necessaria compresenza di precetto e sanzione all'interno di ogni norma è stata ormai superata⁷¹. Vi sono comunque numerosi autori che sostengono che all'interno della *lex mercatoria* esistano delle sanzioni specifiche; in argomento tra i numerosi autori basta rammentare ciò che nel 1984 affermarono Cremades e Plehn con riferimento all'antica *lex mercatoria*:

⁷⁰ F. Marella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, Cedam, 2003, p. 651

⁷¹ R. Marra, *Sanzione*, voce del «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», UTET, Torino, XVIII, 1998, pp. 153-61.

“the *lex mercatoria* was largely self-enforcing; a party who refused to comply with a merchant court’s decision risked his reputation and could be excluded from trading at the all important fairs where the merchant courts were located”⁷².

Ad oggi la dottrina dominante ritiene che le sanzioni specifiche della *lex mercatoria*, temute da ogni singolo operatore economico operante su scala internazionale, siano: il biasimo; la cattiva pubblicità all’interno della *business community* del singolo operatore economico a causa del rifiuto ad eseguire il lodo arbitrale; la contrattazione a condizioni più onerose con gli altri operatori; l’esclusione informale dalla *business community*. Può anche verificarsi la non ammissione all’interno di una ONG a vocazione economica transnazionale ed ovviamente anche l’esclusione dalla stessa una volta ammessi⁷³.

4.2.1. La *lex mercatoria* e la dottrina francese.

Il dibattito circa la natura della *lex mercatoria* è stato affrontato in Francia più ampiamente che altrove, lo stesso Gunther Teubner, riferendosi ai colleghi d’oltralpe, sostiene che la *lex mercatoria* sia divenuta il fantasma dei professori della Sorbona⁷⁴.

⁷² B. Cremades, S. Plehn, *The new lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*, in «Boston University International Law Journal», 1984, p. 319.

⁷³ F. Marella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., p. 654. L’autore riporta come esempio sul punto l’osservanza delle regole astatali stabilite dalla *International Air Transport Association* (IATA) nel quadro delle *traffic conferences* viene sistematicamente controllata da ispettori privati inviati dall’associazione medesima nelle sedi della compagnie aeree membre cui, in caso di violazione, vengono comminate delle pene pecuniarie particolarmente.

⁷⁴ G. Teubner, *Global law without a State*, Dartmouth Publishing Group, Boston, 1997.

Uno dei maggiori esponenti della dottrina francese fu Berthold Goldman, che dedicò ampi ed approfonditi studi sulle fonti del diritto del commercio internazionale. Il pensiero di Goldman si sviluppò in due fasi principali. Dapprima Goldman rilevò che il commercio internazionale era regolato, in modo sempre più penetrante, dagli operatori economici privati, attraverso contratti tipo e documenti mercantili specifici, al di là dei meccanismi regolatori statuali previsti dalle convenzioni internazionali e dal diritto internazionale privato statale. Assoggettando i propri comportamenti alle norme della *lex mercatoria*, gli operatori del commercio internazionale consideravano quelle norme come vincolanti, non intendendo collocare i loro rapporti alla stregua di mere situazioni di fatto, o comunque di “*non diritto*”⁷⁵. Successivamente, nel 1979 Goldman affermò che la *lex mercatoria* costituiva un ordinamento giuridico costituito da regole e principi di origine eterogenea: pluri-statale, uninazionale, e soprattutto a-statale. Di qui Goldman deduceva che le clausole di forza maggiore, il principio *pacta sunt servanda* e la clausola *rebus sic stantibus* o i nuovi contratti atipici come i *turnkey contracts*, costituivano un ordinamento giuridico autonomo rispetto all’ordinamento statale ed a quello internazionale, dotato dei caratteri dell’accessibilità, della generalità e della prevedibilità⁷⁶.

⁷⁵ “L’exportateur du blé qui vend se référant à un contrat-type de la London Corn Trade Association, ou le banquier qui confirme un crédit documentaire selon les règles et usances de la CCI pense - s’il est de bonne foi - qu’il devra suivre les prescriptions de ces documents; il ne s’estime pas en marge du juridique” cfr. B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in «Archives de philosophie du droit» 1964, cit. pp. 177-192.

⁷⁶ B. Goldman, *La lex mercatoria dans le contracts et l’arbitrage international: réalité et perspectives*, Clunet, 1979.

4.2.2. La *lex mercatoria* e la dottrina italiana.

Per quanto concerne la dottrina italiana, sebbene non abbia mai affrontato specificatamente il tema della *lex mercatoria*, risulta imprescindibile un accenno alla teoria del pluralismo giuridico di Santi Romano degli anni '30 il quale ha dimostrato l'esistenza degli ordinamenti giuridici privati precisando i rapporti intercorrenti tra questi ultimi e l'ordinamento statale⁷⁷.

Tra i più noti studiosi della *lex mercatoria* in Italia meritano di essere citati Francesco Galgano e Michael Joachim Bonell, grazie allo studio dei quali, negli anni '70, si riaccese il dibattito relativo alla *lex mercatoria* ed inoltre Fabio Bortolotti, Ugo Draetta ed, infine, M. Giuliano, T. Scovazzi e T. Treves.

Al fine di studiare la *lex mercatoria*, Galgano ha incentrato i propri studi da oltre 30 anni sulla diffusione dei modelli contrattuali internazionali, affermando che la nuova *lex mercatoria* si sia sviluppata con caratteristiche non dissimili dall'antico *ius mercatorum* precisando tuttavia che:

⁷⁷ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946 dove lo stesso autore afferma che: "se altre società oltre lo stato sono fonti di un proprio diritto, ciò non può avvenire se non in forza di un'investitura dello Stato: al di fuori dello Stato non si potrebbe parlare di un diritto e di un ordinamento giuridico. Però gli esempi più importanti di ordinamenti non statali tolgono valore a queste informazioni: le corporazioni medioevali, la Chiesa, la Comunità Internazionale, hanno prodotto un loro diritto al di fuori di un loro potere conferito dallo Stato e talora in contrasto con esso. Lo Stato può in alcuni casi, attribuire al diritto di queste e di altre associazioni un'efficacia più o meno decisiva entro il proprio ordinamento, per mezzo di vari procedimenti che si estendono dal semplice riconoscimento al rinvio formale, alla recezione, all'approvazione. Quando ciò avviene, il diritto di tali ordinamenti aggiunge alla sua efficacia intrinseca, limitata ai propri membri e basata su poteri di cui l'associazione può disporre per la sua costituzione e per la sua forza intrinseca, un'ulteriore efficacia contro l'ordinamento dello Stato e con le garanzie proprie di esso. Ciò, però, non significa che quando manca questa ulteriore valorizzazione, gli statuti e le norme delle varie associazioni non abbiano quel carattere di lucidità, coi mezzi e con gli effetti che loro sono possibili. La questione della statualità del diritto si pone in modo diverso secondo che si considera in ordine al concetto generale del diritto e dell'ordinamento giuridico, oppure con un riferimento ad un particolare ordinamento positivo. In senso assoluto, il fenomeno giuridico s'identifica col fenomeno sociale: ordinamento giuridico è qualunque associazione o istituzione; in senso relativo, il diritto è proprio soltanto di un dato ordinamento: particolarmente, per noi dell'ordinamento dello Stato".

“il futuro che si annuncia presenta questa disarticolazione, da un lato una società senza Stato: la *societas mercatorum*, o *business community*, retta dalla nuova *lex mercatoria*, che consolida le sue dimensioni planetarie, accentrando in sé le funzioni di normazione e, con le camere arbitrali internazionali, le funzioni di giustizia; dall’altro, la moltitudine delle società nazionali, e anzi una loro moltitudine crescente, organizzate a Stato, portatrici di quegli interni interessi che non trova rappresentanza nella *societas mercatorum*, ma progressivamente esautorate delle funzioni normative e di giurisdizione, oltre che di controllo dei flussi di ricchezza”⁷⁸.

Per quanto concerne Bonell, quest’ultimo ha negato la natura di ordinamento giuridico della *lex mercatoria*, rilevando che le regole del diritto commerciale internazionale appaiono, per la loro stessa natura e funzione, inidonee ad poter essere considerate un ordinamento sufficientemente omogeneo ed autosufficiente. Secondo Bonell, le regole in questione si sono affermate nella pratica del commercio internazionale con la funzione di integrare gli ordinamenti statali e non di sostituirsi ad essi⁷⁹.

Altra parte della dottrina ha sostenuto che la maggior parte dei contratti internazionali è regolata dalla *lex mercatoria*⁸⁰. Tale tesi è stata accolta con alcune riserve da Fabio Bortolotti il quale, pur riferendosi ad un sistema giuridico sovranazionale ha espresso non

⁷⁸ F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit.

⁷⁹ M. J. Bonell, voce *Lex Mercatoria*, cit.

⁸⁰ A. Frignani, *Il contratto internazionale*, in «Trattato di diritto commerciale dell’economia» diretto da F. Galgano, Vol. XII, CEDAM, Padova, 1987.

poche perplessità in ordine all'effettiva diffusione della *lex mercatoria*⁸¹.

La tesi dell'ammissione della *lex mercatoria* quale ordinamento giuridico a sé stante viene sostenuta dal Draetta nei suoi studi sulla disciplina del contratto internazionale⁸². In estrema sintesi, per Draetta la *lex mercatoria* può essere considerata un sistema normativo a produzione spontanea esistente allo stato diffuso e che si applica ai contratti tra privati, purché si tratti di contratti a carattere transnazionale, ossia inerenti rapporti contrattuali che non ricadano interamente nella sfera normativa di uno Stato determinato. Secondo l'Autore la *lex mercatoria* si applica, pertanto, anche a quei contratti tra privati e Stati esteri e loro emanazioni nella misura in cui gli Stati si pongono in posizione paritaria con i privati rinunciando a sottoporre il rapporto al proprio diritto pubblico interno⁸³.

Per quanto concerne, invece, la dottrina contraria all'ammissibilità della *lex mercatoria* risulta necessaria una, seppur breve, esposizione del pensiero di alcuni autori quali Giuliano, Scovazzi e Treves i quali sostengono la difficoltà da parte della *lex mercatoria* di incarnare un ordinamento autonomo con le seguenti parole:

⁸¹ F. Bortolotti, *Diritto dei contratti internazionali*, CEDAM, Padova, 2009, p. 3, l'autore definisce la *lex mercatoria* "come un sistema giuridico sovranazionale, distinto ed autonomo dai diritti statuali, applicabile direttamente ai contratti del commercio internazionale in luogo delle disposizioni dei diritti nazionali".

⁸² U. Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, in «Rivista di diritto internazionali privato e processuale», 1984 ed anche in AA.VV., *Fonti e tipi del contratto internazionale*, a cura di U. Draetta e C. Vaccà, Milano, 1991.

⁸³ U. Draetta, *La cosiddetta lex mercatoria*, in «Foro Padano», 1987, p. 23.

“a noi sembra, ciononostante, difficile affermare che un simile ordinamento sia presente nella realtà attuale. Non ci sembra in altre parole, che la cerchia sociale da cui tale ordinamento sorgerebbe sia sufficientemente individuabile, autonoma e soprattutto unitaria. Basti pensare che varie ricerche si sono fatte nella direzione del cosiddetto diritto internazionale dei commercianti, si sono mosse nell’ambito di singoli settori del commercio internazionale, giungendo a parlare di diritto transnazionale per taluno di questi settori, ma senza dare mai dimostrazioni persuasive, della generalità e soprattutto della unitarietà del fenomeno”⁸⁴.

4.3. I contenuti della *lex mercatoria*.

Nonostante siano passati più di quarant’anni dalla sua nascita, i contenuti della *lex mercatoria* restano, comunque, tuttora alquanto evanescenti,

Dal momento che neppure i sostenitori della *lex mercatoria* sono concordi su tale aspetto, conviene in *primis* analizzare più da vicino quali norme facciano parte (o si pretende facciano parte della stessa).

In linea del tutto generale sembra esservi accordo tra i massimi esponenti della *lex mercatoria* sul fatto che ne facciano parte:

- i. le pratiche contrattuali diffuse;
- ii. gli usi del commercio;
- iii. i principi generali del diritto.

A questi potrebbero aggiungersi, secondo l’opinione di alcuni studiosi, le norme di diritto materiale uniforme, i principi di diritto comuni agli ordinamenti delle parti e le codificazioni «private» di principi generali in materia di contratti.

⁸⁴ M. Giuliano, T. Scovazzi. T. Treves, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 545.

Nella parte che segue saranno analizzate separatamente queste varie possibili componenti della *lex mercatoria*.

4.3.1. La prassi contrattuale.

Per quanto concerne la prassi contrattuale ed in particolare le clausole inserite all'interno dei contratti, nonché gli stessi contratti che si vanno affermando come tipici del commercio internazionale, è stato affermato⁸⁵ che sarebbero venute a far parte della *lex mercatoria* le clausole di forza maggiore, le clausole di *hardship* ed una nuova serie di figure contrattuali come i contratti «chiavi in mano» e «prodotto in mano» insieme ad altri contratti più diffusi a livello internazionale⁸⁶. Ora, è indubbio che l'affermarsi di una prassi costantemente seguita dagli operatori economici possa dar luogo a regole oggettive inquadrabili nella *lex mercatoria*, però non è affatto dimostrato che ciò sia avvenuto nei casi citati. Così ad esempio, le clausole di forza maggiore continuano ad essere negoziate *ad hoc* in relazione alle specifiche esigenze di ogni singolo caso⁸⁷ senza che siano, almeno per ora, emerse in materia «regole oggettive» applicabili in mancanza di specifiche pattuizioni⁸⁸. Analogo discorso si può fare per le clausole di *hardship* e per i contratti «chiavi in mano», che si vanno affermando,

⁸⁵ B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux*, in *Journal du droit international*, 1979.1.

⁸⁶ C. Molineaux, *Moving toward a construction lex mercatoria. A lex constructionis*, in «*Journal International arbitration*», 1997, p. 55.

⁸⁷ Dealume, *Comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the lex mercatoria*, in «*Tulane Law Review*», 1899.

⁸⁸ Sul punto si rinvia all'analisi delle clausole di forza maggiore portate avanti dal Prof. Fontaine in: M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, in «*Revue internationale de droit comparé*», 1990, pp. 1039-1040.

anch'esse, nella prassi del commercio internazionale con modalità molto differenziate da contratto a contratto.

Occorre a questo punto cercare di capire quali siano le regole che formano la *lex mercatoria*; infatti non si limita esclusivamente al contenzioso arbitrale transnazionale, come sottolinea una parte della dottrina, appare invece, ormai, acquisito che la prassi contrattuale abbia assunto un ruolo centrale nel modo di essere dei rapporti economici transnazionali.

Secondo la dottrina infatti l'elemento della *lex mercatoria* che più domina la scena giuridica del nostro tempo, e che sarà al centro di questa ricerca, è il contratto internazionalmente uniforme.

Tali contratti, e tramite essi, parte della *lex mercatoria*, acquistano efficacia, sia pure di natura negoziale, nei limiti consentiti dall'ordinamento interno dei singoli Stati attraverso la disciplina dei contratti per adesione o di contratti conclusi mediante moduli o formulari.

Nel commercio internazionale, la redazione di contratti internazionalmente uniformi costituisce una necessità vitale per poter concludere contratti in un mercato che va oltre lo Stato.

Non solo i sociologi del diritto ma soprattutto i privatisti di tutto il mondo hanno segnalato lo svilupparsi del contratto atipico, tra alcuni studiosi vi è chi parla di vera e propria decodificazione⁸⁹, soprattutto per quanto concerne i contratti cosiddetti *in -ing*, mentre in

⁸⁹ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.

seno ad un'altra parte della dottrina interzionalnavigazionistica si è parlato di un ritorno all'antico⁹⁰.

Il rapporto tra tipicità ed atipicità del contratto non si rivela però statico, bensì dinamico ed in costante sviluppo.

Il costante sviluppo dei contratti atipici è dovuto anche al fatto che, all'interno del mercato globale del nostro tempo, non circolano più solo le merci ma anche il *know-how*, le licenze di produzione, le nuove tecnologie, ecc..

Il *merchandising* e la sponsorizzazione realizzano a propria volta, in via contrattuale, la circolazione dei segni distintivi dell'imprenditore, arricchendo la categoria del contratto atipico ed introducendo all'interno dell'ordinamento nuove figure contrattuali di notevole portata innovativa.

La transnazionalità dei mercati ha inoltre dato vita il contratto di *engineering* e individuato, specificatamente, i principali contratti in materia di esecuzione di opere, come la costruzione di singoli impianti o di interi complessi chiavi in mano (detti anche "*turnkey*"). Inoltre, le nuove esigenze di distribuzione su tutto il territorio hanno determinato la diffusione del *franchising*.

Nell'ambito dell'attività di stesura dei modelli contrattuali internazionalmente uniformi intervengono alcune categorie di soggetti: le organizzazioni internazionali e le ONG a carattere *profit*.

⁹⁰ S. M. Carbone, *Autonomia privata e modelli contrattuali del commercio marittimo internazionale nei recenti sviluppi del diritto internazionale privato: un ritorno all'antico*, in «Diritto Marittimo», Genova, 1995, pp. 315 - 327.

L'incidenza effettiva delle organizzazioni intergovernative sul piano dell'organizzazione privata del traffico commerciale internazionale non si misura tanto attraverso la predisposizione di standard *contracts*, quanto attraverso la predisposizione di guide contrattuali per quanto concerne le suddette guide, possono essere rammentate le seguenti:

1. *The guide for use in drawing up contracts relating to the international transfer of know how in the engineering industry (1970);*

2. *The guide for use in drawing up contracts for large industrial works (1973);*

3. *Guide to legal aspects of privatization (1992).*

All'interno della nuova *lex mercatoria* rientrano, pertanto, gli usi del commercio internazionale ed i contratti tipo internazionalmente diffusi. Vi rientrano, inoltre, i principi generali di diritto dei contratti i quali si pongono ad un livello superiore di astrazione rispetto alle regole di dettaglio contenute negli usi, raggiungendo il livello massimo saldandosi con i principi generali di diritto di cui all'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia. I principi generali di diritto assumono dunque una funzione ordinatoria rispetto a classi di norme di diversa provenienza formale, grazie alla loro generalità ed astrattezza.

Passando ad esaminare alcuni degli elementi più importanti di cui si compone la nuova *lex mercatoria*, si possono, inoltre, individuare sia principi di diritto sostanziale sia principi di diritto processuale. Si possono individuare principi valevoli per qualunque tipo di contratto

ovvero vevoli nei contratti tra Stati e stranieri o tra questi ultimi e le organizzazioni internazionali; inoltre è possibile individuare principi generalissimi e principi dotati di un minore grado di astrazione.

Tra i principi generali dotati del più alto grado di astrazione rileva in primis, l'antico e conosciuto principio del *pacta sunt servanda*⁹¹. Trattasi di un principio che ha ricevuto una consacrazione in clausole di modelli contrattuali oltre che nella prassi arbitrale.

In direzione opposta al principio *pacta sunt servanda* opera nei contratti di durata il principio *rebus sic stantibus*.

Chiave di volta dei due opposti principi summenzionati è il principio di buona fede su cui convergono principi codificati, dottrina, prassi arbitrali e normativa sia nazionale che internazionale.

Altro principio generale è quello per il quale il silenzio o l'inerzia di per sé non equivalgono ad accettazione di una proposta contrattuale.

Tra gli ulteriori principi generali a mero titolo esemplificativo vanno ancora rammentati: la prevalenza della legge speciale su quella generale, l'irrilevanza degli atti compiuti dal *falsus procurator* verso il soggetto asseritamente rappresentato, l'interpretazione del contratto secondo la volontà delle parti, la conservazione del contratto nel corso della sua interpretazione, l'irrilevanza del contratto verso i terzi danneggiati, l'invalidità del contratto concluso con dolo, la responsabilità precontrattuale, l'arricchimento senza causa e così via.

⁹¹ Il principio *pacta sunt servanda* è presente anche nel diritto italiano e precisamente nel codice civile all'art. 1372 "Efficacia del contratto" che testualmente recita: "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge". Sul punto si veda V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 532-533.

Circa i requisiti di forma del contratto sembra prevalere una certa libertà. Pertanto, non si richiede che un contratto transnazionale sia concluso o sia provato per iscritto potendo essere provato con ogni mezzo, inclusi i testimoni.

Tutti questi principi di carattere generale erano già stati citati da Michael Mustill nel lontano 1987, dove nel suo articolo discuteva approfonditamente sul tema della *lex mercatoria*, dopo i suoi primi 25 anni. All'interno del proprio ragionamento Lord Mustill⁹² faceva notare che una parte, se non tutto il discorso che verteva sulla *lex mercatoria*, dalla sua caratteristica di legge a carattere transnazionale e di formazione spontanea, quasi tutti i principi che potevano esservi ricompresi appartenevano esclusivamente ai principi della cultura giuridica occidentale a carattere nazionale in tema di obbligazione e contratti.

Sono molti gli studiosi che ritengono che le osservazioni svolte precedentemente da Lord Mustill nel suo celebre saggio oggi siano ancora valide. Tra queste norme, come detto, codificate in seguito nei c.d. Principi *Unidroit*, si possono infatti trovare i principi quali il principio della buona fede contrattuale, il divieto di trarre vantaggio dal proprio illecito, l'intrasferibilità dei diritti di cui non si dispone, l'irrisarcibilità del danno derivante da atti cui si è consentito, la prevalenza della legge speciale su quella generale, l'irrilevanza degli atti compiuti dal *falsus procurator* verso il soggetto asseritamente

⁹² "Although the essence of the *lex mercatoria* is its detachment from national legal system, it is quite clear from the literature that some, at least, of its rules are to be ascertained by a process of distilling several national laws" cfr. M. Mustill, *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilbenforce, Clarendon Press, Oxford 1987, p. 149 e ss.

rappresentato, l'irrelevanza del silenzio nella formazione del contratto, salvo rare eccezioni, l'interpretazione del contratto secondo la volontà delle parti, la responsabilità precontrattuale, la risoluzione per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile⁹³.

Secondo molti studiosi tutti questi principi si possono anche rinvenire nell'antico diritto romano, che per primo aveva codificato tutti questi principi generali fatti propri dalla *lex mercatoria*.

Lord Mustill nel 1987 osservava, però, che tali diritti fatti propri dalla *lex mercatoria* erano e sono più ampi dei diritti ricompresi nell'antico diritto romano, e racchiudono principalmente sia diritti appartenenti alla tradizione giuridica di *common law* che alla tradizione giuridica di *civil law* ed altri ancora.

Risulta ancora dubbia, e questa tesi di ricerca cercherà di dare alcune delucidazioni sul punto, come e dove nascano e chi le "promulghi" queste norme attribuite *alla lex mercatoria*.

La risposta più diffusa a questa serie di domande è che si tratta di regole che sorgono spontaneamente nel mercato, e quindi giacché dal mercato si incontrano e operano soggetti in carne ed ossa, possiamo dire dalla libera negoziazione contrattuale di questi soggetti, cioè i c.d. mercanti, ossia le multinazionali e le imprese transazionali di diversi paesi che stipulano contratti su scala internazionale, cercando di sfuggire al diritto positivo di altri paesi⁹⁴.

⁹³ Per un maggior dettaglio dei singoli principi si veda V. Ferrari, *Quesiti sociologici sulla lex mercatoria*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit., p. 12.

⁹⁴ G. Teubner, *Global Bukovina: legal pluralism in a world society*, in *Global law without a State*, cit..

4.3.2. Gli usi del commercio internazionale.

Se ragioniamo nell'ambito della *lex mercatoria*, assumendo cioè l'esistenza di un ordinamento autonomo dei commercianti internazionali, appare ovvio che gli usi ne debbano far parte automaticamente, in quanto elementi costitutivi di tale sistema.

Sotto questo profilo si può, quindi, ravvisare nella tendenza delle Corti Arbitrali a recepire gli usi senza particolari preoccupazioni quanto a problemi di gerarchia rispetto alla legge (nazionale) applicabile, un primo passo verso il loro riconoscimento come componenti basilari di un autonomo ordinamento transnazionale.

Possiamo in conclusione affermare che gli usi, nel conteso della *lex mercatoria*, non assumono un ruolo sostanzialmente diverso da quello affermatosi tradizionalmente (soprattutto considerando la giurisprudenza arbitrale).

4.3.3. I principi generali del diritto.

I principi generali del diritto, qualificati anche come «principi generalmente applicabili al commercio internazionale»⁹⁵, «*general rules and principles regarding International commercial contractual obligations enjoying a wide international consensus*»⁹⁶ o «*general principles and rules of law applicable to International contractual*

⁹⁵ Cfr. sent. Arb. CCI 5835/89 (parziale) e 5835/96 (finale), in «ICC Arbitration Bulletin»,1999, p. 34.

⁹⁶ Sent. Arb. CCI 7110/95, in «ICC Arbitration Bulletin»,1999, p. 40.

obligations which qualify as rules of law and which have earned wide acceptance and international consensus»⁹⁷, rappresentano senza dubbio il nucleo centrale della *lex mercatoria*.

Essi sono costituiti da una serie di principi generalissimi, in parte derivanti dal diritto internazionale⁹⁸, come quello del carattere obbligatorio dei contratti (*pacta sunt servanda*), l'obbligo di eseguire i contratti secondo buona fede, l'*exceptio inadimpleti contractus*, il dovere della parte danneggiata di minimizzare il danno, tanto per indicarne i più significativi, cui si aggiungono principi man mano enunciati dagli arbitri internazionali, come quello della responsabilità, in certe circostanze, della società controllante sulla società controllata⁹⁹, o il principio secondo cui nella *lex mercatoria* i diritti si prescrivono entro un determinato periodo di tempo da determinarsi secondo buona fede¹⁰⁰.

Occorre necessariamente sottolineare però che non tutte le sentenze citate sono una chiara espressione di una volontà di applicare la norma nazionale con una certa apertura ad un carattere di tipo transnazionale, però esse non implicano necessariamente l'attribuzione alla *lex mercatoria* del principio generale affermato. Sotto questo profilo, quindi, si impone una certa cautela nel valutare il

⁹⁷ Sent. Arb. (parziale) CCI 7375 del 5 giugno 1996, nel caso "*The ministry of defence and support for armed forces of the Islamic republic of Iran c. Westinghouse Electric Corporation*", in «Mealey's International report», 1996.

⁹⁸ Attraverso la giurisprudenza formatasi nel contesto dei contratti tra Stati e privati di cui *supra*.

⁹⁹ Sent. Arb. CCI 8385/95, in «Journal de droit international», 1997, p. 1061.

¹⁰⁰ Sent. Arb. (parziale) CCI 7375 del 5 giugno 1996, nel caso "*The ministry of defence and support for armed forces of the Islamic republic of Iran c. Westinghouse Electric Corporation*", in «Mealey's International report», 1996.

peso delle singole sentenze arbitrali. Come dice testualmente Lord Mustill:

«the reported awards do not in all cases sustain the wealth of commentaries based upon them. By no means all of them make explicit reference to the lex mercatoria as an independent system of law. Those instances in which reference is made to commercial usage are usually explicable on the ground that the usage controlled the meaning of the contract, an approach which is just as consistent with national as with anational legal systems»¹⁰¹.

4.4 L'applicazione della *lex mercatoria* da parte dei giudici nazionali.

Al fine di una migliore e completa visione del fenomeno in parola è necessaria, infine, vedere quale atteggiamento sia stato tenuto dai giudici nazionali nei confronti della *lex mercatoria*.

A questo proposito occorre distinguere tra due diverse situazioni:

- il caso in cui l'autorità giudiziaria statale sia chiamata a pronunciarsi (in sede di riconoscimento o richiesta di annullamento) su una sentenza arbitrale che abbia applicato la *lex mercatoria*;
- il caso in cui si presenti al giudice l'opzione di applicare lui stesso la *lex mercatoria* ad una fattispecie sottoposta al suo giudizio.

Nel primo caso si può sostenere in linea generale che le autorità giudiziarie statali abbiano tenuto un atteggiamento di notevole rispetto

¹⁰¹ M. Mustill, *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilbenforce, Clarendon Press, Oxford 1987.

dell'autonomia degli arbitri, rifiutandosi di interferire con la loro scelta di applicare la *lex mercatoria*.

Quanto sopra lo si può agevolmente scorgere¹⁰² nel caso *Norsolor*, la sentenza arbitrale veniva impugnata sia davanti ai giudici austriaci (sede dell'arbitrato) che davanti a quelli francesi (ai quali era stato chiesto di dare esecuzione al lodo)¹⁰³, i quali però non accettavano l'obiezione della *Norsolor* secondo cui gli arbitri, applicando i principi generali della *lex mercatoria*, non avrebbero deciso secondo diritto ma secondo equità. In particolare, il Tribunale *Grande Instance* di Parigi affermava che:

« ... *il est indéniable que les arbitres ont [...] appliqué la loi désignée par la règle de conflit qu'ils ont jugé appropriée, en l'espèce, le principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international* »¹⁰⁴.

Tale indirizzo giurisprudenziale veniva riconfermato nel caso *Valenciana*, nel quale la Cassazione francese rifiutava l'argomento della ricorrente secondo cui, in assenza di scelta delle parti, l'arbitro avrebbe dovuto applicare la legge nazionale designata dalle norme di conflitto e non la *lex mercatoria* affermando in particolare che:

¹⁰² Nel celebre caso *Norsolor* relativo a un contratto di agenzia siglato tra la società francese Ugilor (poi divenuta *Norsolor*) e la società turca Pabalk, il tribunale arbitrale con sede in Austria decideva, in base a regole di *lex mercatoria*, per la condanna di Ugilor al pagamento di varie somme di denaro. Il lodo veniva eseguito in Austria e in Francia, ma successivamente annullato, in parte, dalla Corte d'appello di Vienna perché reso secondo norme transnazionali.

¹⁰³ B. Goldman, *Una bataille judiciaire autour de la lex mercatoria. L'affaire Norsolor*, in «Revue de l'arbitrage», 1983, p. 379 ss.

¹⁰⁴ Sentenza del Tribunale *Grande Instance* di Parigi del 4 marzo 1981, in *Rev. Arb.*, 1983, p. 469.

« ... en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il avait l'obligation conformément à l'acte de mission»¹⁰⁵.

Analoga posizione è stata presa dai giudici in gelsi nel caso *Deutsche Schachtbau – und Tiefbohrgesellschaft*¹⁰⁶. Più recentemente, nel caso *Cubic*¹⁰⁷, una Corte americana ha rigettato la richiesta della parte americana che si opponeva al riconoscimento di un lodo arbitrale CCI, rifiutando di ravvisare una violazione dell'art. V, 1, (c) convenzione di New York, nel fatto che il tribunale arbitrale avesse applicato i *Principi Unidroit* ed il principio della buona fede.

Occorre infine esaminare un ultimo aspetto, di carattere teorico a causa della totale mancanza di precedenti giurisprudenziali in questo senso, ossia quello di vedere quale che sia l'atteggiamento dei giudici nazionali cui venga richiesto di applicare direttamente la *lex mercatoria* in luogo della legge nazionale determinata sulla base delle norme di diritto internazionale privato processuale. Anche in questo caso occorre riproporre la precedente distinzione, a seconda che le parti non abbiano fatto alcuna scelta in materia di legge applicabile o, all'opposto, abbiano scelto espressamente la *lex mercatoria* quale legge applicabile al caso concreto.

¹⁰⁵ App. Parigi 13 luglio 1989, in Rev arb., 1990, p. 663 ss.; Cass. 22 ottobre 1991, *Compañia Valenciana de Cementos Portland c. Primary Coal Inc.*, in «Diritto Commerciale internazionale», 1992, p. 213.

¹⁰⁶ Court of appeal, 24 marzo 1987, *Deutsche Schachtbau – und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras Al Khaimah National Oil*, in Yearbook, XIII, 1988, p. 522 e ss.

¹⁰⁷ US District Court, S.D. California, 7 dicembre 1998, *Ministry of defense of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense System*, in RDU/ULR, 1999, p. 799 e ss., si veda anche J. Bonell, *Unidroit principles: a significant recognition by a United States District Court*, _____, p. 651.

Nella prima ipotesi si può pressoché sostenere con totale certezza che il giudice nazionale non applicherà la *lex mercatoria*, ma piuttosto la legge nazionale designata dalle proprie norme di diritto internazionale privato¹⁰⁸.

Nella seconda ipotesi, e cioè al caso in cui le parti abbiano fatto espresso riferimento alla *lex mercatoria*, *agli usi del commercio o ad una normativa non facente parte della legge nazionale applicabile*¹⁰⁹.

In linea di principio il giudice nazionale è vincolato all'osservanza delle norme di diritto internazionale privato del foro, le quali tendono ad escludere la possibilità del rinvio ad una norma non statale¹¹⁰. In questo contesto è alquanto improbabile, in particolare nell'ambito della convenzione di Roma, che il giudice nazionale possa accettare un richiamo della *lex mercatoria* o dei principi generali del diritto come scelta della legge applicabile, in alternativa ad una legge nazionale¹¹¹.

¹⁰⁸ Sul punto si veda: *Approche critique de la lex mercatoria*, in «*Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*», 1982, pp. 144-145. Dove l'autore afferma che del resto, se il giudice applicasse direttamente la *lex mercatoria* lo stesso disattenderebbe le proprie norme di diritto internazionale privato, le quali prevedono – per la determinazione della legge applicabile in assenza di scelta – il rinvio ad una legge nazionale: così ad esempio l'art. 4.1 della convenzione di Roma il quale stabilisce che «il contratto è regolato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto».

¹⁰⁹ In questa ipotesi può rientrare sia il caso della sottoposizione del contratto ad una normativa «privata» (come ad esempio i principi Unidroit), sia quello della sottoposizione dello stesso ad una normativa uniforme contenuta in una convenzione internazionale (come ad es. La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale) non applicabile nel caso di specie, in quanto non in vigore nel paese in cui la legge sarebbe applicabile in assenza di scelta.

¹¹⁰ Così ad esempio l'art. 3 della convenzione di Roma consente alle parti scegliere la «legge» applicabile al contratto, il che viene inteso normalmente nel senso che debba trattarsi di un ordinamento giuridico statale, in questo senso si veda: F. Von Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, 4 ed., München, 1995, p. 358.

¹¹¹ Sul punto si veda A. Giardina, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in R. Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padova, 1983,

Quanto sopra dovrebbe valere anche nel caso in cui la scelta ricada su normativa a-nazionali più “strutturate” quali ad esempio i Principi *Unidroit*.

La questione è stata affrontata recentemente da un giudice di merito italiano in un caso in cui le parti avevano sottoposto il contratto alle «leggi e regolamenti della Camera di Commercio Internazionale di Parigi». Il Tribunale ha in questo caso rifiutato di ravvisare nella clausola una scelta della legge applicabile affermando che:

«il riferimento alle leggi e regolamenti della Camera di Commercio di Parigi non possa essere intesa come «scelta della legge» ai sensi del diritto internazionale privato, le cui norme - almeno quelle vigenti in Italia - non ammettono la possibilità di scegliere un insieme di regole non statali (ciò si evince chiaramente dal disposto dell'art. 2, comma 1, della Convenzione concernente la legge applicabile ai contratti di compravendita a carattere internazionale di cose mobili del 1955 [ratificata con l. 4 febbraio 1958, n. 50 ed entrata in vigore il 1° settembre 1964], nonché dagli art. 3 e 4 della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali [ratificata con l. 11 dicembre 1985, n. 765, ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988]). In altre parole, la scelta operata dalle parti con l'art. 7 del contratto non equivale alla scelta internazionalprivatistica di un diritto, ed è dunque inidonea a determinare la prevalenza della disciplina richiamata rispetto alle norme imperative del diritto altrimenti applicabile (ciò varrebbe, peraltro, anche se la scelta fosse caduta sulla c.d. lex mercatoria, sui Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali oppure sulla stessa Convenzione delle Nazioni Unite nei casi in cui essa non è applicabile).»¹¹²

¹¹² Tribunale di Padova, 11 gennaio 2005, *Ostrozniè Savo c. La Faraona*, in «Giurisprudenza di Merito», 2005, p. 801.

In conclusione, al momento attuale l'orientamento prevalente in seno ai giudici nazionali è nel senso di non accettare l'eventuale scelta delle parti di sottoporre il contratto a normative a-nazionali, non è escluso che ciò possa cambiare in futuro, basterebbe un'interpretazione estensiva della nozione di «legge» richiamata dalle norme di diritto internazionale privato, volta a riconoscere una maggiore autonomia alla volontà delle parti¹¹³.

4.4.1 La *lex mercatoria* dinanzi alle Corti italiane.

Il primo caso di applicazione della *lex mercatoria* in Italia si ritrova nella celebre sentenza della emessa dalla Corte di Cassazione l'8 febbraio 1982, nel caso della Ditta Fratelli Damiano S.n.c. avverso la Ditta August Topfer & Co. GmbH.

Il caso in esame trae origine da un contratto di fornitura, precisamente 4.000 tonnellate di zucchero, stipulato tra le società, August Topfer & Co. GmbH e la Fratelli Damiano S.n.c..

I contratti di fornitura contenevano la seguente clausola compromissoria:

¹¹³ Ad opinione di una parte della dottrina la contrapposizione tra le due apparirebbe comunque in concreto meno radicale di quanto non sembri., se si considera che, ove si neghi un richiamo internazionalprivatistico della *lex mercatoria* esso varrà comunque come recezione negoziale. Pertanto, il Giudice dopo aver determinato la legge applicabile in base alle norme di diritto internazionale privato, potrà applicare, all'interno di tale ordinamento (e, quindi, nella misura in cui non siano contrari a norme imperative della legge applicabile) I principi e gli usi della *lex mercatoria* o norme a-nazionali (come i *Principi Unidroit*) richiamati dalle parti.

«this contract is subject to the rules of the Refined Sugar Association as fully as if the same had been expressly inserted herein, whether or not either one or both of the parties to it are members of the Association. All disputes arising out of this contract shall be referred to the Council of the Refined Sugar Association of London for settlement in accordance with the rules relating to Arbitration»

Le regole dell'associazione per lo zucchero raffinato di Londra, in vigore alla data del contratto così disponevano al paragrafo 5:

«for the purpose of all proceedings in arbitration, the contract shall be deemed to have been made in England, any correspondence in reference to the offer, the acceptance, the place of payment of otherwise notwithstanding, and England shall be regarded as the place of performance. Disputes shall be settled according to the law of England wherever the domicile, residence or place of business of the parties to the contract may be or become.»

La società F.lli Damiano, acquirente, sottoscriveva e restituiva alla società venditrice tedesca i talloncini di conferma senza poi dare esecuzione al contratto. A causa di tale inadempimento, per il quale la società tedesca era costretta a vendere lo zucchero in perdita, iniziava un procedimento arbitrale nei confronti della società nostrana.

Il consiglio del *Refined Sugar Association*, pronunciava, pertanto, a Londra nel 1976 un lodo arbitrale, non motivato ma conforme alla legge dello Stato della sede dell'arbitrato, con il quale accoglieva la domanda risarcitoria proposta dalla Ditta Tedesca e condannava la società italiana al risarcimento dei danni.

Per quanto riguarda il presente caso si trattava di decidere, pertanto, da parte della Suprema Corte di Cassazione se un lodo arbitrale non motivato emesso dal Collegio Arbitrale dell'Associazione per lo zucchero raffinato potesse essere riconosciuto in Italia. Ora, il requisito della motivazione era previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1961, di cui era dubbia l'applicabilità nel caso di specie non avendo il Regno Unito – paese in cui si era svolto l'arbitrato – ratificato tale convenzione. La Suprema Corte¹¹⁴ riteneva però che si dovesse fare capo alla *lex mercatoria*, affermando in particolare che:

«deve ritenersi che trans-nazionale sia il diritto in cui l'arbitrato si colloca ed opera, prescindendo dalle leggi dei singoli Stati, giacché il diritto

¹¹⁴Cfr. Cass., 8 Febbraio 1982, n. 722, in «Foro Italiano», 1982, I ha stabilito che: «deve ritenersi che trans-nazionale sia il diritto in cui l'arbitrato si colloca ed opera, prescindendo dalle leggi dei singoli Stati, giacché il diritto “mercantile” si sperimenta nell'adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori, in virtù della *opinio necessitatis* che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè della convinzione (prevalente tra di loro) che essi siano vincolanti. Nella misura in cui si constata che quegli operatori – prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dalla ubicazione della loro attività in uno Stato – consentono su valori basilari inerenti al loro traffico e, quindi, mostrano di nutrire (anche per una *affectio* dettata da motivi pratici) l'*opinio necessitatis*, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, *pro tempore*, determinati). Per modo che il diritto “mercantile” sorge quando si forma e si manifesta la convinzione di valori cogenti, e ciò in quanto i soggetti, che nutrono tale convinzione, vengono a coordinare le loro condotte in base a regole comuni (integrando una *societas* mercantile). Nella *societas* così individuata – ove manchino strutture organizzative ed enti esponenziali – il diritto si rileva allo stato diffuso (cosiddetto “diritto diffuso”); mentre in presenza di strutture organizzative – le quali, per lo più, riguardano la risoluzione dei conflitti, e cioè la giustizia arbitrale – il diritto “mercantile”, pur acquistando maggiore spessore, non muta la sua natura. E, collocandosi nell'ambito del diritto “mercantile” (indipendentemente dal diritto degli Stati) l'arbitrato “mercantile” (estemporaneo e preorganizzato), le norme che lo disciplinano devono ritenersi costituite da altrettanti valori recepiti (con convinzione di cogenza) da parte dei soggetti della società mercantile. E' – imponendo la mancanza di sovranità della *societas* mercantile e la mancanza di potestà coattive delle sue strutture organizzative il ricorso alla forza cogente di ordinamenti sovrani e la necessità di realizzare attività con duplice rilevanza nell'ordinamento mercantile e in quello statale – le strutture della società mercantile, e fra esse segnatamente gli organismi che preorganizzano e somministrano la giustizia arbitrale, hanno rilevanza sia sul piano della *lex mercatoria* degli operatori, sia nell'ordinamento in cui tali organismi sogliono radicarsi».

“mercantile” si sperimenta nell’adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori, in virtù della opinio necessitatis che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè della convinzione (prevalente tra di loro) che essi siano vincolanti. A questo modo gli usi del commercio internazionale vengono assunti quali veri e propri usi normativi, vere e proprie fonti di diritto oggettivo, un diritto oggettivo non statale, bensì sovranazionale di un diritto della societas mercatorum [...].

Nella misura in cui si constata che quegli operatori – prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dall’ubicazione della loro attività in uno Stato – consentono su valori basilari inerenti al loro traffico, e, quindi, mostrano di nutrire (anche per una affectio dettata da motivi pratici) l’opinio necessitatis, deve ritenersi che esista una lex mercatoria (regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, pro tempore, determinati)¹¹⁵.

Partendo da tale percorso argomentativi, la Corte, giungeva alla conclusione che la Convenzione di Ginevra del 1961 dovesse considerarsi implicitamente richiamata dalle parti, in quanto *lex mercatoria*, e che quindi il lodo privo di motivazione dovesse conforme alla procedura arbitrale prescelta dalle parti.

Occorre fin da subito notare che la citata decisione non applicava in realtà la *lex mercatoria* (intesa come insieme di regole di origine consuetudinaria) ma una convenzione internazionale¹¹⁶, oltretutto per giungere ad un risultato del tutto contrario allo spirito della *lex mercatoria*, in quanto si arrivava a negare il riconoscimento di un lodo, pronunciato sulla base di un arbitrato accettato dalle parti e

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Che non fa parte del diritto creato spontaneamente dagli operatori economici e, quindi, della *lex mercatoria*, almeno secondo uno dei suoi massimi propugnatori più celebri, come Berthold Goldman.

corrispondente alla prassi internazionale degli affari vigente nel settore dello zucchero.

Orbene, tenendo anche presente che da questa sentenza non sembra che si possa scorgere la disponibilità dei giudici nostrani ad applicare la *lex mercatoria* (intesa come usi o principi generali del diritto) in luogo della legge nazionale determinata alle norme di conflitto, si osserva che, comunque, ha constatato alcuni aspetti importanti nonché rilevanti circa la stessa, più precisamente ha rilevato:

- i. l'esistenza di una *societas mercatorum*;
- ii. l'esistenza di una *lex mercatoria* indipendente dal diritto degli Stati;
- iii. l'oggetto della *lex mercatoria* è costituito da regole di condotta con contenuti si mutevoli, però, *pro tempore*, determinati;
- iv. l'importanza dell'istituto dell'arbitrato "mercantile" che si colloca al centro del diritto mercantile.
- v. la coattività della *lex mercatoria* che, nonostante, la mancanza di sovranità della società mercantile, nondimeno può ricorrere alla forza cogente degli ordinamenti sovrani.

Un ulteriore "precedente" giurisprudenziale italiano ma in ordine cronologico più recente, è una sentenza del 2004 del Tribunale di Busto Arsizio, in cui il giudice ha affermato che la *lex mercatoria* è un ordinamento consuetudinario autonomo rispetto agli ordinamenti statuali e l'arbitrato internazionale è la sede idonea a giudicare i fatti che si pongono in contrasto con la nuova *lex mercatoria*.

4.5 La *lex mercatoria* nella convenzione di Roma e nel Regolamento 593/2008 (cd. Roma I).

La Commissione europea, nel predisporre la proposta di Regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), destinato a sostituire la convenzione di Roma, aveva mostrato una certa apertura nei confronti delle normative a-nazionali, astatali prevedendo, al secondo paragrafo dell'art. 3, in materia di scelta della legge applicabile quanto segue:

«The parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the Community. However question relating to matters governed by such principles or rules which are not expressly settled by them shall be governed by the general principles underlying them or, failing such principles, in accordance with the law applicable in the absence of a choice under this Regulation»

Nel *memorandum* esplicativo del progetto con riferimento all'art. 3 di cui sopra, si leggeva testualmente:

*« ... to further boost the impact of the parties' will, as key principle of the convention, paragraph 2 authorises the parties to choose as the applicable law a non-state Body of law. The form of words used would authorise the choice of the Unidroit Principles, the Principles of European Contract Law or a possible future optional Community instrument, while excluding the *lex mercatoria*, which is not precise enough, or private codifications not adequately recognised by the international community ... »*

Quanto sopra citato sembrava esprimere un'apertura nella direzione di consentire una scelta in senso internazionalprivatistico di alcune normative a-nazionali più strutturate, escludendo invece i principi generali della *lex mercatoria*.

Questa prima impostazione, già ritenuta dai più eccessivamente restrittiva, è stata abbandonata, tanto che il testo definitivo del Regolamento ha soppresso il par. 2 dell'art. 3 della proposta di regolamento che, come detto, prevedeva la possibilità di scegliere come legge applicabile "*principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario*". Nell'esposizione dei motivi della proposta si spiegava che così si voleva favorire, come ha fatto la Convenzione di Città del Messico del 17 marzo 1994 sulla legge applicabile ai contratti internazionali, la scelta dei Principi *Unidroit*, dei *Principles of European Contract Law*¹¹⁷ o di un "*eventuale futuro strumento comunitario facoltativo*" (ma non la *lex mercatoria* "insufficientemente precisa") con lo scopo di "rafforzare ulteriormente l'autonomia della volontà". Il regolamento Roma I prevede soltanto in un considerando (al n. 13) che le parti possano includere nel loro contratto, "mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale"¹¹⁸. Invece con

¹¹⁷ Si veda, anche per i riferimenti bibliografici, il contributo di F. Marella nel volume, *La legge applicabile*, cit., p. 35 ss. Si veda, su tutti i precedenti della questione ma non addietro alla Convenzione di Roma, Beraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, in «Mélanges en l'honneur de P. Lagarde», cit., pp. 93-112.

¹¹⁸ T. Ballarino, *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in «Rivista di diritto internazionale», 2009, p. 40

riferimento ad eventuali future norme europee, di cui non si sa ancora quale sorte potranno avere, il regolamento si limita a prevedere una vaga apertura, stabilendo nel 14° “considerando” che:

«qualora la comunità dovesse adottare in un idoneo strumento giuridico norme di diritto sostanziale dei contratti, comprendenti clausole e condizioni standard, tale strumento può prevedere la possibilità per le parti di scegliere l'applicazione di tali norme»

5. I Principi *Unidroit*

Nel capitolo relativo alla *lex mercatoria* non si possono infine non citare i cd. Principi *Unidroit*, in quanto questi ultimi sono per larga parte della dottrina un'idea di codificazione della *lex mercatoria*. Infatti, anche ad avviso dei compilatori stessi dei Principi *Unidroit*, l'obiettivo di questi consiste “proprio nel definire meglio il contenuto della pretesa *lex mercatoria* togliendone quel carattere di assoluta indeterminatezza ed arbitrarietà”¹¹⁹.

I Principi *Unidroit* rappresentano tuttavia una fonte di cognizione della *lex mercatoria* non esaustiva¹²⁰, seppure essi comprendono certamente quella componente rappresentata dai principi generali di diritto, offrendo un precisa enunciazione anche sistematica di questi. È, comunque opinione comune che i Principi *Unidroit* vengono a

¹¹⁹ Sul punto si veda sia il commentario al Preambolo dei Principi *Unidroit*, nonché M. J. Bonnell, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in «SIDI, La riforma del diritto internazionale privato italiano», Napoli, 1997.

¹²⁰ F. Marrella, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit. p. 279.

colmare solo parzialmente¹²¹ una lacuna particolarmente importante del diritto del commercio internazionale, sostanzialmente privo di una disciplina dei contratti in generale¹²²

I Principi *Unidroit*, pubblicati nel 1994, ed oggetto di un'ampia revisione nel 2004¹²³, come detto, possono essere considerati una sorta di esperimento di codificazione parziale di un regime giuridico sovranazionale delle operazioni commerciali a carattere internazionale. Essi sono stati elaborati dall'*International Institute for the Unification of Private Law* – organizzazione internazionale indipendente. L'obiettivo era quello di individuare i principi comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici esistenti e di elaborare una normativa comune. Ciò non significa che i Principi costituiscano una fedele “fotografia” del *common core* dei vari ordinamenti internazionali. Infatti, i redattori dei Principi, invece di limitarsi ad accogliere le soluzioni prevalenti nella maggior parte degli ordinamenti, hanno preferito adottare quelle che avevano il massimo del valore persuasivo o che apparivano particolarmente adatte a regolare transazioni oltre confine. I punti di riferimento più importanti sono, inoltre, stati – oltre i singoli sistemi nazionali – la Convenzione delle Nazioni Unite sui Contratti per la Vendita Internazionale dei Beni (Convenzione di Vienna del 1980, CISG), i documenti elaborati

¹²¹ Ibidem, p. 279.

¹²² Sul punto si vedano: G. Alpa, *Prime note di raffronto tra i principi dell'unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, in «Contratto e impresa/Europa», 1996, p. 316; F. Ferrari, *I «Principi per i contratti commerciali internazionali» dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, «Contratto e impresa/Europa», 1996, p. 287; J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2nd Ed., Transnational Publishers, Inc., 1997, Ardsley, New York.

¹²³ Sulla revisione del 2004 si veda, M.J. Bonell, *I Principi UNIDROIT 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in «Diritto Commerciale Internazionale», 2004, p. 535.

dalla Camera di Commercio Internazionale e quelli di UNCITRAL, la Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale.

Quanto sopra, ha portato i redattori, ad opinione di molti¹²⁴, a preferire, in alcuni casi, le soluzioni recepite dalla prassi come più avanzate rispetto a quelle considerate maggiormente conformi alle esigenze degli operatori commerciali. Ci si riferisce in particolare a tutte quelle situazioni nelle quali si è cercato di garantire un maggior equilibrio tra le parti attraverso una più forte tutela della parte svantaggiata. Per meglio comprendere quanto affermato dagli studiosi a tal proposito, basta fare riferimento all'art. 3.10 dei principi, relativo all'eccessivo squilibrio contrattuale (*gross disparity*), secondo il quale:

«una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuiva ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori,

a. il fatto che l'altra parte abbia tratto un vantaggio dallo stato di dipendenza, di difficoltà economiche o di necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e

b. lo scopo e la natura del contratto».

Questa norma costituisca certamente una soluzione più “*politically correct*” della rigida applicazione del *pacta sunt*

¹²⁴ L. Pontiroli, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in «Giurisprudenza commentata», 1997, p. 566.

servanda, ma occorre fin da subito notare come nessun operatore commerciale possa essere disposto ad accettare che vengano riconosciuti alla propria controparte la possibilità di addurre la propria *imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare* come motivo di annullamento del contratto¹²⁵.

I Principi *Unidroit* si prestano per la loro natura a diversi usi. In primo luogo possono essere considerati un modello di riferimento per il legislatore nazionale, nella elaborazione della normativa che regola i contratti in generale o taluni tipi di transazioni. Diversi stati hanno già attinto ispirazione dai Principi per le riforme della legislazione interna. Ad esempio il nuovo codice civile della Federazione russa e progetti analoghi di Israele, Estonia, Lituania, Cina e Indonesia fanno riferimento ad essi. Altrettanto hanno fatto le commissioni che si sono occupate di stilare le proposte di riforma nel settore in Germania, Scozia, Nuova Zelanda.

I Principi sono anche utilizzati ai fini della stesura dei contratti commerciali internazionali. Infatti spesso le parti di questi contratti possono trovare difficoltà di comunicazione dovute al fatto che ciascuna di esse fa riferimento a una terminologia giuridica che non trova corrispondenza nei diversi sistemi di appartenenza. L'uso dei termini adottati dai Principi, invece, costringe le parti a dialogare in una lingua comune, i Principi *Unidroit* sono stati tradotti in molte lingue proprio a questo scopo. In dottrina vi è chi parla addirittura di

¹²⁵ R. Hill, *A businessman's View of the Unidroit Principles*, in «Journal International Arbitration», 1996, p. 165.

“esperanto” di comunicazione giuridica¹²⁶. Inoltre essi si prestano a regolare svariati tipi di contratti commerciali, purché – naturalmente – questi soddisfino il requisito dell’internazionalità. Un altro aspetto sul quale conviene soffermarsi è quello della natura ambivalente dei Principi *Unidroit*, i quali sono organizzati come un sistema normativo, pur essendo stati predisposti, in linea di principio, come norme contrattuali destinate ad applicarsi in virtù di un richiamo alle stesse nel contratto.

La ragione principale di questa scelta è che si voluto fare in modo che i Principi possano applicarsi anche autonomamente come “legge” o “sistema normativo” che regola il contratto. Tutto ciò lo si evince a partire dal preambolo dei Principi il quale, in particolare, sancisce testualmente che:

«I presenti Principi enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali.

I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato.⁽¹²⁷⁾

I Principi possono applicarsi quando le parti abbiano convenuto che il loro contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “lex mercatoria” o simili.

I Principi possono applicarsi quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto.

¹²⁶ F. Marrella, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit. p. 280.

¹²⁷ Le parti che intendono convenire che il loro contratto sia regolato dai Principi possono usare la seguente clausola, con l’aggiunta di eventuali eccezioni o modificazioni: “*Il presente contratto è regolato dai Principi Unidroit (2004) [ad eccezione degli articoli...]*”. Se le parti intendono convenire in aggiunta l’applicazione di un determinato diritto nazionale possono usare la seguente formulazione: “*Il presente contratto è regolato dai Principi Unidroit (2004), integrati ove necessario dal diritto [dello Stato X]*”.

I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme.

I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione e l'integrazione del diritto nazionale applicabile.

*I Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali».*¹²⁸

Dunque la clausola con cui le parti – nell'esercizio della propria autonomia – scelgono la legge applicabile al contratto può contenere il riferimento ai Principi *Unidroit*, piuttosto che a qualunque altra legge nazionale o convenzione internazionale. È stato sottolineato da molti studiosi che i Principi *Unidroit* sono sostanzialmente aderenti alle diverse leggi nazionali che regolano il contratto; tuttavia anche ove alcune disposizioni fossero in contrasto con la normativa relativa alla regolamentazione del contratto interno in specifiche legislazioni nazionali, vi è accordo in dottrina nel ritenere che queste divergenze non hanno rilevanza rispetto all'uso nella pratica dei Principi *Unidroit*, poiché essi prevedono delle regole specificamente destinate a rispondere ai bisogni del commercio internazionale e pertanto sono idonee a svolgere questo ruolo molto più delle normative interne.

Naturalmente il vantaggio dell'uso dei Principi nella stesura dei contratti va verificato nell'efficacia loro riconosciuta da parte dei giudici delle eventuali controversie. La loro applicazione nella pratica come *lex contractus* può infatti risultare problematica, specialmente

¹²⁸ Cfr. <http://www.unidroit.org/>.

quando sono coinvolti Tribunali statali¹²⁹. Questi infatti devono in generale fare riferimento alle proprie norme di conflitto che sono legge dello stato. Pertanto i Principi *Unidroit* possono trovare applicazione solo se le parti si accordano per incorporarli nel loro contratto e se essi non contrastano con le norme inderogabili della legge applicabile individuata in base alle norme di conflitto. C'è maggiore ottimismo con riguardo all'applicazione dei Principi *Unidroit* nei procedimenti arbitrali. Infatti le corti arbitrali hanno poteri più ampi rispetto ai tribunali nazionali nella scelta della legge applicabile per risolvere la controversia. Quanto al loro riconoscimento in concreto va segnalato ancora che i Principi sono a volte stati utilizzati a supporto delle argomentazioni proposte dalle parti in causa. Il che dimostra una progressiva diffusione del loro uso nella prassi, sebbene maggiormente davanti a tribunali arbitrali e meno in sede di procedimenti davanti a giudici statali. Anche alcune decisioni fanno riferimento ai citati principi per dimostrare che la soluzione del caso offerta da una specifica legge nazionale corrisponde a standard internazionalmente accettati. In alcuni lodi resi dalla Corte Arbitrale della Camera di Commercio Internazionale, ad esempio, i Principi *Unidroit* sono definiti come un'utile fonte al fine

¹²⁹ Anche in questo caso, come nel caso della *lex mercatoria*, i giudici nazionali sono poco disponibili ad accettare una scelta delle parti a livello internazionalprivatistico, di normative a-nazionali. Per le stesse ragioni di cui alla *lex mercatoria* è, pertanto, probabile che, ove la questione venga portata davanti ad un giudice nazionale, la risposta sia negativa, nella misura in cui i sistemi (nazionali) di diritto internazionale privato, che il Giudice è tenuto ad applicare, non consentono di regola alle parti di sottoporre il contratto a norma a-nazionali in luogo di un ordinamento giuridico nazionale. Sul punto di veda: H. Van Houtte, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in «Arbitration International», 1995, p. 381.

di stabilire delle regole generali per i contratti commerciali internazionali”.

L’importanza dei Principi *Unidroit*, come è stato osservato, risiede dunque nel fatto stesso che essi siano stati codificati, non solo nell’ottica della codificazione e del progressivo sviluppo del diritto del commercio internazionale, ma anche perché ad essi si possa far riferimento in modo chiaro ed esplicito nella stesura del contratto.

Non di meno, va sottolineato che essi non rappresentano la fine di un percorso. Al contrario, devono essere considerati come un continuo *work in progress*, sempre suscettibile di miglioramento. Infatti nuove e più specifiche tematiche sono state selezionate per la prosecuzione del lavoro.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto evidenziato all’interno del presente capitolo la *lex mercatoria*, dunque, sembrerebbe sfidare in continuazione il monopolio legislativo dello Stato¹³⁰. La rinascita della *lex mercatoria* sembrerebbe, addirittura, in grado invertire i ruoli tra Stato e Mercato, dove quest’ultimo sembrerebbe iniziare erodere quel potere che negli ultimi secoli è sempre appartenuto interamente allo Stato.

Occorre sottolineare che a garanzia dell’efficacia della nuova *lex mercatoria*, contribuiscono, però, gli stessi Stati giacché, rinunciano a disciplinare gli istituti del commercio transnazionale. Questi, infatti, spingono, *ipso facto*, gli operatori ad elaborare delle regole per

¹³⁰ M. R. Ferrarese, *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?* ; in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit..

disciplinare direttamente i loro rapporti. Si può ravvisare, dunque, come in questo contesto, un fenomeno Jellinekiano di autolimitazione dello Stato, corrisponda o faccia da contraltare una sorta di autoregolamentazione del ceto degli affari. Peraltro, non è sicuro che le convenzioni interstatuali di diritto contrattuale costituiscano una soluzione definitiva al problema della regolamentazione del commercio transnazionale¹³¹.

Se si scorrono i più recenti studi sociologici-giuridici si può notare come nella odierna realtà sociale - a dispetto delle ipotesi weberiana circa l'azione razionalizzatrice del diritto positivo - il monopolio che gli Stati avevano nella forma Stato viene minata alla radice.¹³²

Oggetto delle prossime pagine sarà, quindi, cercare di verificare o meno l'esistenza della *lex mercatoria*, attraverso l'analisi empirica dei contratti-tipo - considerati "tipici" all'interno della stessa *lex mercatoria*, come per esempio i *turn-key contracts*, i contratti di trasferimento di tecnologie, i contratti cd. *Oem (original equipment manufacturer)*, i contratti di finanziamento internazionale¹³³, i contratti di *joint venture* - e delle clausole che li compongono.

Ulteriore oggetto di questo studio sarà quello cercare di comprendere il ruolo svolto da coloro che provvedono alla stesura

¹³¹ F. Marrella, *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. note in tema di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit..

¹³² V. Olgiati, *Lex mercatoria e communitas mercatorum nell'esperienza giuridica contemporanea*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit..

¹³³ Sul punto si veda L. Pannarale, *Delocalizzazione del diritto e lex mercatoria: linee guida per una politica dei diritti in una società transnazionale*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit..

degli schemi contrattuali oggetto di analisi, sul punto si possono sintetizzare le tesi di alcuni noti giuristi italiani¹³⁴ sono concordi nel ritenere decisivo l'intervento dei legali delle grandi *law firms* internazionali di matrice americana o anglosassone nella redazione degli schemi contrattuali; di diverso avviso risulta, invece, Maurizio Lupoi che non riesce a scorgere il nesso fra i grandi studi legali transnazionali e la globalizzazione e vede esclusivamente una sorta di imperialismo giuridico americano¹³⁵.

CAPITOLO SECONDO

<u>1. PREMESSA</u>	<u>77</u>
2 LE LAW FIRMS	80
2.1. LA STRUTTURA DELLE <i>LAW FIRMS</i>	80
2.1.1.1.L'organizzazione interna delle <i>law firms</i>	82
2.2.1.1.2 I <i>partners</i>	83
2.2.1.1.2 Gli <i>associates</i>	87
2.2.1.1.3 Le figure ulteriori all'interno delle <i>law firms</i>	89

¹³⁴ Ad esempio, Maria Rosaria Ferrarese e A. Padoa-Schioppa

¹³⁵ M. Lupoi, *Il diritto al presente nel mondo globalizzato, riflessioni su un libro recente*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2003, p. 552.

<u>3 L'EVOLUZIONE STORICA DELLE LAW FIRMS</u>	92
3.1 IL 1960: IL PERIODO "D'ORO" DELLE GRANDI LAW FIRMS	94
3.2 LO SVILUPPO SUCCESSIVO AGLI ANNI '60	100
<u>4. LE LAW FIRMS PIÙ PRESTIGIOSE</u>	105
4.1 LE LAW FIRMS E L'ESPANSIONE GLOBALE	106
4.1.1. <i>CHARMED CIRCLE</i>	106
4.1.2 <i>ALLEANZA/BEST FRIENDS</i>	107
4.1.3 <i>MAGIC CIRCLE</i>	109
4.1.4 <i>ALMOST-CHARMED CIRCLE</i>	110
4.1.5 <i>NOT-SO-CHARMED CIRCLE</i>	111
<u>5. I CAMBIAMENTI IN ATTO ALL'INTERNO DELLE LAW FIRMS</u>	112
<u>6. I CONTRATTI «CHIAVI IN MANO»</u>	118
<u>7. I CONTRATTI DI JOINT VENTURE</u>	120
<u>8. I CONTRATTI OEM (ORIGINAL EQUIPMENT MANUFACTURER)</u>	122
<u>9. I CONTENUTI "TIPICI" DEI CONTRATTI DI LEX MERCATORIA</u>	125
9.1 LA CLAUSOLA DI FORZA MAGGIORE	125
9.1.1 LA CLAUSOLA DI FORZA MAGGIORE DELLA CCI	126
9.1.2 I REQUISITI DELLA FORZA MAGGIORE NELLA GIURISPRUDENZA ARBITRALE.	133
9.1.2.1 Il requisito dell'imprevedibilità dell'evento.	133
9.1.2.2 Il requisito dell'evento fuori dal controllo della parte	135
9.1.2.3 Il requisito dell'impossibilità della prestazione	136
9.2 LE CLAUSOLE DI HARDSHIP	137
9.2.1 LA DISCIPLINA DELLA <i>HARDSHIP</i> NEI <i>PRINCIPI UNIDROIT</i>	141
9.3. LE CLAUSOLE DI SCELTA DELLA LEGGE APPLICABILE	142
<u>10. I CONTRATTI E RELATIVE CLAUSOLE OGGETTO DI</u>	

<i>ANALISI</i>	<i>143</i>
10.1 I <i>TURN-KEY CONTRACTS</i>, OGGETTO DI ANALISI, E LE CLAUSOLE IN ESSI CONTENUTI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE CLAUSOLE DI FORZA MAGGIORE	143
<i>11. I CONTRATTI DI JOINT VENTURE</i>	<i>150</i>
<i>12. I CONTRATTI OEM.</i>	<i>160</i>
<i>13 CONCLUSIONI</i>	<i>167</i>

1. Premessa

Come evidenziato nel precedente capitolo il soggetto statale ha subito una progressiva perdita nel suo ruolo di *law-maker*. Nello scenario globale sono, infatti, apparsi progressivamente attori e protagonisti ben diversi da quelli tradizionali¹³⁶. Questo aspetto segna

¹³⁶ Sul punto si veda M.R.Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 101.

una profonda differenza rispetto al passato, infatti, il progetto di spersonalizzazione e di oggettivazione del diritto coltivato nello stato legale-razionale di Max Weber cede ad un contesto in cui la giuridicità si rivela sempre più dipendente dai soggetti e specie dai nuovi soggetti giuridici¹³⁷. Ad accentuare la crisi della natura territoriale dello Stato vi hanno poi pensato i flussi transnazionali di ricchezza e tecnologia.

In questo scenario si sviluppa, come descritto nel precedente capitolo, la *lex mercatoria*, la quale si afferma anche per soddisfare le continue esigenze delle imprese transnazionali

La mobilità delle imprese transnazionali è da imputare anche all'importante ruolo svolto dalle *transnational law firms*, definite anche il braccio giuridico delle *corporations*¹³⁸, le quali hanno iniziato ad ottenere un ruolo fondamentale all'interno del diritto globale, in quanto vere e proprie società di avvocati che, assecondando gli scopi di profitto delle grandi imprese transnazionali dislocate in tutto il mondo, accrescono la capacità di queste ultime di partecipare al mercato di investimento al di fuori dei confini statali.

Non deve, pertanto, sorprendere il pensiero di chi sostiene che gli avvocati dei grandi studi internazionali hanno contribuito fortemente allo sviluppo di un diritto definito come globale.

Nel precedente capitolo si è avuto modo di approfondire le caratteristiche della moderna *lex mercatoria*, nel presente capitolo, invece, verranno esaminati gli aspetti più significativi connessi alle *transnational law firms* e verranno analizzati i contratti "tipici" da

¹³⁷ *Ibidem*, p. 102.

¹³⁸ *Ivi* p. 107.

queste redatti, quali ad esempio i contratti «chiavi in mano» e «prodotto in mano» - nonché determinate clausole *standard*, quali ad esempio le clausole di forza maggiore¹³⁹ nonché le clausole di *hardship*, le quali, secondo molti studiosi, sarebbero venute a far parte della *lex mercatoria*.

L'intento del presente capitolo è quello di cercare di comprendere, attraverso una rassegna puntuale di clausole - segnatamente di forza maggiore – se siano le *transnational law firms* a redigere o meno le clausole *standard*, ogniqualvolta le parti intendano inserire una manleva di responsabilità da inadempimento da ricondurre ad eventi fuori dal proprio controllo, che possano essere ascritte alla *lex mercatoria*.

Le clausole di forza maggiore citate nel presente studio, sono state ricavate da:

- *turn-key contracts*,
- *joint ventures contracts* e da
- contratti cd. *Oem (original equipment manufacturer)*¹⁴⁰.

Tali contratti, sia internazionali¹⁴¹ che nazionali, sono stati reperiti presso: *international law firms*; uffici legali delle società parti dei contratti, alcuni *database e directory on-line*.

¹³⁹Nella loro formulazione più flessibile diffusasi nei contratti internazionali, dove flessibile significa che il rigore del requisito dell'impossibilità della prestazione tende ad attenuarsi, tipico di molte legislazioni nazionali.

¹⁴⁰ Sul punto si veda L. Pannarale, *Delocalizzazione del diritto e lex mercatoria: linee guida per una politica dei diritti in una società transnazionale*, in «La “*lex mercatoria*” fra scienza, storia e sociologia del diritto», cit..

¹⁴¹ Il punto di partenza per tale definizione consiste nel considerare internazionale il contratto che presenti elementi di estraneità rispetto ad un dato ordinamento, ed argomentando a *contrariis* come “nazionale” o “interno” il contratto rispetto al quale tutti gli elementi rilevanti (quali: le parti, il luogo di stipulazione, il luogo di esecuzione del contratto stesso, ecc.) siano localizzati all'interno di un unico Paese. Per tali motivi dovrà quindi considerarsi “internazionale” non solo il contratto stipulati tra

2 Le law firms

Che cos'è una *law firm*?

*“An association of lawyers who practice law together, usually sharing clients and profits, in a business organized traditionally as a partnership but often today as either a professional corporation or a limited-liability company”*¹⁴²

Secondo la definizione data dal *Black's law dictionary* si tratta di un'associazione di avvocati che praticano la professione legale insieme, solitamente condividendo la clientela ed i profitti, in uno studio organizzato tradizionalmente come una *partnership* ma sempre più spesso al giorno d'oggi organizzata al pari di un'impresa o di una società a responsabilità limitata.

2.1. La struttura delle *law firms*

Le *law firms*, organizzate in diversi modelli, a seconda della conformazione dello studio stesso, sono solitamente strutturate in:

- *Sole proprietorship*, ossia una *law firm* con un unico proprietario, all'interno della quale l'avvocato titolare dello studio

soggetti appartenenti a diversi Paesi (ipotesi che costituisce statisticamente la situazione più diffusa) ma anche il contratto che presenti altri tipi di collegamento con l'esterno, come ad esempio: il luogo di conclusione del contratto; la presenza di prestazioni da eseguirsi, anche parzialmente, all'estero; il riferimento a prodotti da acquistarsi (o trasportarsi) all'estero; la previsione di pagamenti all'estero e/o in valuta straniera.

Si noti, infine, come ad oggi non esista una nozione generale di contratto internazionale e come i legislatori, nonché la giurisprudenza, tendano piuttosto a tracciare linee di demarcazione differenti tra fattispecie internazionali ed interne a seconda delle finalità di volta in volta perseguite.

¹⁴² Bryan A. Garner, *Black's law dictionary*, West Group, MN, 2004.

legale è l'unico responsabile e beneficiario di tutti i guadagni, perdite e debiti;

- *General partnership*, ossia una società di persone, all'interno della quale tutti gli avvocati sono proprietari, nonché solidalmente responsabili dei debiti contratti dallo studio;

- *Professional Corporation*, ossia una società per azioni che distribuisce pacchetti azionari in modo simile alle grandi società finanziarie quotate in borsa;

- *Limited liability company*, nella quale gli avvocati proprietari sono chiamati "associati", ma non sono direttamente responsabili nei confronti dei terzi creditori della *law firm*;

- *Professional association*, la quale opera in maniera simile a una *professional corporation* o ad una *limited liability company*.

- *Limited liability partnership (LLP)*¹⁴³ è ciò che più di avvicina al modello di Società a Responsabilità Limitata (SRL), presente nel nostro ordinamento, nella quale gli avvocati proprietari sono chiamati *partners*; i quali non sono responsabili nei confronti dei terzi creditori della *law firm*, eccetto che in casi molto limitati.

A prescindere dal tipo di struttura scelta, è in vigore una legge generale promulgata dalla *American Bar Association*, seguita in quasi

¹⁴³ Le *limited liability partnership* sono forme di società. Negli Stati Uniti ogni singolo Stato disciplina la formazione di queste società. Il *partner* è pienamente responsabile nel caso in cui ricorra in negligenza professionale. Questo tipo di società è molto popolare tra i professionisti, quali, in particolar modo, gli avvocati ed i contabili. The *Uniform Partnership Act* stabilisce che: "*An obligation of a partnership incurred while the partnership is a limited liability partnership, whether arising in contract, tort, or otherwise, is solely the obligation of the partnership. A partner is not personally liable, directly or indirectly, by way of contribution or otherwise, for such an obligation solely by reason of being or so acting as a partner*". Questo articolo, riportato nella sua versione originale, stabilisce che le obbligazioni nelle quali incorre la società, siano esse sorte da contratto, da illecito, sono esclusivamente obbligazioni della società; infatti un *partner* non è personalmente responsabile, né direttamente, né indirettamente.

tutte le giurisdizioni del Paese, la quale sancisce che solo gli avvocati possono essere proprietari di una *law firm*. Di conseguenza, le *law firms* non possono incrementare il proprio capitale tramite offerte pubbliche sul mercato della borsa, come succede alle grandi società quotate nel mercato economico.

Questa legge è stata promulgata per prevenire possibili conflitti di interesse: incombe, infatti, sull'avvocato, innanzitutto, il dovere deontologico di essere fedele nei confronti del proprio assistito.

Tali doveri di carattere deontologico che ogni avvocato è tenuto a garantire al proprio assistito, potrebbero essere messi a rischio se costui lavorasse in uno studio legale quotato nel mercato della borsa.

2.1.1.1. L'organizzazione interna delle *law firms*

Per quanto concerne l'organizzazione interna, le maggiori *law firms* hanno adottato il “*Cravaths' system*”¹⁴⁴ e pertanto si sono organizzate prevedendo due figure di avvocati al proprio interno: *partners*, comproprietari nonché direttori generali delle operazioni legali, e gli *associates* (*junior* o *senior*) che sono degli avvocati dello studio i quali ambiscono a diventare *partners*, ed infine a un gran numero di dipendenti di svariata natura, come, ad esempio, i paralegali¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Sul punto si veda il paragrafo relativo al “Periodo d'oro delle grandi *law firms*”, *infra*.

¹⁴⁵ Un paralegale non è un avvocato, ma semplicemente un impiegato che lavora sotto la supervisione di un avvocato, in relazione ad un affare concordato con il cliente. I paralegali possono svolgere molti compiti, come, ad esempio, preparare le mozioni e le citazioni in giudizio, analizzare e schedare documenti.

2.2.1.1.2 I *partners*

Essere *partner* di una grande *law firm* porta con sé numerosi vantaggi, non solo a carattere economico, ma anche a carattere sociale.

Il *partner* condivide, fin dal momento della sua promozione, i profitti dello studio e, allo stesso modo, tutti i costi relativi alla gestione dello stesso.

Capita estremamente di rado che un avvocato divenuto *partner* perda questa carica, a meno che costui non incorra in una responsabilità professionale nei confronti del cliente.

Una volta anziani, i *partners* tendono ad assumere qualifiche ancora più importanti, non tanto all'interno dello studio, quanto piuttosto all'interno della società stessa, entrando a far parte dei consigli delle *Bars* o rivestendo prestigiose cariche politiche.

I *partners* devono essere dei buoni imprenditori al pari degli imprenditori delle grandi imprese: spetta, infatti, a loro prendere decisioni amministrative e tattiche per il breve periodo.

La sempre maggior espansione degli studi, la progressiva complicazione e specializzazione del dato legislativo e la sempre maggiore imprevedibilità del mercato dei servizi di assistenza legale, hanno reso via via sempre più necessario per i capi degli studi elaborare decisioni strategiche a lungo termine.

Negli Stati Uniti ed in Canada possono lavorare autonomamente o come *freelance* o in studi privati o alle dipendenze di grandi multinazionali. I paralegali che operano come *freelance* sono molto rari e spesso oggetto di controversie, poiché sovente questi operatori del diritto attraversano la sottile linea che divide il paralegale dall'esercizio abusivo della professione forense. La maggior parte dei paralegali lavora per le *law firms*, per gli studi con un unico avvocato proprietario, per il governo o per le grandi multinazionali; in tutti questi casi, sono comunque sempre supervisionati da un avvocato.

Al pari degli imprenditori i *partners*, che compongono il piccolo gruppo dirigenziale dello studio, devono costantemente adottare decisioni sul lungo periodo finalizzate all'incremento de fatturato ed all'espansione nazionale ed internazionale della propria attività.

In accordo a quanto pubblicato nel 2004 dall'*American Lawyer* gli introiti medi percepiti dalle maggiori 200 *law firms* è di 272 milioni di dollari, tanto che in numerose occasioni, considerati i volumi di fatturato da queste generate, le grandi *law firms* vengono paragonate alle grandi multinazionali quotate sul mercato a *Wall Street*.

Poiché i *partners* delle gradi *law firms* tendevano a voler massimizzare i propri profitti partire dagli anni '80, gli stessi cominciarono a strutturare i propri studi non più solo sulla base degli *associates* e dei *partners* ma iniziarono a suddividere le categorie di *partners* in *equity partners*¹⁴⁶ (ossia coloro che effettivamente percepiscono i dividendi della *law firms*) ed i *non-equity partners* che come tali seppur partecipando al “consiglio di amministrazione” dello studio, non potevano partecipare, al pari degli altri *partners*, ai profitti dello studio.

Tale suddivisione all'interno della categoria dei *partners* è stata pensata in quanto secondo l'esperienza maturata negli anni precedenti un avvocato una volta nominato *partner* dello studio tendeva a diminuire le proprie ore di lavoro in quanto non poteva sperare in qualche ulteriore promozione.

¹⁴⁶ B. D. Heinz & N. Markham-Bugbee, *Two tier partnerships and other alternatives*, AM Bar Association, Chicago, 1986.

La struttura bipartita delle tipologie di *partners* tendeva inoltre ad essere un sistema di bilanciamento alla *up-or-out policy* che si era affermata dagli anni '60 in poi. Secondo tale regola infatti un *associate*, decorso un determinato periodo di tempo in cui faceva parte dello studio o veniva nominato *partner* oppure veniva costretta ad abbandonare la struttura. Infatti, nel momento in cui uno degli *associates* più promettenti dello studio non poteva diventare fin da subito *partner*, questi poteva comunque essere promosso a *non-equity partner* senza essere costretto a dover abbandonare lo studio.

Questa divisione ulteriore interna ai *partners* si diffuse rapidamente dagli anni '90 in poi, quando l'*American Lawyer* iniziò a monitorare il passaggio delle *law firms* da una struttura definita "single tier" ad una struttura definita "two-tier". Il sistema *two-tier partnership* passò dalle 44 *law firms* nel corso del 1994 a 77 nel 2003¹⁴⁷.

Vi è addirittura chi ha parlato recentemente della fine della c.d. *partnership* all'interno degli studi legali americani. Sul punto risulta particolarmente interessante la pubblicazione di Lawrence J. Fox¹⁴⁸ che nel 2006 arriva a sostenere che solamente alcuni di coloro divenuti *partners* delle maggiori *law firms* americane sono realmente degni di essere definiti come tali, ciò in quanto il potere continuerebbe ad essere detenuto esclusivamente dai *partners* più anziani.

¹⁴⁷ Questi dati sono stati ricavati dai dati pubblicati nel luglio 1995 e nel luglio 2004 dalla rivista *The American Lawyer*.

¹⁴⁸ L. J. Fox, *The end of the partnership*, in «Fordham Urban Law Journal», New York, 2006, p. 246.

Prima di poter ambire alla nomina di *partners* agli *associates* è richiesto di generare un volume di fatturato di diversi milioni di dollari. Un *associates* può essere costretto ad attendere per un periodo che va dai 4 ai 10 anni prima di essere nominato *partner*¹⁴⁹.

La distinzioni in diverse categorie di *partners* con il passare degli anni si è fatta ancora più complessa, a mero titolo esemplificai si può citare la distinzioni all'interno della presente categoria effettuata Thomas Clay, consulente di alcune delle più prestigiose *law firms* americane, il quale sostiene l'esistenza di ben 5 differenti tipologie di *partners*¹⁵⁰:

➤ *Entrepreneurial leader*: il *partner* imprenditore, ossia colui che organizza il lavoro ad una serie indefinita di avvocati e *paralegals*. Colui o colei che porta avanti il *brand* dello studio e che si occupa del procacciamento, mantenimento e rafforzamento dei rapporti con i clienti più prestigiosi dello studio. Questa tipologia di *partners* è molto rara.

➤ *Business-generantig partner* colui che organizza il lavoro di un ristretto numero di persone e che mantiene e rafforza i rapporti con i clienti procacciati da altri *partners* dello studio.

➤ *Self-sufficient partner*: colui al quale il lavoro viene delegato dai *partners* gerarchicamente superiori e che a sua volta delega agli *associates* allo stesso subordinati.

¹⁴⁹ M. Galanter T. Palay, *Tournament of lawyers the transformation of the big law firm*, University of Chicago Press., Chicago, 1991.

¹⁵⁰ W. D. Henderson, *An empirical study of single tier versus two tier partnerships in the Am Law 200*, in «North Carolina Law Review», North Carolina, 2006, p. 1708.

➤ *Service partner*: solitamente si tratta di un avvocato specializzato in determinati settori del diritto che gestisce un vero e proprio *team* di lavoro su determinati clienti non procacciati dallo stesso.

➤ *Technical specialist partner*: un vero e proprio *problem-solver* che non interagisce in alcun modo con i client. Di solito questo tipo di *partner* non è capo di un vero e proprio team stabile ma si occupa piuttosto di coordinare team di lavoro costituiti *ad hoc* per determinati casi¹⁵¹.

2.2.1.1.2 Gli associates

Alla base della piramide professionale dello studio legale, ci sono gli *associates*. La maggior parte di essi è costituita dai migliori laureati delle *law schools* più prestigiose.

Lo stipendio medio di un avvocato varia da Stato a Stato e, anche all'interno di ogni singolo Stato, esistono comunque regioni in cui gli stipendi sono più elevati.

Nel 1990, le “*Wall Street firms*”, così chiamate perché situate a New York, erano gli studi che garantivano lo stipendio più elevato in tutto il Paese: infatti, mentre, in media, un giovane *associates* di un qualunque studio percepiva uno stipendio di circa 47,000 \$ annui, il neo laureato di una “*Wall Street firm*” percepiva circa 75,000\$. Nel 1993 il primo stipendio percepito da un neo assunto all'interno di una *Wall Street firm* era di circa 83,000 \$, mentre a Los Angeles, Chicago e

¹⁵¹ J. Blumenthal, Bitter medicine: *Law firms in a squeeze increasingly take difficult step of turning equity partners into non-equity partners*, in «Broward Daily Business Review», Palm Beach, 2002, p. 9.

Washington D.C. era di circa 70,000\$ fino ad arrivare a 58,000\$ a Minneapolis.

Nel 2005 lo stipendio medio di un avvocato al primo anno di lavoro all'interno di una *law firm* composta dai 2 ai 25 avvocati era di 67,000 \$, mentre gli avvocati all'interno delle *law firms* composta da più di 500 avvocati guadagnavano mediamente 125,000 \$ annui.

Il primo anno di stipendio di un neo-avvocato neo-assunto all'interno di uno studio legale passò, pertanto, dai 10.000 \$ del 1968¹⁵² a 71.000 \$ nel 1988¹⁵³ fino ad arrivare 160.000 \$ dei giorni nostri.

Come ovvio, gli studi legali, in cambio dello stipendio, pretendono che i giovani *associates* lavorino duramente, anche 60 ore a settimana, compresi le sere ed i fine settimana.

Negli anni '80 a causa del progressivo aumento della concorrenza nel mercato degli studi legali ad un giovane avvocato era richiesto di fatturare circa 1800 ore all'anno¹⁵⁴, un decennio successivo un avvocato dello studio, non ancora *partner* dello studio, doveva fatturare una media di circa 2.500 ore all'anno.

Quindi, nonostante lo stipendio percepito dagli associati delle *law firms* possa, a prima vista, apparire molto elevato, in realtà non è proprio così: i grandi studi, infatti, rivendono i servizi legali forniti dagli *associates* a prezzi molto elevati.

¹⁵² J. J. Berman & E. S. Cahn, *Bargaining for justice: The law students' Challenge to law firms*, in «Harvard Law Review», Cambridge, 1970.

¹⁵³ D. Cassens Moss, *Associates' Pay at \$ 71.000: NY Firms Ok \$ 6.000 Hike*, in «American Bar Association Journal», Chicago, 1988.

¹⁵⁴ P. J. Schiltz, *On being a happy, healthy, and ethical member of an unhappy, unhealthy, and unethical profession*, in «Vanderbilt Law Review», Nashville, 1999.

Un avvocato che percepisce anche circa 160,000\$ per anno e lavora un minimo di 2500 ore, guadagnerà circa 40\$ a ora, mentre le *law firms* rivendono i servizi dei proprio associati ad una media di circa 110\$ all'ora, i quali, lavorando per un minimo di 2000 ore all'anno, portano ognuno nelle casse dello studio circa 220,000\$ all'anno.

La variazione delle politiche di ammissione degli *associates* alla *partnership* rappresenta una delle differenze più interessanti all'interno del settore dei grandi studi. Nonostante tutti gli studi tengano fermamente a precisare che essi assumono solo persone degne della *partnership*, ciò in realtà non avviene. I grandi studi legali di New York e, in misura minore, quelli di Philadelphia, Houston e Washington, hanno mantenuto un'alta percentuale di *associates* rispetto ai *partners*. I grandi studi di Los Angeles e Chicago e di altre città hanno circa lo stesso numero di *partners* e *associates*. Ne consegue che i grandi studi sono tendenzialmente orientati secondo un duplice modello improntato a una forma di *partnership* relativamente chiusa oppure aperta.

2.2.1.1.3 Le figure ulteriori all'interno delle *law firms*

Una figura che si sta sempre di più sviluppando in questi ultimi anni all'interno delle *law firms* è quella dell'*in house counsel*.

L'emergere di tale figura iniziò nei primi anni '90 con diversi nomi quali: l'*ethics advisor*, il *conflict partner*, il *loss preventiv*

partner ed il *general counsel*¹⁵⁵. Inizialmente nella maggior parte delle *law firms* la figura del *general counsel* era presieduta da un *partner* che si occupava a tempo parziale di tutte le questioni burocratiche ed amministrative che ruotavano attorno alla *law firm*. Con il passare degli anni questa figura è stata istituzionalizzata ed ha preso il nome di *general counsel* rivestendo fino ai giorni nostri una vera e propria posizione stabile ed a tempo pieno all'interno dello studio.

Le maggior parte delle *law firms* hanno al proprio interno i propri *general counsel* che sono coloro che si occupano di stabilire le *policies* e che provvedono a controllare il rispetto della deontologia degli avvocati che lavorano all'interno dello studio, occupandosi, inoltre, delle questioni relative alla responsabilità professionale nella quale talvolta incorrono gli avvocati presenti all'interno dello studio¹⁵⁶.

Negli ultimi anni, stiamo però assistendo ad una nuova politica messa in atto dagli studi con riferimento a tale figura. Accade sempre più di sovente, infatti, che vengano incaricati *general counsel* soggetti esterni alla *law firm*, addirittura vere e proprie società che si occupano di *compliance*, per fare un solo esempio nel 2004 la *Shearman & Sterling* nominò John Shutkin della KPMG¹⁵⁷ quale proprio *general counsel*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ E. Chambliss & D. B. Wilkins, *The emerging role of ethics advisors, general counsel, and other compliance specialists in large law firms*, in «Arizona Law Review», Tucson, 2007, p. 559; si veda anche J. D. Glater, *In a complex world, even lawyers need lawyers*, Ny Times, 3 febbraio 2004.

¹⁵⁶ D. Hircik, *Uncertainty, Confusion and despair: ethics and large law firm in practice in Texas*, in «Review of Litigation», Austin, 1997.

¹⁵⁷ La KPMG è un *network* globale di società di servizi professionali, attivo in 145 paesi del mondo con oltre 123 mila persone.

¹⁵⁸ M. Mullally, *Analysis: the advisers to the advisers*, *Legal Week*, 8 maggio 2004.

Possiamo infine notare che affievolendosi nel corso degli anni la citata *up or out rule* all'interno degli studi legali si sono formati gruppi di avvocati quali gli *staff lawyers*, *staff associates*, *contract lawyers* e gli *outsourced lawyers*¹⁵⁹, che non potranno mai ambire alla posizione di *partner*. Questa tipologia di avvocato viene comunemente definita: *non-tournament lawyers*

Vieni quindi abbandonata l'equazione di un tempo, secondo la quale decorso un determinato numero di anni un *associate* diveniva *partner*, oggi invece possiamo trovare dei veri e propri avvocati che senza diventare *partner* dello studio vi hanno dedicato la propria intera carriera professionale¹⁶⁰.

Tra le nuove figure di professionisti che si aggiungono alle figure classiche, da sempre presenti all'interno degli studi legali, si possono inoltre rinvenire i direttori *marketing*, assunti al fine di trovare nuovi acquirenti dei servizi che offrono le *law firms*. Questa figura professionale, inesistente fino agli anni '80, nel giro di pochi anni si è insediata in circa 200 studi legali americani.

Inoltre, ogni anno vengono organizzati svariati seminari per aiutare le *law firms* a migliorare le tecniche di amministrazione e le capacità di soddisfare le esigenze dei clienti.

Alcuni tra i più grossi studi legali, nel tentativo di conquistare nuovi spazi sul mercato, hanno assunto nuove figure professionali diverse dagli avvocati, quali ingegneri, economisti e consulenti

¹⁵⁹ M. Galanter W. Henderson, *The elastic tournament: a second transformation of the big law firm*, atti del convegno: "The American Legal Profession: current controversies, future challenges" tenutosi presso la Stanford University il 14 marzo 2008.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

commerciali, così da poter offrire una più vasta gamma di servizi. Altri studi hanno costituito, per lo stesso fine, sezioni extra-legali, tra loro coordinate, che si occupano di consulenza finanziaria, economica, commerciale ecc.

3 L'evoluzione storica delle *law firms*

Nel 1949 solo cinque studi negli Stati Uniti d'America contavano più di 50 avvocati; dal 1989 gli studi che hanno assunto queste dimensioni sono saliti a 287.

Al fine di descrivere il suddetto incremento può essere utile analizzare la tabella che segue, la quale indica la crescita del numero e delle dimensioni delle *law firms* nell'ultimo ventennio¹⁶¹:

% di avvocati nelle <i>law firms</i>	<u>1980</u>	<u>1991</u>	<u>2000</u>
2 – 5 avvocati	81%	75%	76%
6 – 10 avvocati	12%	13%	13%
11-20 avvocati	4%	7%	6%
21 – 50 avvocati	2%	3%	3%
51 – 100 avvocati	1%	1%	1%
101 + avvocati	*	1%	1%
<i>Law firms</i> totali	38.482 ₃	42.51	47.563

¹⁶¹ I dati di cui in tabella sono stati reperiti in: “*The Lawyer Statistical Report, American Bar Foundation, 1985, 1994, 2004 editions*” sul seguente sito internet <http://www.abanet.org/marketresearch/lawyerdem2004.pdf>.

Tra il 1977 ed il 1989 il numero delle *law firms* con più di 100 avvocati si è quintuplicato, passando da 47 a 245. Alla fine degli anni '80, si contavano più di 100 studi legali che avevano al loro interno più di 250 avvocati, e, di questi 250 studi, 15 avevano al proprio interno oltre 500 avvocati e 2 studi superavano quota mille avvocati.

La più grande *law firm* negli Stati Uniti d'America, nonché *leader* mondiale, è la *Baker & Mc. Kenzie*, fondata a Chicago, che conta 48 uffici in tutto il mondo e che, nel 2009, aveva alle proprie dipendenze circa 3.626 avvocati ¹⁶².

I grandi studi legali di oggi erano per lo più già affermati 30 anni fa, e alcuni anche 80 anni fa. La loro storia riflette l'evoluzione della professione, dal predominio dei singoli avvocati che agivano individualmente, al dominio, all'interno della professione, di organizzazioni che operano su larga scala sia a livello nazionale che a livello internazionale e che al proprio interno contano numerosi professionisti affermati anche in ambito pubblico.

Lo studio legale *Cravath, Swaine & Moore*, ad esempio, fu creato da William Seward, senatore di New York e segretario di Stato di Abraham Lincoln. David Dudley Field, il famoso difensore della codificazione, fu la figura centrale nello studio *Shearman & Sterling*. Quello che è oggi lo studio *Mayer, Brown & Platt* corrisponde

¹⁶² L'altra *law firm* che aveva più di mille avvocati era *Jones, Day, Reavis & Pogue* di Cleveland, Ohio (2348 avvocati), dati sempre riferiti al 2008 per maggiori informazioni si veda il sito *internet AM LAW*, che ogni anno redige la classifica delle 100 *top law firms* d'America, in base a differenti parametri, quali: il numero degli avvocati all'interno della *law firm*, il numero dei *partners*, l'ammontare degli stipendi degli avvocati, il fatturato generato da ogni singola *law firm*, ecc..

all'attività svolta, un tempo a livello in grande parte personale, da Levy Mayer.

Poiché un numero così elevato di prestigiosi studi legali dei giorni nostri ha avuto origine nel 1800 e poiché questi si sono sviluppati su larga scala negli ultimi anni, potrebbe indurre a concludere che essi siano il frutto della raffinata professione del diciannovesimo secolo. Tuttavia questa ultima affermazione sembrerebbe sottovalutare alcuni elementi molto interessanti relativi alla nascita del grande studio legale associato.

In realtà, tale evoluzione non è stata né sicura né lineare. Alcuni studi, un tempo in auge, non sono stati in grado di trasformare il successo dei singoli membri nel successo dello studio legale; non sono cioè riusciti ad adeguarsi ai cambiamenti della società. Altri, invece, non sono riusciti a crescere in misura proporzionale a quella di altri studi a loro contemporanei perdendo, quindi, prestigio. Altri, ancora, sono stati teatro di conflitti interni, poi sfociati nella defezione di soci e di clienti importanti.

Lungi dall'aver intrapreso una marcia compatta verso il successo ed il prestigio, i grandi studi legali associati sono stati costruiti mattone su mattone, coltivando una solida base di clienti, reclutando all'interno del proprio *staff* professionisti capaci di mantenere ed incrementare la clientela stessa.

3.1 Il 1960: il periodo “d'oro” delle grandi *law firms*

La cd. *golden age* delle *law firms* americane viene tipicamente collocata nei primi anni '60, quando queste erano istituzioni stabili, prosperose e prive di alcun problema. Questo periodo era anche il periodo dei rapporti stabili con i clienti, rapporti che si basavano esclusivamente sulla fiducia.

Uno dei motivi che fece sì che gli anni '60 furono visti come un periodo prospero e florido fu il fatto che in questi anni le informazioni relative alle *law firms* non erano molte.

Le informazioni relative alle *law firms* - in particolar modo aventi ad oggetto la loro organizzazione interna, i compensi dei *partners* e degli *associates*, i volumi di fatturato, i rapporti con i clienti, compresa la loro identità - non solo non erano condivise all'esterno ma anche all'interno della stessa *law firm* non tutti ne erano portati a conoscenza. La raccolta di informazioni relativa a questi studi era, quantomeno, disincetivata.

Uno dei primi studiosi che si provò ad ottenere più informazioni possibili relative alla *law firms* racconta la difficoltà nel riuscire ad ottenere delle interviste e le informazioni necessarie al proprio studio in quanto gli argomenti dallo stesso studiati venivano considerati "taboo". Molti avvocati ritenevano che un *outsider* non avesse il diritto di intromettersi nei loro affari¹⁶³.

Uno dei primi sociologi che si avventurò nel mondo delle *law firms* fu Erwin O. Smigel che, negli anni che vanno dal 1957 al 1963, intervistò 188 avvocati facenti parte di 18 *law firms* con sede a

¹⁶³ Letteralmente: "an outsider had no right to probe into their affairs" cfr. E. O. Smigel, op. cit. pag. 20.

Wall Street, 44 avvocati facenti parti di grandi *law firms* situate fuori da New York ed, infine, 43 avvocati di piccole *law firms* di New York.

Un altro studioso che contribuì allo sviluppo della letteratura in tema di *law firms*, sebbene non di Wall Street ma di Chicago, fu sicuramente Robert Nelson con il suo libro alla fine degli anni '80¹⁶⁴.

Nel corso degli anni '60 le maggiori *law firms* americane si strutturarono secondo il modello “*Cravath’s system*” inaugurato appunto, qualche decennio prima, dall’omonimo studio *Cravath, Swaine & Moore*. Il “*Cravath’s system*” prevedeva infatti una suddivisione all’interno dello studio in due gruppi di avvocati, gli *associates*, che entravano a far parte della *law firm* subito dopo essersi laureati presso la *law school* e che ricevano uno stipendio annuale ed i *partners*, avvocati con maggiore esperienza all’interno dello studio e che dividevano i profitti conseguiti dallo studio stesso. Quasi sempre il numero degli *associates* all’interno di uno studio superava il numero dei *partners* e solo pochi degli *associates* potevano realmente aspirare alla carica di *partner* dello studio. Questo modello venne denominato “*tournament model*”¹⁶⁵. Così strutturato lo studio poteva contare oltre che su un maggiore numero di ore lavorate dal singolo avvocato (*associate*), al fine di ricevere la promozione a *partner*, anche su un vero e proprio patto di fedeltà tra gli *associates* stessi e lo studio, sempre per il medesimo fine.

¹⁶⁴ R. L. Nelson, *Partners with power : the social transformation of the large law firm*, University of California Press, San Francisco, 1987.

¹⁶⁵ La dizione: “*tournament model*” è stata coniata dal Prof. Marc Galanter.

Nei primi anni '60 a New York vi erano 21 *law firms* composte da un numero superiore a 50 avvocati, mentre al di fuori di New York erano solo 17 *law firms* composte da superiore a 50 avvocati. Pochi anni prima la più grande *law firm* di New York e di tutti gli Stati Uniti era la *Shearman & Sterling & Wright* composta da 35 *partners* e 90 *associates* per un totale di 125 avvocati. Solamente altre 3 *law firms* a newyorkesi contavano un numero di avvocati superiore a 100, mentre le altre 20 *law firms* di Manhattan avevano al proprio interno circa 50 avvocati.

Le *law firms* degli anni '60 venivano identificate con una singola città e l'esportazione, sia a livello nazionale che internazionale, di tale modello di studio legale venne nel tempo abbandonata. La crescita di una *law firm* sul territorio nazionale era solitamente inusuale, in quanto, in quegli anni l'apertura di un nuovo ufficio sul territorio nazionale richiedeva il compimento di numerose formalità burocratiche tra le quali l'ottenimento di una preventiva autorizzazione da parte della *Bar Association* competente.

Le assunzioni dei singoli avvocati avvenivano generalmente attraverso la selezione di giovani laureati direttamente presso le *law schools* più prestigiose ed altrettanto generalmente questi iniziavano e finivano la propria carriera all'interno della stessa *law firm* fino a diventarne *partner* della stessa.

Le grandi *law firms* non sottraevano avvocati alle proprie "rivali", non vi erano, infatti, trasferimenti orizzontali tra i vari studi.

Tra gli studi legali veniva limitata ed arginata la concorrenza, come osserva Smigel nel proprio libro infatti:

*“competition for lawyers among the large law firms in New York City is limited in two major way: the firm will not pirate an employee from an other law office, and they maintain a gentlemen’s agreement to pay the same beginning salary”*¹⁶⁶.

Salvo rare eccezioni, come quando gli avvocati abbondavano lo studio per accettare incarichi governativi, in quegli anni le *law firms* non persero di più di un partner alla volta¹⁶⁷.

I grandi studi legali assumevano solo gli uomini migliori. I meriti accademici non erano gli unici parametri di scelta questi infatti erano ritenuti necessari ma non sufficienti, sommati ai meriti accademici le *law firms* assumevano solo coloro che spiccavano di una forte personalità, laureati nelle migliori *law schools* d’America e con i giusti *social backgrounds*.

Tipicamente lo stereotipo preferito dalle *law firms* era il “*white male face*”, nel 1960 era molto difficile scorgere avvocati di colore e/o appartenenti alle minoranze all’interno di una *law firms*. Lo stesso dicasi per le donne.

Il tempo necessario per diventare *partner* variava da studio a studio, ma per coloro che entravano a far parte di una *law firm* negli anni ’60 il tempo medio per poter divenire *partner* dello studio era di circa 10 anni. Dalla ricerca empirica portata avanti da Smigel il tempo

¹⁶⁶ E. O. Smigel, op. cit., p. 57.

¹⁶⁷ P. Hoffman, *Lions in the street; the inside story of the great Wall Street law firms*, Saturday Review Press, New York, 1973, p. 60.

medio necessario per poter diventare un partner di una *Wall Strett law firm* era di circa 8 anni mezzo.

Una delle regole base delle struttura di una *law firms* negli anni '60 era la “*up-or-out rule*”, la quale prescriveva che decorso un certo periodo di tempo il giovane avvocato o diveniva *partner* oppure doveva lasciare la *law firm*.

Per gli *associates* che non riuscivano a diventare *partners* dello studio, lo stesso studio stesso riusciva a trovare loro un nuovo posto di lavoro o all'interno delle società clienti o in altri studi di piccole dimensioni.

In realtà sebbene fosse presente la “*up-or-out rule*” i cd. *permanent associates* non erano così infrequenti. Un esempio su tutti: tra coloro che iniziarono a praticare la professione dal 1906 al 1948 presso lo studio Cravath ben 16 avvocati rimasero *permanent associates* senza mai diventare *partners* dello studio.

Dal 1960 i *permanent associates* non erano più accettati all'interno delle singole *law firms*, le spiegazioni fornite da Smigel a questo aspetto sono da ravvedersi nel fatto che i *permanent associates* erano visti come una sorta di modello fallimento del sistema *law firm*.

Si diveniva *partners* a seconda del volume di fatturato portato allo studio, delle ore fatturate, dei clienti procacciati per lo studio e del rapporto di fiducia che legava il singolo avvocato con il singolo cliente. Capita tuttavia che si divenisse *partner* anche nel momento in cui la *law firm* era in grado di poter sostenere tale nuovo costo. Arthur Dean, uno dei fondatori nonché partner della *Sullivan & Cromwell*,

spiegò nel corso di un'intervista che spesso si diveniva *partner* nel momento in cui aumentava la mole di lavoro all'interno dello studio, sicché alcuni avvocati venivano nominati *partner* per poter coordinare il lavoro degli altri *associates*, di talché lo stesso Arthur Dean affermò che spesso venivano nominati *partners* alcuni *associates* solo per il motivo di trovarsi al posto giusto al momento giusto anche se altri *associates* più meritevoli del titolo di *partners* erano stati precedentemente allontanati dalla *law firm* per via della citata “*up or out rule*”.

Negli anni '60 il lavoro delle *big law firms* si concentrava prevalentemente sul diritto societario, finanziario, bancario e solo per i clienti più prestigiosi ci si occupava anche di diritti reali. Il diritto di famiglia, ed in generale tutti i cd. diritti minori venivano delegati ad altri avvocati di uffici esterni. Le pratiche giudiziali occupavano un decimo del tempo del lavoro complessivo delle *law firms*, tanto che le maggiori *law firms*, addirittura, rifiutavano di accettare incarichi, salvo quando venivano coinvolte dai migliori clienti a loro citati in giudizio in qualità di convenuti.

3.2 Lo sviluppo successivo agli anni '60

Successivamente agli '60 la tradizione e il sistema delle *law firms* iniziò progressivamente a trasformarsi. Il primo motivo di trasformazione può essere ravvisato nel notevole incremento della

domanda di assistenza legale nelle pratiche relative al diritto societario.

Il mercato iniziò, inoltre a subire un notevole incremento nel campo dei diritti civili, del diritto del lavoro, della proprietà intellettuale, della contrattualistica, soprattutto a livello internazionale, *antitrust*¹⁶⁸.

Con il passare degli anni le *law firms* cominciarono ad aprire nuovi uffici sia a livello nazionale che internazionale. Tra il 1960 ed il 1985, il numero di studi legali con più di 50 avvocati aumentò quasi di dodici volte, infatti si passò da un numero approssimativo di 40 studi a 508 studi legali¹⁶⁹, nel 1985 la professione legale contribuì alla crescita dell'economia nazionale due volte tanto quello che aveva contribuito nel 1960¹⁷⁰.

La crescita esponenziale della domanda di lavoro relativa ai servizi di assistenza legale comportò notevoli trasformazioni sia sia all'interno delle società clienti delle *law firms* sia all'interno delle *law firms* stesse.

Fu in quest periodo che le società multinazionali iniziarono ad implementare i propri uffici legali interni, nella speranza che questi potessero contenere le spese per la gestione dei costi relativi ai servizi legali prestati dagli studi legali¹⁷¹.

¹⁶⁸ P. W. Bernstein, *The wall street lawyers are thriving on change*, Fortune, 13 March 1978, p. 104.

¹⁶⁹ M. Galanter T. Palay, *Tournament of lawyers, the transformation of the big law firm*, The University of Chicago Press, Chicago, 1991, 41.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 46.

¹⁷¹ A. Chayes & A. H. Chayes, *Corporate counsel and the Elite Law Firm*, Stanford Law Review, Stanford, 1985, p. 277.

I nuovi uffici legali interni riuscirono a mantenere i costi precedentemente molto elevati e riuscirono ad aumentare la concorrenza tra le singole *law firms* con le quali poterono iniziare, tra l'altro, a negoziare i costi per i servizi da queste ultime prestati.

Queste cambiamenti ebbero un notevole un impatto anche sulla struttura dei singoli studi legali. Nel momento in cui le *law firms* sentirono la pressione del mercato su di esse, queste dovettero rivalutare alcuni degli aspetti meno efficienti della professione legale.

Una delle prime modifiche necessarie affinché le stesse *law firms* potessero rimanere sul mercato fu cambiare il sistema di fatturazione. Alcuni studi legali iniziarono a fatturare i costi alle società secondo uno schema basato sulla fatturazione di ogni singola ora di lavoro prestata per il cliente, affinché quest'ultimo potesse tenere sotto controllo i costi e gli fosse del tutto trasparente il sistema di fatturazione. Prima di questa riforma il cliente non era quasi mai a conoscenza dei sistemi di fatturazione in uso tra gli avvocati i quali provvedevano a fatturare i costi al cliente secondo uno schema che si potrebbe definire a *forfait* sulla base delle tariffe stabilite dall'*American Bar Association*.

Le *law firms* che non si adeguarono spontaneamente vi si dovettero adeguarsi forzatamente nel 1975, infatti fu proprio di quell'anno la decisione della Suprema Corte che stabilì che il sistema di fatturazione secondo le tariffe stabilite dalla *Bar Association* violavano le regole base della concorrenza¹⁷². Il sistema di

¹⁷² Goldfarb vs. Va State Bar, 421 U.S. 773, 1975.

fatturazione secondo le ore di lavoro prestate per ciascun cliente divenne a partire dalla suddetta decisione il modello *standard* di fatturazione¹⁷³.

Un'altra decisione della Suprema Corte che contribuì alla trasformazione delle *law firms* fu presa nel 1977 sempre dalla Suprema Corte, la quale in questa occasione abolì la regola secondo la quale era vietato agli studi legali di farsi pubblicità al pubblico¹⁷⁴.

A partire da tale decisione iniziarono a farsi strada pubblicazioni e giornali nel settore legale, i quali a loro volta iniziarono a riportare notizie ed informazioni prima ritenute argomenti “*taboo*”, ad esempio le dimensioni delle *law firms*, gli stipendi dei neo-avvocati, la fatturazione complessiva di ogni singola *law firm*, nonché i maggiori clienti di ogni studio. Le pubblicazioni iniziarono inoltre a stilare delle vere e proprie classifiche tra i vari studi legali a seconda di numerosi parametri¹⁷⁵.

Il susseguirsi di tutte queste informazioni diede anche l'inizio ad una vera e propria concorrenza tra i singoli studi legali, che precedentemente non vi era stata. L'inizio della concorrenza tra le *law firms* fece sì che anche la professione legale subì numerosi cambiamenti.

¹⁷³ S. Turow, *The billable hours must die*, in «American Bar Association Journal», Chicago, 2007.

¹⁷⁴ Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350, 1977.

¹⁷⁵ B. A. Green, *Professional Challenges in Large Law Firm Practices*, in «Fordham Urban Law Journal», New York, 2005, p. 22.

Nel 1961 un avvocato a tempo pieno fatturava circa 1200 ore all'anno¹⁷⁶. Nel corso degli anni '80 a causa della maggiore concorrenza tra gli studi legali ad un avvocato era richiesto di fatturare circa 1800 ore all'anno¹⁷⁷, un decennio successivo ad un associate veniva richiesto di fatturare circa 2500 ore all'anno¹⁷⁸.

Il declino delle condizioni di lavoro all'interno dei singoli studi legali fece sì inoltre che la *partnership* fosse meno ambita, in conseguenza a tutto ciò le *law firms* per assumere nuovi avvocati dovettero aumentare gli stipendi per tutti gli avvocati al fine di rendere appetibile una posizione all'interno di un *mega law firm*.

Al fine di assecondare l'innalzamento degli stipendi dei giovani avvocati senza sacrificare i guadagni di ogni singolo partner le *law firms* aumentarono il numero degli *associates* e diminuirono proporzionalmente le possibilità per questi ultimi di diventare un giorno *partners* dello studio¹⁷⁹.

¹⁷⁶ In altre parole fatturava circa 25 ore a settimana, sul punto cfr. J. C. Williams & C. T. Calvert, *Solving The part-time puzzle: The law firms guide to balanced hours*, National Association for Law Placement, Washington, 2004.

¹⁷⁷ P. J. Schiltz, *On being a happy, healthy, and ethical member of an unhappy, unhealthy, and unethical profession*, in «Vanderbilt Law Review», Nashville, 1999.

¹⁷⁸ Bisogna inoltre tenere presente che sono necessarie più di 2500 ore lavorative per poter fatturare un numero di ore pari a 2500. Non tutte le ore lavorative sono infatti considerate fatturabili, sul punto risulta molto interessante uno studio condotto dalla *Law School* di Yale nel corso del 2007 che ha dimostrato che in media, considerati «i tempi morti» quali l'ipotetica pausa caffè, o le conversazioni tra colleghi ecc., ogni 4 ore lavorative vengono fatturate tre ore di lavoro al cliente, tutto ciò comporterebbe come conseguenza che per poter fatturare un numero di ore pari a 2500 un avvocato dovrebbe lavorare almeno circa 3300 ore, sul punto si veda: *Yale Law School Career Office, The truth about the billable hour*, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/CDO_Public/cdo-billable_hour.pdf. Il giudice P. J. Schiltz, op. cit., ed altri studiosi ritengono invece che il rapporto tra le ore lavorative e le ore fatturabili al cliente sia di 3 a 2. Sul punto risulta interessante un ulteriore studio condotto S. Saab Fortney, *The billable hours derby, Empirical data on the problems and pressure points*, in «Fordham Urban Law Journal», New York, 2005, dove l'autrice stima attraverso uno studio empirico condotto sul tenore di vita degli avvocati americani che lavorano all'interno delle più prestigiose *law firms*, che il 39% degli avvocati americani dormono una media di circa 6 ore per notte.

¹⁷⁹ L. Jones, *Starting Pay at top firms falls farther behind partners*, in «The National law journal», New York, 7 february 2007, <http://www.law.com/jsp/llf/PubArticleLLF.jsp?id=1170842572765>

4. Le *law firms* più prestigiose

Le *law firms* più prestigiose al mondo hanno quasi tutte la sede negli Stati Uniti, come emerge dalla seguente tabella¹⁸⁰, tracciata da un prestigioso sito internet utilizzando come indici e parametri i clienti, il fatturato, il numero degli uffici nel mondo, il numero degli avvocati associati, ed il numero dei *partners*.

1	Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom	New York	\$1,310,000,000	1,632
2	Baker & McKenzie	International	\$1,060,000,000	3,156
3	Jones Day	National	\$908,000,000	1,698
4	Latham & Watkins	National	\$906,000,000	1,393
5	Sidley Austin Brown & Wood	National	\$831,000,000	1,377
6	Mayer, Brown, Rowe & Maw	National	\$705,000,000	1,181
7	Shearman & Sterling	New York	\$700,000,000	969
8	Weil, Gotshal & Manges	New York	\$688,000,000	925
9	White & Case	International	\$675,000,000	1,463
10	McDermott, Will & Emery	National	\$628,000,000	897
11	Sullivan & Cromwell	New York	\$624,000,000	643
12	Kirkland & Ellis	Chicago	\$611,000,000	765
13	Akin Gump Strauss Hauer & Feld	National	\$575,000,000	864
14	Davis Polk & Wardwell	New York	\$570,000,000	595
15	Gibson, Dunn & Crutcher	Los Angeles	\$569,000,000	721
16	O'Melveny & Myers	Los Angeles	\$565,000,000	792
17	Morgan, Lewis & Bockius	National	\$557,500,000	1,055
18	Simpson Thacher & Bartlett	New York	\$543,500,000	626
19	Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton	New York	\$531,000,000	695

¹⁸⁰ Fonte: www.vault.com.

20	Holland & Knight	National	\$514,500,000	1,162
21	Morrison & Foerster	San Francisco	\$505,000,000	870
22	Foley & Lardner	Milwaukee	\$489,500,000	891
23	Paul, Hastings, Janofsky & Walker	National	\$488,000,000	744
24	Hogan & Hartson	Washington, D.C.	\$480,000,000	865
25	Greenberg Traurig	National	\$465,000,000	816

4.1 Le *law firms* e l'espansione globale

In questo paragrafo verranno presi in esame i cinque modelli di espansione internazionale delle *law firms*, così come descritti dalla dottrina¹⁸¹.

I primi cinque riguardano gli studi legali tradizionali. Questi modelli includono: il *charmed circle*, l'alleanza/*best friends*, il *magic circle*, l'*almost-charmed circle*, e il *not-socharmed circle*.

4.1.1. *Charmed Circle*

Il primo modello di espansione è quello del *charmed circle* delle grandi *law firms* “Yorkbased”. Queste *firms* rappresentano grandi banche d'investimento, più sofisticati clienti “e *Fortune 500*” in *high-end corporate* e contenzioso del lavoro, in particolare negli Stati Uniti, ma sempre di più in altri mercati. Le imprese *charmed circle* sentono la mancanza di copertura su larga scala ma la temono a causa di una preoccupazione che i profitti per partner possano essere diluiti con l'espansione su larga scala internazionale.

¹⁸¹ C. Silver *Local Matters: Internationalizing Strategies for U.S. Law Firms*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», Bloomington, 2007, L. Bierman & M.A Hitt, *The Globalization of Legal Practice in the Internet Age*.

L'espansione del *charmed circle* si concentra quasi esclusivamente sui mercati dei capitali e del lavoro molto molto complesso.

Gli uffici esteri delle *Firms* del *charmed circle* restano piccoli rispetto ad altri studi legali stranieri o alle *Firms* nazionali.

4.1.2 Alleanza/*best friends*

Il secondo modello è più informale, "l'alleanza/ *best friends*" è il modello di riferimento che opera attraverso una rete di *Firms*. Questo è uno metodo cosciente di non espandersi in alcuni mercati e, invece di creare alleanze con altre *Firms* in tali giurisdizioni.

La ragione dell'alleanza è che riduce i costi per le *Law Firms*, soprattutto individuali.

Non richiede la creazione di uffici all'estero, dove non ci sarà lavoro abbastanza per giustificare un tale rapporto. Gli aspetti svantaggiosi di tale sistema sono i problemi di coordinamento e gli alti costi di monitoraggio al fine di garantire un lavoro di qualità elevata, quando tale lavoro viene svolto al di fuori di una determinata *firm*.

Allo stesso modo altri problemi si manifestano nel garantire la stessa qualità del lavoro e attenzione tra le varie giurisdizioni e tra le varie *firms*. Vi è un crescente prevalenza di alleanze più formali.

La più grande rete di alleanze formali di *law firms* appartiene a *Lex Mundi*. *Lex Mundi* gode di una copertura che si espande su 99 paesi con più di 17.000 avvocati in 160 aziende con 560 membri negli

uffici. Le *firms* all'interno della rete si incontrano su base regolare per facilitare la comunicazione e il trasferimento tra clienti.

Queste alleanze formali hanno i loro limiti. Solitamente finisce sotto pressione un rapporto di alleanza quando i membri dell'alleanza stessa iniziano a competere per il lavoro con gli altri membri dell'alleanza nella stessa giurisdizione.

Allo stesso modo, una strategia di alleanza diventa importante considerando le strategie dei concorrenti. Se una *firm* infatti sceglie una strategia di alleanza, questo limita la possibilità di alleanze formali per le *firms* concorrenti.

La mancanza di un *partner* potenziale può spingere le *firms* a cercare di espandersi in tutti i mercati e tra i gruppi di pratica e a mantenere tutte le entrate di lavoro multi giurisdizionale per se stessi.

Una versione meno formale dell'alleanza è il modello *Best Friend*. La *firm* che volutamente non si espande in mercati diversi può perseguire una strategia *Best Friend* di *cross-referral* tra giurisdizioni di studi o singoli partner all'interno di questi studi. Con la possibile eccezione di Baker & McKenzie, a tutte le *law firms* manca una vera portata globale.

Data questa realtà, gli studi legali che perseguono altri modelli di espansione perseguiranno comunque il modello *Best Friend* in una certa misura. Nel corso del tempo, ripetute interazioni tra *Best Friends* aumentano la prevedibilità del rapporto di lavoro e la qualità del lavoro. Tuttavia, i costi di agenzia in genere rimangono più elevati tra i *Best Friends* che all'interno di una singola *firm*.

4.1.3 *Magic Circle*

Il terzo modello è quello del *Top* londinese delle *firms* di cui abbiamo già trattato, il cosiddetto "*Magic Circle*" che ha la capacità di avere la giurisdizione in tutto il mondo sviluppato e nei paesi del terzo mondo. Ci sono comunque dei limiti per questo *network* di tutto il mondo. Con l'eccezione di Clifford Chance, il modello *Magic Circle* manca di una significativa capacità negli Stati Uniti. L'incapacità delle *Firms* del *Magic Circle* di coprire il mercato statunitense suggerisce in modo adeguato che un sistema *one-stop-shopping* è più difficile da sostenere. Grazie alla collaborazione con *Firms US-based* in operazioni di grandi dimensioni transatlantiche, le *firms* del *Magic Circle* aprono alla concorrenza con queste stesse *firms* americane in affari successivi se questi studi statunitensi hanno uffici in mercati del *Magic Circle*.

Clifford Chance ha effettuato un'espansione nel mercato degli Stati Uniti attraverso la sua fusione con una *firm* con sede a New York, *Rogers & Wells*, ed è stata piuttosto difficile.

Alcune delle parti più redditizie di *Rogers & Wells* hanno lasciato lo studio a causa delle differenze di stile di gestione, di compensazione, e struttura. Questi problemi non sono comunque unicamente di Clifford Chance. Piuttosto, i problemi di adattamento culturale, di stile di gestione, di struttura della *firm*, e di compensazione rimangono significativi tra *firms* USA e UK.

4.1.4 *Almost-Charmed Circle*

Il quarto modello è un *Magic Circle* modificato. Queste *firms* possono essere definite "*Almost-Charmed Circle*", in quanto il loro concorso principale comprende i membri del *Charmed Circle*. Molte delle *firms* in questa categoria non sono tradizionalmente con sede a New York. In tali casi, le *Almost-Charmed Circle Firms* mancano dei legami ampi a New York e di clienti delle banche di investimento e hanno radici regionali in altre grandi città degli Stati Uniti. Queste *firms* tendono a diventare internazionali, attraverso l'espansione in altri mercati (ad esempio, *Kirkland & Ellis*, *Latham & Watkins*, *Gibson Dunn*) o *firms* di "secondo livello" di New York (ad esempio, *Shearman & Sterling*, *Milbank Tweed*).

Le *Almost-Charmed Circle Firms* hanno una presenza significativa in entrambe le città, a New York per il lavoro transazionale, e a Washington DC per il lavoro di regolamentazione.

Le *Almost-Charmed Circle Firms* sono solite praticare tariffe simili a quelle delle *Firms* del *Magic Circle*. E queste cercano di competere con il *Magic Circle* per il lavoro di alto profilo. La mancanza di un'impronta di grandi dimensioni degli uffici esteri (a causa dei timori di diluizione profitto) delle *Magic Circle* fornisce a questi studi l'opportunità di creare una rete unica all'estero. Le *Almost-Charmed Circle Firms* hanno così l'occasione di fare shopping di banche di investimento e di clienti *Fortune 500* che altrimenti potrebbero cercare una *Magic Circle Firm*.

Ciò crea opportunità strategiche e scelte in favore delle *Almost-Charmed Circle Firms*.

Queste possono inoltre disporre di una strategia un po' diversa di espansione internazionale. Cioè, queste *firms* possono avere più uffici internazionali o più personale negli uffici internazionali, per meglio distinguersi *vis-à-vis* con le *firms* del *Magic Circle* nel confronto con le economie di scala e la portata all'estero in una serie di mercati diversi.

A causa della mancanza di rapporti profondi e storici a lungo termine con la clientela

delle banche di investimento delle *Magic Circle Firms* che così forniscono l'accesso alle

Charmed Circle's a molte delle più grandi offerte e affari internazionali, la spinta ad aprire uffici più delle *Magic Circle's* è forte per affrontare la domanda e prevedere senza soluzione di continuità un servizio giuridico in tutte le giurisdizioni.

4.1.5 *Not-so-charmed Circle*

La quinta strategia internazionale può essere definita come modello *Not-so-charmed Circle* di espansione. Le *firms* al di fuori del *Magic* e *Charmed Circles* e presenti nella *Am Law 100* devono concentrarsi maggiormente sulle attività di mercato *Midcap*.

Queste *firms* tendono ad avere molti uffici negli Stati Uniti, sono inferiori per profitti

per *partner*, e i livelli di prestigio sono di nuovo inferiori a quelli delle *firms* ricordate sopra (ad esempio, Greenberg Traurig, K & L Gates, Bryan Cave, Squire Sanders, Holland & Knight). Alcune di queste *firms* possono perseguire una strategia internazionale che permette loro di offrire maggiore spazio e operatività nei vis-à-vis con altre *firms* simili.

Le *Not-so-charmed Circle Firms* cercano di ottenere una presenza internazionale in

molte città, il più possibile per superare le *firms* dominanti a livello locale per il lavoro

internazionale per i clienti *Midcap*, proprio come la loro strategia di espansione degli Stati Uniti profetizza.

5. I cambiamenti in atto all'interno delle *law firms*

Le *law firms*, pur continuando a conservare potere e prestigio, negli ultimi 20 anni hanno mutato radicalmente la loro configurazione istituzionale.

Tuttavia la trasformazione che ha investito i grandi studi associati americani non può essere imputata solo a fattori economici: di fatto, essa è il prodotto di profonde forze che ne hanno alterato, in modo irreversibile, la struttura e la cultura. Il sintomo più evidente di questi cambiamenti è dato dal netto aumento della loro dimensione¹⁸².

¹⁸² S.Brill, *The Law Business in the Year 2000*, in «The American Lawyer», Chicago, 1989, p.10.

Un altro dato nuovo, strettamente collegato al recente rapido ingrandimento degli studi, è l'aumento degli studi dotati di uffici distaccati. Nel 1960 questo fenomeno era rarissimo ed era visibile soprattutto a Washington D.C.. Nel 1980, il 24% degli studi legali americani con 50 o più avvocati aveva tre o più sedi dislocate in diverse città.

Quindi, non solo si è verificata una crescita di dimensione degli studi associati, ma anche una loro espansione geografica.

La pressione della globalizzazione oltre a portare numerosi effetti all'interno del mercato globale ha fatto sì che anche la professione legale subisse numerosi cambiamenti, infatti ad oggi i nuovi studi legali di matrice americana per essere competitivi devono conoscere anche il diritto degli altri paesi, avere sedi distaccate presso paesi stranieri ed offrire servizi legali di tipo globale a mero titolo esemplificativo esperti di *merger&acquisitions, international dispute resolution, contracts*¹⁸³.

Molte delle *law firms* americane sono entrate nei mercati di altre nazioni mediante l'apertura *ex novo* di uffici legali o mediante la fusione o l'incorporamento con altri studi legali del luogo oppure stringendo vere e proprie alleanze o *partnership* con gli studi del luogo dove si stavano espandendo. Molte delle *law firms* hanno utilizzato entrambi i metodi menzionati¹⁸⁴.

¹⁸³ S. Williams D. Nersessian, *Overview of the professional services industry and the legal profession*, in «Harvard Law Review», 2007, p. 10.

¹⁸⁴ S. Neilson-Moore, *Law firms networks: going global*, in «Legal Week», London, 31 may 2007.

Oltre a poter mantenere e rafforzare i rapporti con i clienti più prestigiosi, con l'apertura di nuovi uffici all'estero i profitti delle singole *law firms* americane sono stati via via sempre più cospicui.

Per fare solo un esempio l'ufficio di Francoforte della *White & Case* (*law firm* di New York) fu la sede della *law firm* in questione che fatturò di più¹⁸⁵.

La *law firm* americane hanno inoltre iniziato a sperimentare un nuovo sistema per poter offrire servizi di tipo legale in altri paesi del mondo, si tratta in particolare di un vero e proprio *outsourcing* per quanto concerne i servizi legali. Tutto ciò è avvenuto e sta avvenendo con l'India, infatti ad oggi si contano circa 1.300 professionisti indiani che si occupano *in loco* dei servizi legali all'interno del proprio paese in nome e per conto degli studi legali americani¹⁸⁶.

Questo nuovo modo di lavorare nel 2005 ha portato per le *law firms* americane che hanno affidato in *outsourcing* alcuni servizi legali a studi esteri a fatturare circa \$ 56 milioni.

Alcuni studi legali americani però delegano ed affidano in *outsourcing* agli studi esteri solo certi tipi di lavori meno importanti, quali a mero titolo esemplificativo alcune ricerche *in loco* e la revisione di alcuni documenti già predisposti dalla *law firm*. Vi sono invece alcuni studi legali che affidano vere e proprie pratiche di notevole importanza come ad esempio le trattative per giungere ad una

¹⁸⁵ F. Heintz *Behind the numbers: noteworthy trends and newsmaking firms in the years Am Law 100*, in *The American Lawyer*, may 2007.

¹⁸⁶ M. Raj, *United States legal industry and legal process outsourcing to India*, in «*Indiana Journal of Global Legal Studies*», Bloomington, 2009.

transazione nel caso di giudizio oppure tutte le procedure per il riconoscimento di un brevetto industriale.

Possiamo, però, osservare, che la “colonizzazione” delle *law firms* in questi ultimi anni ha cominciato a rallentare. Dal 2000 in poi, non sono stati inaugurati in serie, come in passato, molti nuovi uffici, presumibilmente per due ordini di motivi. La prima ragione può sicuramente essere che le *law firms* hanno ormai “colonizzato” tutte le capitali finanziarie nel mondo e, di conseguenza, si presenta sempre più raramente la necessità di aprire una nuova sede di anno in anno. Il secondo motivo può essere individuato in una situazione di crisi finanziaria generalizzata, sfociata in una vera propria crisi economica senza precedenti nell’ultimo anno, e che sta colpendo tutti i settori comportando, di conseguenza, entrate minori e minori possibilità di investimenti.

Un altro elemento caratterizzante le *law firms* degli ultimi anni è stato il progressivo allentamento del legame che unisce il singolo avvocato allo studio legale in cui opera.

Leslie Corwin, studioso degli statuti delle *law firms*, ha definito i nostri anni come quelli della mobilità degli avvocati¹⁸⁷.

Mentre in passato accadeva di frequente che un avvocato lavorasse per tutta la sua vita professionale nel medesimo studio e solo in casi eccezionali lo lasciasse (soprattutto quando non ne diventava socio e allora cercava di inserirsi in uno studio di più piccole

¹⁸⁷ L. D. Corwin, *Response to loyalty in the firm: a Statement of general principles on the duties of partners withdrawing from law firms*, in «Washington & Lee Law Review», Lexington, 1998, p. 1096.

dimensioni o nell'ufficio legale di un'azienda), oggi si verifica piuttosto il fenomeno contrario. Da una recente indagine è risultato che circa un quarto dei 500 più grandi studi legali americani ammette che più della metà dei nuovi soci provengono da altri studi. Secondo un sondaggio compiuto dal New York Law Journal, in ben 23 *law firms* tra le 30 più grandi a New York, il 24% dei soci sono avvocati che in precedenza hanno esercitato presso altri studi.

Un altro segnale di questa crescente mobilità deriva dall'aumento negli ultimi anni del numero di grandi e medi studi legali che si sono scissi o fusi con altri.

La lealtà e l'immobilità che caratterizzavano il mondo delle *law firms* sono decisamente scomparse. Oggi gli avvocati cambiano studi legali con una naturalezza che, fino a pochi anni fa, non si sarebbe potuta neanche immaginare.

Qualcosa di simile è accaduto nel mercato del lavoro degli avvocati, in cui le *law firms* rivestono il ruolo di compratori. Indicatore di questo fenomeno è il rapido aumento del numero di *head hunter firms*, la cui funzione precipua è quella di aiutare gli studi legali ad individuare presso altri studi e ad assumere avvocati rispondenti alle loro esigenze. In pochi anni le aziende che offrono tale servizio sono giunte a oltre 200.

Risulta significativo il cambiamento per ciò che concerne l'ampia gamma di informazioni riguardante l'aspetto economico degli studi legali, che, prima segrete, sono ora di dominio pubblico. La disponibilità di queste informazioni rende più facile per gli studi

compararsi tra loro e rafforza la tendenza a competere apertamente per aumentare il numero dei propri clienti. Allo stesso tempo, fornisce ai singoli avvocati una più solida base per valutare le opportunità all'interno dei vari studi legali e contrattare per l'ottenimento di ulteriori benefici. Questa tendenza è stata consolidata anche dall'uso, tra le riviste di settore, di pubblicare dati e statistiche; spesso, poi, sono anche le stesse *law firms* a divulgare dati e statistiche pubblicando il tutto all'interno dei propri siti internet.

Un ultimo aspetto da sottolineare riguarda l'aumento delle ore di lavoro per gli avvocati che esercitano negli studi associati, aumento registrato da diverse indagini, soprattutto nelle grandi città su tutte New York¹⁸⁸.

Le cause di questo fenomeno non sono ancora del tutto chiare. In primis è da tenere presente il cambiamento della natura dei problemi affrontati dagli studi legali: questioni giuridiche ripetitive e di ordinaria amministrazione hanno lasciato il posto a questioni di straordinario impatto e urgenza. L'introduzione dei computer e della tecnologia ha ridotto i ritardi nella revisione dei documenti e ha reso possibile una risposta in tempo reale a molte richieste del cliente, così come la decisione, presa da numerosi studi associati, di fornire un'assistenza legale 24 ore su 24. Stupisce che l'aumento di ore lavorative non sia stato seguito da un aumento retributivo; anzi, nella maggior parte dei casi, si è verificato il contrario, per cui, a parità di ore, si percepisce un salario inferiore rispetto al passato.

¹⁸⁸ R.Jensen, *Partners Work Harder to Stay Even*, in «National Law Journal», Washington, 10 Agosto 1987, pag. 12

6. I contratti «chiavi in mano»

I contratti che comunemente prendono il nome di «chiavi in mano», o di «*turn-key contracts*»¹⁸⁹, rappresentano uno sviluppo della vendita di impianti verso forme sempre più complesse, caratterizzate dall'assunzione - da parte del venditore - di un impegno che si potrebbe definire come «globale», in quanto una parte si impegna nei confronti dell'altra a fornire tutte le prestazioni necessarie affinché un'opera sia ultimata e pronta per l'uso, rilasciando la relativa garanzia di funzionamento. All'interno di questa tipologia di contratto si rilevano una serie di ipotesi, tra cui in particolare:

- il contratto avente per oggetto la realizzazione di una fabbrica, comprensiva delle opere civili (edificio, allacciamenti, ecc.) e dei macchinari;

- il contratto relativo alla fornitura di un impianto funzionante, da inserire all'interno di una struttura già esistente;

- il contratto relativo alla fornitura di un impianto e per il quale si garantisce oltre al funzionamento dell'impianto stesso anche l'effettiva produzione (e quindi l'addestramento del personale, ecc.), detto anche «prodotto in mano».

L'inquadramento più corretto per il giurista italiano di tale tipologia di contratti sembrerebbe essere il contratto di appalto;

¹⁸⁹ J. A. Boon, R. Goffin, *Les contracts «clé en main»*, Masson, Paris, 1981; P. Jousset, *Der Industrieanlagenvertrag*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1981; I. Dünnweber, *Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalem Wirtschaftsverkehr*, De Gruyter, Berlin, New York, 1984; UNCITRAL, *Legal guide on the drawing up international contracts for the construction of industrial works*, New York, 1988.

tuttavia, mentre per i contratti che implicano la costruzione complessiva della fabbrica¹⁹⁰, il ricorso allo schema tipico dell'appalto sembrerebbe essere abbastanza diffuso, per i contratti relativi alla fornitura di un impianto funzionante da inserire in una struttura esistente, si preferisce di solito ricorrere ad uno schema contrattuale più complesso, il tutto affiancando ad un contratto di compravendita di macchinari, gli obblighi accessori di prestazioni di servizi (progettazione, montaggio, addestramento del personale), il tutto certificato da una garanzia globale di funzionamento.

Lo schema tipicamente utilizzato prevede che, successivamente al pagamento di un acconto (pari a circa il 15% del prezzo totale pattuito) si proceda alla messa a punto del progetto dettagliato dell'impianto anche in relazione alle caratteristiche del luogo in cui esso dovrà inserirsi.

Successivamente, il macchinario verrà spedito all'acquirente con contestuale pagamento della parte restante di quanto pattuito¹⁹¹. Una volta giunto nel Paese di destinazione, il macchinario verrà preso in consegna dall'acquirente (e, se del caso, trasportato a suo rischio e spese dal porto di arrivo al luogo in cui il macchinario dovrà essere installato). Una volta accertato che il macchinario è giunto indenne sul luogo di installazione e che il compratore ha preparato quanto necessario per poterlo montare (predisposizione degli allacciamenti, disponibilità di attrezzature, personale di montaggio ecc.), inizierà la

¹⁹⁰ Con responsabilità del cantiere a carico dell'appaltatore.

¹⁹¹ Prevedendo modalità (ad esempio credito documentario) che consentano al venditore di entrare in possesso del prezzo con la consegna alla banca del documento di spedizione. È inoltre prevista l'apertura, in tale occasione, di una *performance guarantee*, solitamente intorno al 10% del prezzo totale.

fase di montaggio, solitamente a carico del compratore stesso, ma sotto la supervisione del personale inviato dal venditore. Una volta completata la fase del montaggio si passerà alle prove di funzionamento (il cd. *commissioning*) ed al collaudo finale (*performance test*) per accertare che l'impianto raggiunga le prestazioni garantite contrattualmente. In caso di risultati inferiori a quanto pattuito sarà di regola prevista una riduzione del prezzo e, in casi estremi, anche la risoluzione del contratto¹⁹². Infine, l'impianto sarà preso in carico (*taking over*) dell'impianto da parte del compratore data da cui, solitamente, inizierà a decorrere un periodo di garanzia.

È inoltre molto frequente il contemporaneo trasferimento di *know-how* di produzione, attraverso la messa a disposizione di documentazione tecnica relativo all'uso dell'impianto e l'addestramento del personale locale, sia presso la sede del venditore, sia presso il luogo in cui è stato installato l'impianto stesso.

7. I contratti di *joint venture*

Il termine *joint ventures*, coniato negli Stati Uniti nel secondo dopoguerra ed affermatosi successivamente a livello universale soprattutto nel campo del diritto commerciale internazionale e del diritto *antitrust*, costituisce un ottimo esempio di istituto giuridico

¹⁹² Questa situazione, sebbene difficilmente verificabile nella pratica - in quanto una soluzione di questo tipo danneggerebbe ambedue le parti - non si può mai escludere a priori. Né si può escludere contrattualmente ogni possibilità di risoluzione del contratto, essendo evidente che ove effettivamente l'impianto presentasse difetti inaccettabili, non si potrebbe ragionevolmente pretendere dal compratore che costui l'accetti, sebbene con una riduzione del prezzo.

“circolante” da un ordinamento giuridico ad un altro¹⁹³. Il termine in esame è venuto ad assumere due significati sostanzialmente differenti¹⁹⁴; da una lato la *joint venture* occasionale per la realizzazione di un’opera determinata (*joint venture* strumentale) e dall’altro la società controllata in comune, destinata all’esercizio di un’attività produttiva di beni o servizi tendenzialmente illimitata nel tempo (*joint venture* operativa)¹⁹⁵.

Sovente l’esecuzione di un’opera all’estero richiede la partecipazione di più imprese, dello stesso Paese o di Paesi diversi. Il caso più comune è quello in cui l’opera richiede la collaborazione di imprese aventi diverse specializzazione (ad esempio quando si tratti di costruire uno stabilimento complesso, che implichino la realizzazione di opere civili, la fornitura ed il montaggio di macchinari di diversi tipi, ecc.); può però anche verificarsi il caso in cui la suddivisione dell’opera tra più imprese è dovuta a motivi finanziari ed organizzativi (quando nessuna di esse sia in grado singolarmente di assumere gli impegni necessari).

Uno degli elementi caratteristici di tale contratto consiste, per le imprese partecipanti, nel perseguimento di uno specifico affare o di un interesse comune in un arco temporale determinato. In estrema sintesi

¹⁹³ Su tale aspetto si rinvia alle osservazioni di F. Galgano, *La giurisprudenza nella società postindustriale*, in «Contratto e impresa», 1989, p. 361.

¹⁹⁴ Almeno per quanto concerne i giuristi. Di diverso avviso sono invece gli economisti per i quali sembra consolidato il significato di impresa giuridicamente autonoma, controllata congiuntamente dai *partners*, si veda sul punto: G. Balcet, *Crisi della competitività degli Stati Uniti, sistema multinazionale e investimenti esteri diretti*, in «Economia e politica industriale», Milano, 1988.

¹⁹⁵ Per maggiori dettagli sulla distinzione tra *joint ventures* strumentali ed operative, si veda: D. Corapi, P. Serravalle, *Le joint venture nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, in «Diritto Commerciale Internazionale», Milano, 1988.

si tratta di un'alleanza strategica tra imprese, al fine di condividere costi e rischi connessi ad un obiettivo strategico comune.

La *contractual joint venture* è una sorta un'associazione temporanea di imprese, fondata su un contratto transnazionale con comunione di scopo. È il caso dell'esecuzione in comune di un'opera complessa a favore di un terzo: ciascun partecipante alla *joint venture* si impegna a realizzare una parte dell'opera verso un corrispettivo pre-determinato. In questo caso le imprese mettono in comune le proprie capacità operative, assumendosi obblighi e responsabilità *pro quota* e suddividendo, allo stesso modo, il rischio dell'attività.

Il contenuto caratteristico di tale tipo di contratto prevede l'indicazione della finalità della *contractual joint venture*; l'organizzazione delle attività di ciascuna impresa partecipante cui si aggiunge un mandato all'impresa capofila per gestire i rapporti con il committente, il regime di responsabilità, la costituzione di un fondo comune per lo svolgimento del progetto; la partecipazione ai risultati, nonché l'accordo arbitrale in caso di controversie.

Nel caso della corporale *joint venture* o società mista (o ancora *joint subsidiary, filiale comune*), invece l'accordo dei partecipanti riguarda la costituzione di una società avente personalità giuridica dotata di oggetto sociale ben delimitato e, spesso, a tempo determinato.

8. I contratti OEM (*original equipment manufacturer*)

Il contratto OEM prevede la fabbricazione e la fornitura di

prodotti industriali che vengono venduti dal loro produttore ad un altro imprenditore, il quale provvede ad immetterli nel mercato come propri, previa apposizione del proprio marchio. Nel caso dei contratti “OEM”, il marchio apposto sui prodotti non è quello dell’effettivo fabbricante, bensì quello di chi ha commissionato i prodotti e che si presenta al pubblico come costruttore.

In questo caso, quindi, i prodotti non sono commercializzati dal fabbricante (nemmeno tramite l’eventuale interposizione di intermediari commerciali quali i distributori, gli agenti, gli affiliati o franchisees, etc), ma dal “committente” che ne ha “ordinato” la produzione.

Di regola i prodotti oggetto del contratto OEM sono concepiti e progettati dal venditore e l’acquirente deve provvedere esclusivamente ad inserire tali prodotti nella propria gamma di prodotti per poi immetterli nel mercato come propri.

Questa tipologia contrattuale ha in comune con la subfornitura la funzione di rispondere ad un’esigenza di decentramento produttivo, avendo l’acquirente scelto che è più conveniente acquistare che fabbricare¹⁹⁶, analogamente a quanto fa quando decentra la fabbricazione di un componente.

I contratti OEM si differenziano dalla subfornitura in senso stretto per il fatto che si tratta di un prodotto finito ma che viene solitamente venduto contemporaneamente dallo stesso fabbricante (con il proprio marchio) in concorrenza con l’acquirente. Come

¹⁹⁶ P. Carra, *Modello di contratto commentato di contratto di fornitura OEM*, Ipsoa Informatica, Milano, 1988.

conseguenza discende una maggiore criticità degli aspetti relativi al rapporto concorrenziale tra fornitore ed acquirente, essendo essenziale per il venditore proteggere il proprio mercato imponendo al compratore di vendere i prodotti esclusivamente nel contesto della propria gamma e non separatamente¹⁹⁷ e limitando i territori di vendita.

Una differente ipotesi è, invece, quella dei produttori specializzati nella fornitura OEM, i quali riforniscono più produttori che sono concorrenti di prodotti sostanzialmente uguali, ma differenziati – nei limiti del possibile – nell'apparenza esterna (colore, marchio, carrozzeria, ecc.). In questo secondo caso il venditore non ha il problema di proteggere il proprio mercato, ma quello di permettere ai propri acquirenti di realizzare una sufficiente differenziazione tra i prodotti immessi in commercio da ciascuno di essi.

Ulteriore caratteristica dei contratti OEM riguarda la fase di assistenza post-vendita: infatti, trattandosi di prodotti che l'acquirente vende come se fossero di produzione propria, egli deve essere messo in grado di svolgere anche l'attività di assistenza del prodotto venduto come se fosse proprio. Nasce da qui la previsione dell'addestramento del personale e la fornitura di pezzi di ricambio; in estrema sintesi la messa a disposizione di tutto quanto necessario affinché l'acquirente sia in grado di dare ai propri clienti il medesimo servizio post-vendita che fornisce per i prodotti di propria fabbricazione.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 39.

Infine, onde garantire all'acquirente la certezza di poter disporre del prodotto (che viene inserito nella gamma presentata sul mercato) per un periodo relativamente lungo, si prevede talvolta un diritto dell'acquirente di produrlo su licenza, ove il venditore cessi le vendite per cause non imputabili al compratore stesso.

9. I contenuti “tipici” dei contratti di *lex mercatoria*

Prima di procedere all'esame specifico delle clausole di forza maggiore inserite all'interno dei contratti in concreto analizzati, occorre procedere alla seconda premessa di carattere generale, descrivendo le clausole solitamente rinvenibili all'interno dei contratti oggetto di analisi.

9.1 La clausola di forza maggiore

Nei contratti internazionali e non, che non si esauriscono in tempi ristretti, come ad esempio i contratti di licenza o di assistenza tecnica, o più in generale nei contratti che richiedano una lunga preparazione o un'esecuzione che si protragga nel tempo, come ad esempio la vendita di impianti non *standard*, vendita con montaggio e collaudo presso il compratore, è frequente inserire una clausola di forza maggiore¹⁹⁸ in base alla quale, la parte che ne subisce gli effetti può sospendere

¹⁹⁸ Per maggiori dettagli sulle clausole di forza maggiore si vedano: F. Bortolotti, *Le clausole di forza maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla “ICC Force Majeure Clauses 2003*, in «Diritto commerciale internazionale», 2004, p. 3; U. Draetta, *Les clauses de Force Majeure et de Hardship dans les contrats internationaux*, in «Revue de droit des affaires internationales», 1996, p. 547; A.H. Puelinckx, *Frustration, Hardship, Force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed circumstances*, in «Journal of International Arbitration», 1986, p. 47; D. Rivkin, *Lex Mercatoria and Force Majeure*, in «Transnational Rules and International Commercial Arbitration» 1993;

l'esecuzione del contratto o – se la forza maggiore perdura – risolverlo, senza alcuna responsabilità nei confronti della controparte.

Clausole di questo tipo costituiscono espressione di un principio largamente riconosciuto nelle varie leggi nazionali, secondo cui quando la prestazione di una parte diventa impossibile o talmente onerosa da risultare di fatto insostenibile, quest'ultima si considera liberata dalle proprie obbligazioni¹⁹⁹.

Occorre tuttavia tenere presente che la portata concreta di tale principio può differenziarsi notevolmente da una legislazione all'altra. Così accanto alla classica nozione di forza maggiore facente capo all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, nei sistemi di *common law*, si è soliti parlare di *frustration*²⁰⁰, che si presenta quando, in seguito ad eventi sopravvenuti, l'obbligo di una parte sia diventato radicalmente diverso da quanto pattuito nel contratto²⁰¹ e che tende ad essere applicata in maniera piuttosto restrittiva rispetto all'istituto corrispondente nel sistema di *civil law*.

9.1.1 La clausola di forza maggiore della CCI

¹⁹⁹ Nel nostro ordinamento l'art. 1256, 1° comma, cod. civ. per cui l'obbligazione di estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.

²⁰⁰ Cui si aggiunge, per gli Stati Uniti, la nozione di «*impracticability*» contenuta nello *Uniform Commercial Code* secondo cui: «*delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller [...] is noyt a beach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of wich was a basic assumption on wich the contract was made or by compliance in good faith with any foreign or domestic governmental regulation or order wbetber or not it later proves to be invalid*».

²⁰¹ Sul punto si veda la definizione data da Lord Radcliffe nel caso *Davis Contractors LTD c. Fareham*, UDC 1956, in «AC 675», p.729, «... *frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in wich performance is called for would render it a thing radically different from that wich was undertaken by the contracts*».

Per venire incontro all'esigenza degli operatori economici di disporre di una clausola modello alla quale fare riferimento, la Camera di Commercio Internazionale aveva predisposto nel 1985 una clausola *standard* di forza maggiore²⁰², che poteva essere richiamata nel

²⁰² La presente clausola è strutturata in nove commi.

"Clausola di forza maggiore (di esonero) della CCI

Motivi di esonero della responsabilità

1. *una parte non è responsabile della mancata esecuzione di uno qualsiasi dei suoi obblighi, nella misura in cui essa provi:*

- *che tale esecuzione è dovuta ad un impedimento indipendente dalla sua volontà;*
- *che essa non poteva ragionevolmente essere tenuta a prevedere, al momento della conclusione del contratto, tale impedimento ed i suoi effetti sulla sua attitudine ad eseguire il contratto;*
- *che essa non avrebbe potuto ragionevolmente evitare o superare tale impedimento o almeno i suoi effetti.*

2. *Un impedimento ai sensi del precedente paragrafo 1 può essere causato da eventi come quelli elencati qui di seguito, essendo inteso che tale enumerazione non ha carattere limitativo:*

- a. *guerra, dichiarata o non, guerra civile, sommosse o rivoluzioni, atti di pirateria, sabotaggi;*
- b. *cataclismi naturali, quali tempeste, cicloni, terremoti, mareggiate, inondazioni, distruzioni provocate da fulmini;*
- c. *esplosioni incendi, distruzioni di macchinari, di fabbriche o di impianti di ogni tipo;*
- d. *boicottaggi, scioperi e serrate di qualsiasi genere, rallentamenti del lavoro occupazioni di fabbriche e di locali, interruzioni del lavoro che si verificano nelle imprese della parte che chiede l'esonero della responsabilità;*
- e. *atti dell'autorità, legittimi o meno, fatta eccezioni per quelli di cui una parte assume il rischio in virtù di altre clausole del contratto, e fatti salvi gli altri casi menzionati nel successivo paragrafo 3.*

3. *Ai fini dell'applicazione del paragrafo 1 del presente articolo, ed in assenza di pattuizioni in contrario del contratto, gli impedimenti non comprendono l'assenza di autorizzazioni, licenze, visti d'ingresso o autorizzazioni di soggiorno, o autorizzazioni necessarie per l'esecuzione del contratto, quando questi debbano essere accordati ad una qualsiasi autorità pubblica del paese della parte che richiede l'esonero di responsabilità.*

Obbligo di notifica

4. *La parte che richiede l'esonero dalla responsabilità è tenuta a comunicare alla controparte, appena possibile, e subito dopo essere venuta a conoscenza dell'impedimento e dei suoi effetti sulla sua attitudine ad eseguire i suoi obblighi, l'esistenza di tale impedimento, nonché gli effetti dello stesso sulla sua attitudine a far fronte ai propri impegni. Un'analogia comunicazione dovrà essere data non appena venga meno il motivo di esonero dalla responsabilità*

5. *La causa di esonero dalla responsabilità prende effetto a partire dal momento in cui si verifica l'impedimento o, se esso non è stato comunicato in tempo utile, a partire dal momento in cui è data la comunicazione. La mancata comunicazione ha l'effetto di rendere la parte in difetto responsabile di quei danni che avrebbero potuto essere altrimenti evitati.*

Effetti dei motivi di esonero di responsabilità

6. *Una causa di esonero dalla responsabilità ai sensi del presente articolo esime la parte inadempiente dal pagamento dei danni, penalità ed altre sanzioni contrattuali, ad eccezione degli interessi sulle somme dovute, fino a quando e nella misura in cui tale causa di esonero esista.*

7. *Inoltre essa sospende i termini di esecuzione per un periodo ragionevole, escludendo nel contempo l'eventuale diritto della controparte di risolvere o annullare il contratto. Nel determinare quale possa essere considerato un periodo ragionevole, si terrà conto dell'attitudine della parte inadempiente a riprendere l'esecuzione e l'interesse della controparte a riceverla, nonostante il ritardo. In attesa dell'esecuzione della parte inadempiente, l'altra parte può sospendere l'esecuzione delle proprie prestazioni.*

8. *Se le cause di esenzione continuano a sussistere oltre il periodo dalle parti [tale periodo va specificato qui dalle parti] o, in assenza di una simile pattuizione, oltre un periodo ragionevole, ciascuna parte avrà il diritto di risolvere il contratto mediante notifica all'altra.*

contratto attraverso un semplice rinvio alla «clausola di forza maggiore della CCI», analogamente a quanto avviene per gli INCOTERMS²⁰³.

La clausola in questione è stata rivista e modificata nel 2003 e ad oggi prende il nome di «*force majeure clause 2003*» e prevede espressamente che:

“Salvo che sia stato convenuto altrimenti nel contratto, espressamente od implicitamente, ove una parte non dia esecuzione ad una o più delle sue obbligazioni contrattuali, si produrranno le conseguenze previste nei paragrafi da 4 a 9 della presente Clausola se nella misura in cui tale parte provi:

a. che la mancata esecuzione è dovuta ad un impedimento fuori dal suo ragionevole controllo e;

b. che essa non poteva ragionevolmente essere tenuta a prendere in considerazione, al momento della conclusione del contratto, il verificarsi di tale impedimento; e

c. che essa non avrebbe potuto ragionevolmente evitare o superare gli effetti di tale impedimento.

2. ove una parte contraente non esegua una o più delle sue obbligazioni contrattuali a causa dell'inadempimento del terzo incaricato dalla parte di eseguire in tutto o in parte il contratto, le conseguenze previste nei paragrafi da 4 a 9 della presente Clausola si applicheranno nei confronti della parte contraente unicamente

a. se e nella misura in cui la parte contraente provi l'esistenza dei requisiti previsti al paragrafo 1. Della presente Clausola;

b. se nella misura in cui la parte contraente provi che gli stessi requisiti si applicano al terzo

3. In assenza di prova contraria e salvo diverso accordo contrattuale, espresso o implicito, si presume che la parte che invoca 'applicazione della

9. Ciascuna parte può trattenere ciò che ha ottenuto dall'esecuzione del contratto prima che questo abbia avuto termine. Ciascuna parte dovrà rendere conto all'altra di qualsiasi arricchimento senza causa risultante da tale esecuzione. Il pagamento del saldo finale dovrà effettuarsi senza ritardo.

Clausola tipo di forza maggiore CCI

Le parti che desiderino inserire la presente clausola nei loro contratti attraverso un richiamo sono invitate a utilizzare la seguente formula.

“la clausola di forza maggiore (di esonero) della Camera di Commercio Internazionale (pubblicazione CCI n. 421) costituisce parte integrante del presente contratto”.

²⁰³ Incoterms, contrazione di *international commerce terms* è la serie di termini utilizzati nel campo delle importazioni ed esportazioni, valida in tutto il mondo, che definisce in maniera univoca e senza possibilità di errore ogni diritto e dovere competente, nonché l'allocazione della responsabilità, ai vari soggetti coinvolti in una operazione di trasferimento di beni da un Paese ad un altro.

presente clausola abbia provato l'esistenza delle condizioni descritte paragrafi 1 a e b della presente Clausola, in presenza di uno o più dei seguenti impedimenti:

a. guerra (dichiarata o meno), conflitto armato o seria minaccia dello stesso (come in particolare attacco ostile, assedio, embargo militare), ostilità, invasione atto di un nemico straniero estesa mobilitazione militare;

b. guerra civile, sommossa, ribellione, rivoluzione, forza militare usurpazione di potere, insurrezione, tumulti o disordine civile, atti di violenza della folla, atti di disobbedienza civile;

c. atto di terrorismo, sabotaggio o pirateria;

d. atti dell'autorità, legittimi o illegittimi, osservanza di leggi o ordini governativi, norme, regolamenti o direttive, coprifuoco, espropriazione, acquisto forzoso, confisca di beni, requisizione, nazionalizzazione;

e. calamità, peste, epidemia, catastrofi naturali quali, in particolare, tempesta violenta, ciclone, tifone, uragano , tornado, terremoto, eruzione vulcanica, frana, onde di marea, tsunami, inondazione, danneggiamento o distruzione causata da fulmini, siccità;

f. esplosione, incendio, distruzione di macchinari, equipaggiamenti, fabbriche e di qualsiasi tipo di installazione, interruzione prolungata dei trasporti, telecomunicazioni o corrente elettrica;

g. conflitti sociali generalizzati, quali in particolare, sciopero e serrata, sciopero bianco, occupazione di fabbriche e locali.

4. Salvo quanto stabilito nel paragrafo 6 la parte che invochi con successo la presente clausola è esonerata dall'obbligo di adempiere alle sue obbligazione contrattuali, a partire dal momento in cui si verifica l'impedimento che inibisca l'adempimento , purché ne venga data notizia all'altra parte senza ritardo o, in mancanza di comunicazione tempestiva, dal momento in cui la comunicazione perviene all'altra parte.

5. La parte che invochi con successo la presente Clausola è esonerata, salvo quanto stabilito al paragrafo 6, da qualsiasi responsabilità per danni o altra rimedio contrattuale per inadempimento contrattuale a partire dal momento indicato al paragrafo 4.

6. Ove l'effetto dell'impedimento o dell'evento invocato sia temporaneo, le conseguenza di cui ai paragrafi 4 e 5 si produrranno solo nella misura in cui e fino a quando l'impedimento o l'evento invocati inibiscono l'adempimento degli obblighi contrattuali della parte che invoca la Clausola. Nei casi in cui il presente paragrafo sia applicabile, la parte che invoca la clausola ha l'obbligo di informare l'altra parte non appena l'impedimento o l'evento elencato cessino di inibire l'adempimento delle sue obbligazioni contrattuali.

7. La parte che invochi la presente clausola ha l'obbligo di adottare tutte le misure ragionevoli per limitare gli effetti dell'impedimento o dell'evento invocato sull'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali.

8. Qualora la durata dell'impedimento invocato in base al paragrafo 1 della presente Clausola, o dell'evento invocato in base al paragrafo 3 della presente Clausola , abbia l'effetto di privare in maniera sostanziale una o

entrambe le parti contraenti in quanto esse potevano ragionevolmente attendersi in base al contratto ciascuna parte avrà il diritto di risolvere il contratto dandone comunicazione all'altra parte entro un ragionevole periodo di tempo.

9. In caso di applicazione del paragrafo 8, e ove una delle due parti abbia tratto un beneficio dall'esecuzione del contratto prima della sua risoluzione la stessa sarà tenuta ad indennizzare l'altra parte corrispondendole una somma pari al valore di tale beneficio”²⁰⁴.

²⁰⁴ Si riporta di seguito il testo della clausola in nella sua versione in originale in inglese: “Unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, where a party to a contract fails to perform one or more of its contractual duties, the consequences set out in paragraphs 4 to 9 of this Clause will follow if and to the extent that that party proves:

- a. *that its failure to perform was caused by an impediment beyond its reasonable control; and*
- b. *that it could not reasonably have been expected to have taken the occurrence of the impediment into account at the time of the conclusion of the contract; and*
- c. *that it could not reasonably have avoided or overcome the effects of the impediment.*

[2] *Where a contracting party fails to perform one or more of its contractual duties because of default by a third party whom it has engaged to perform the whole or part of the contract, the consequences set out in paragraphs 4 to 9 of this Clause will only apply to the contracting party:*

- a. *if and to the extent that the contracting party establishes the requirements set out in paragraph 1 of this Clause; and*
- b. *if and to the extent that the contracting party proves that the same requirements apply to the third party.*

[3] *In the absence of proof to the contrary and unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, a party invoking this Clause shall be presumed to have established the conditions described in paragraph 1 [a] and [b] of this Clause in case of the occurrence of one or more of the following impediments:*

- a. *war (whether declared or not), armed conflict or the serious threat of same (including but not limited to hostile attack, blockade; military embargo), hostilities, invasion, act of a foreign enemy, extensive military mobilisation;*
- b. *civil war, riot rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, civil commotion or disorder, mob violence, act of civil disobedience;*
- c. *act of terrorism, sabotage or piracy;*
- d. *act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure of works, requisition, nationalisation;*
- e. *act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought;*
- f. *explosion, fire, destruction of machines, equipment, factories and of any kind of installation, prolonged break-down of transport, telecommunication or electric current;*
- g. *general labour disturbance such as but not limited to boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.*

[4] *A party successfully invoking this Clause is, subject to paragraph 6 below, relieved from its duty to perform its obligations under the contract from the time at which the impediment causes the failure to perform if notice thereof is given without delay or, if notice thereof is not given without delay, from the time at which notice thereof reaches the other party.*

[5] *A party successfully invoking this Clause is, subject to paragraph 6 below, relieved from any liability in damages or any other contractual remedy for breach of contract from the time indicated in paragraph 4.*

[6] *Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the consequences set out under paragraphs 4 and 5 above shall apply only insofar, to the extent that and as long as the impediment or the listed event invoked impedes performance by the party invoking this Clause of its contractual duties. Where this paragraph applies, the party invoking this Clause is under an obligation to notify the other party as soon as the impediment or listed event ceases to impede performance of its contractual duties.*

I primi tre commi delimitano la nozione di forza maggiore, elencando una serie di situazioni che si presumo, fino a prova contraria, costituire eventi di forza maggiore.

In base alla definizione di carattere generale della clausola CCI, si ha forza maggiore nel momento in cui la parte interessata provi che:

- la mancata esecuzione è stata causata da un ostacolo fuori dalla portata del proprio controllo;
- essa non poteva essere ragionevolmente tenuta a prendere in considerazione tale evento;
- essa non avrebbe ragionevolmente potuto evitare gli effetti dell'evento tanto imprevedibile quanto fuori dal proprio controllo.

Da una prima lettura della clausola in questione, si può notare come l'interpretazione data alla stessa debba considerarsi quantomeno elastica, partendo dal presupposto che la stessa clausola ricorre più volte al principio ed al criterio della "ragionevolezza". Come già attentamente notato da una parte della dottrina, tale impostazione tenderebbe a rendere meno marcate le differenze che vi dovrebbero essere tra la presente clausola dalla clausola di *hardship* o di eccessiva onerosità²⁰⁵.

[7] *A party invoking this Clause is under an obligation to take all reasonable means to limit the effect of the impediment or event invoked upon performance of its contractual duties.*

[8] *Where the duration of the impediment invoked under paragraph 1 of this Clause or of the listed event invoked under paragraph 3 of this Clause has the effect of substantially depriving either or both of the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract, either party has the right to terminate the contract by notification within a reasonable period to the other party.*

[9] *Where paragraph 8 above applies and where either contracting party has, by reason of anything done by another contracting party in the performance of the contract, derived a benefit before the termination of the contract, the party deriving such a benefit shall be under a duty to pay to the other party a sum of money equivalent to the value of such benefit.*

²⁰⁵ M. Fontaine, F. De Ly, *Droit des contrats internationaux*; Bruylant, Bruxelles, 2007.

Il secondo comma, invece, prende in esame un caso del tutto particolare dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, più precisamente prende in considerazione l'ipotesi in cui la mancata esecuzione del contratto sia riconducibile all'inadempimento di un terzo. Tale comma stabilisce che il contraente potrà avvalersi della forza maggiore solo qualora provi che i requisiti di cui al 1° comma sono stati tutti rispettati sia per il contraente stesso che per il terzo. Sostanzialmente non basterà che l'inadempimento del terzo sia imprevedibile ed irresistibile per il contraente, ma occorrerà anche dimostrare che il motivo che ha portato il terzo a non eseguire il contratto possa a sua volta qualificarsi come un evento di forza maggiore.

Il terzo comma contiene, invece, un'elencazione di eventi che possono dar luogo ad impedimenti qualificabili come di forza maggiore, quali: guerra, cataclismi naturali, esplosioni, incendi, scioperi, e serrate, atti dell'autorità.

Mentre nella clausola redatta precedentemente nel 1985 era chiaro che si trattava di una elencazione meramente esemplificativa, che non escludeva quindi l'esigenza di accertare l'effettiva presenza dei requisiti di cui al primo comma (in questo caso, infatti, il verificarsi di una delle circostanze elencate nel terzo comma non dava necessariamente luogo al verificarsi della forza maggiore, ove nel caso di specie le stesso fossero risultate prevedibili o i loro effetti evitabili), la clausola di forza maggiore del 2003 chiarisce espressamente che si è voluta introdurre una elencazione che faccia fede fino a prova

contraria, e che gli eventi elencati realizzano i primi due presupposti della forza maggiore (indipendenza dalla volontà della parte che invoca la clausola ed imprevedibilità), senza ovviamente prendere posizione sul terzo requisito (e cioè l'inevitabilità, che dipende dalle circostanze del caso di specie).

Dal 4° al 6° comma vengono successivamente disciplinate le conseguenze della forza maggiore, tra i quali, l'esonero della parte che subisce la forza maggiore dall'obbligo di eseguire le proprie prestazioni. Gli ultimi tre commi della clausola citata disciplinano ulteriori aspetti, come quello di minimizzare gli effetti della forza maggiore, la possibilità di risolvere il contratto ed infine l'arricchimento senza causa

9.1.2 I requisiti della forza maggiore nella giurisprudenza arbitrale.

La giurisprudenza arbitrale è abbastanza omogenea nel considerare essenziali i tre classici requisiti della forza maggiore e cioè che l'evento debba essere fuori controllo delle parti, imprevedibile e tale da non consentire l'esecuzione del contratto (o di una determinata obbligazione)

9.1.2.1 Il requisito dell'imprevedibilità dell'evento.

È stato più confermato che l'evento di forza maggiore non deve rientrare tra quelli che la parte poteva ragionevolmente prevedere (prendendo tutte le misure necessarie ed opportune): così

l'impossibilità di (o mancata autorizzazione a) trasferire all'estero la valuta necessaria al pagamento o l'esistenza di divieti di importazione non costituiscono eventi imprevedibili ove tale situazione fosse già in essere o fosse comunque prevedibile dalla parti al momento della stipula del contratto.

In particolare è stato ritenuto che il fatto che di per sé esistesse, al momento della stipula del contratto, una sistema di autorizzazioni governative che dava al governo la possibilità di revocare un'eventuale licenza o autorizzazione, costituisse di per sé un elemento idoneo e sufficiente per far considerare l'eventuale revoca come un evento prevedibile.

A tale proposito si possono citare due interessanti casi risolti in sede di arbitrato ed entrambi risolti con la decisione degli arbitri stessi dell'inapplicabilità.

Il primo si riferiva ad un *charter contract* di sette navi da pesca tra una società russa, proprietaria, ed una società liberiana. Le navi, ipotecate al fine di garantire il pagamento di un prestito concesso alla società russa, venivano ad un certo punto sequestrate dai creditori. La società russa risolveva il contratto di noleggio per forza maggiore, ma la società liberiana contestando l'illegittimità della risoluzione, risolveva a sua volta il contratto per inadempimento della società russa. Gli arbitri negavano la sussistenza della forza maggiore, affermando in particolare che gli elementi essenziali per poter invocare la forza maggiore fossero l'imprevedibilità e l'incontrollabilità dell'evento. Nel caso di specie, gli arbitri

sottolineavano appunto come l'evento dedotto dalla società russa non potesse considerarsi imprevedibile, in quanto al momento della sottoscrizione del contratto con la società liberiana, la società russa aveva già ipotecato le sette navi quale garanzia di un prestito concesso da un istituto di credito.

Il secondo caso si riferisce, invece, ad una "serie" di contratti di compravendita stipulati da un'impresa statale di un Paese in via di sviluppo che aveva precedentemente nazionalizzato alcune società straniere operanti nel settore in questione. Le società che avevano subito la nazionalizzazione per effetto dei provvedimenti del governo del Paese minacciavano gli acquirenti di ritorsioni (facendo leva sulla pretesa illegittimità della nazionalizzazione) ed i compratori decidevano di conseguenza di non eseguire i contratti di compravendita invocando la forza maggiore. Anche in questo caso gli arbitri decidevano che l'evento invocato (la minaccia di ritorsioni) era prevedibile – in quanto la nazionalizzazione era avvenuta prima della conclusione dei contratti di vendita e altri acquirenti che si trovavano nella medesima situazione, avevano eseguito regolarmente i contratti.

9.1.2.2 Il requisito dell'evento fuori dal controllo della parte

Corollario alla base di questo principio è che una parte non possa invocare la forza maggiore per eventi di cui essa stessa si sia resa responsabile.

L'applicazione pratica del presente principio ha dato luogo a numerosi problemi, con particolare riferimento ai casi in cui l'evento di forza maggiore invocato da una parte faccia espresso riferimento ad

un atto della pubblica autorità. Il problema si è più volte presentato nel momento in cui l'esecuzione della prestazione era stata impedita da un provvedimento dell'autorità dello Stato della parte in questione.

Sul punto si può notare che la clausola CCI del 2003 non esclude di per sé che gli atti della pubblica autorità possano costituire forza maggiore, resta il fatto che in molti casi vi sia spazio per sostenere anche il contrario.

9.1.2.3 Il requisito dell'impossibilità della prestazione

In linea di principio la giurisprudenza arbitrale non richiede un'impossibilità assoluta della prestazione, accettando di qualificare come forza maggiore anche situazioni in cui la prestazione è teoricamente possibile ma non è ragionevole pretendere dalla parte l'adempimento.

La tendenza generale degli arbitri in questi casi, tende ad essere restrittiva nell'ammettere la sussistenza in concreto di questo requisito.

Così ad esempio in un lodo è stato deciso che non integra il presupposto dell'impossibilità della prestazione la svalutazione del 10% dalla moneta del paese del compratore²⁰⁶, o la mancata concessione da parte dei Paesi arabi (in cui la prestazione doveva eseguirsi) di visti di origine israelita del fornitore tenuto ad assicurare la manutenzione dei prodotti²⁰⁷.

²⁰⁶ Sul punto si veda la sentenza arbitrale n. 1990 del 1972.

²⁰⁷ Sul punto si veda la sentenza arbitrale n. 1782 del 1973.

9.2 Le clausole di *hardship*

Diversamente dalla clausola di forza maggiore, che riguarda situazioni in cui la prestazione diventa letteralmente o praticamente impossibile, la clausola di *hardship*²⁰⁸ si riferisce al caso in cui, in seguito a circostanze non previste dalle parti, muti sensibilmente l'equilibrio economico del contratto, rendendo la sua esecuzione particolarmente onerosa per una di esse²⁰⁹. Scopo principale della clausola in esame è principalmente quello di permettere un adattamento del contratto alle nuove circostanze, o attraverso un negoziato oppure mediante un terzo.

Un'ulteriore differenza rispetto alla clausola di forza maggiore è costituito dal fatto che la clausola di *hardship* non recepisce un principio generalmente riconosciuto nei vari ordinamenti, ma tende anzi a derogare, attraverso una ulteriore attenuazione del principio *pacta sunt servanda*, ad una regola generalmente diffusa all'interno dei vari ordinamenti nazionali²¹⁰, ed anche nella prassi degli affari²¹¹. Ciò è ulteriormente confermato dalla stessa giurisprudenza arbitrale

²⁰⁸ Sulla clausola di *hardship* si veda: H. Böckstiegel, *Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr*, in «RIW», 1984; A. Frignani, *Arbitrato e «hardship clause»: una prassi internazionale nuova per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in «Rassegna arbitrale», 1980, p. 1, voce *Hardship Clause* in Noviss. Dig. It. App., III, Torino 1982, p. 1180, C. Schmitthoff, *Hardship and Intervener Clauses*, in «Journal Business Law», 1980, p. 82.

²⁰⁹ Per completezza si segnala che vi è chi non intravede una linea di demarcazione nettissima tra le clausole di forza maggiore e le clausole di *hardship*, sul punto si veda P. Van Ommeslaghe, *Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux*, in «Revue de Droit International et de Droit Comparé». Bruxelles, 1980.

²¹⁰ Con qualche isolata eccezione, tra cui appunto il diritto italiano, che prevede agli artt. 1467 e ss. La possibilità di chiedere la risoluzione del contratto se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili.

²¹¹ In cui è radicata l'idea che non esista un diritto della parte che subisce la *hardship* a mettere in discussione l'accordo, se non nella misura in cui espresse pattuizioni inserite appositamente all'interno del contratto lo prevedano.

che tende ad escludere (nonostante qualche isolata opinione contraria)²¹² che una parte possa sottrarsi agli obblighi contrattuali assunti (pretendendo una modifica delle condizioni convenute) in seguito alla sopravvenire di una modificazione delle condizioni economiche²¹³, se non quando tale possibilità sia stata espressamente prevista nel contratto²¹⁴ (attraverso, appunto, una *hardship clause*) quando si sia venuta a creare una situazione riconducibile alla *frustration* o alla forza maggiore²¹⁵.

Trattandosi di clausole affermatesi solo di recente ed in particolari settori economici, e comunque, aventi una diffusione piuttosto limitata esse si presentano sotto forme molto varie. Di qui nacque l'interesse della Camera di Commercio Internazionale a

²¹² Come quello contenuto in una sentenza arbitrale del 1975 (sent. CCI n. 2291 del 1975, in Jarvin, Derains, *ICC Awards 1974 – 1985*, p. 274) secondo cui in base alla *lex mercatoria* le prestazioni reciproche delle parti dovrebbero sempre rimanere equilibrate dal un punto di vista finanziario. Anche nella sentenza arbitrale CCI n. 4761 del 1981, in Jarvin, Derains, Arnaldez, *ICC Awards 1986-1990*, p. 519 e ss.) si afferma in termini generali che è contrario al principio di buona fede insistere sul rispetto degli obblighi contrattuali quando le circostanze sopravvenute ne abbiano modificato sostanzialmente la base economica; tuttavia nel caso di specie gli arbitri hanno fatto applicazione di una specifica norma nazionale (l'art. 657, 4° comma, del cc. libico, applicabile nel caso di specie) e, comunque, hanno ravvisato un comportamento contrario alla buona fede nel fatto che una parte, dopo aver convenuto che il prezzo dovesse essere modificato, si fosse rifiutata di procedere al negoziato sulla sua revisione.

²¹³ Sul punto si vadano a mero titolo esemplificativo: Sentenza arbitrale CCI n. 2216 del 1974; Sentenza arbitrale n. 2404 del 1974; Sentenza arbitrale n. 2508 del 1976; Sentenza arbitrale n. 2708 del 1976 in Jarvin, Derains, *ICC Awards 1974 – 1985*.

²¹⁴ Sul punto si veda la Sentenza arbitrale CCI n. 2478 del 1974, in cui tra l'altro veniva negata l'applicabilità alla clausola di specie della clausola di *hardship* in quanto questa si riferiva a fluttuazioni monetarie e non alle ipotesi di aumento del corrispettivo del petrolio, invocata dal venditore, Jarvin, Derains, *ICC Awards 1974 – 1985*.

²¹⁵ Sul punto si veda la Sentenza arbitrale CCI n. 6281 del 1989 in cui l'arbitro, in ottemperanza di una norma Jugoslava contenente principi vicini alla *frustration*, escludeva comunque che un aumento del prezzo dell'acciaio del 13% giustificasse la pretesa del venditore di chiedere un aumento del prezzo pattuito contrattualmente in Jarvin, Derains, Arnaldez, *ICC Awards 1986-1990*.

predisporre, come per la clausola di forza maggiore una clausola *standard di hardship*²¹⁶.

²¹⁶ Tale clausola dapprima redatta nel 1985 è stata successivamente rielaborata ed aggiornata nel 2003. Nel 1985 il testo della clausola era il seguente:

“1. Nel caso in cui eventi non previsti dalle parti modifichino fundamentalmente l’equilibrio del presente contratto, in modo da comportare per una delle parti un onere eccessivo nell’esecuzione dei suoi obblighi contrattuali, tale parte dovrà procedere come segue:

2. la parte richiederà la revisione entro un periodo ragionevole a partire dal momento in cui essa è venuta a conoscenza dell’evento e della sua incidenza sull’economia del contratto. La domanda dovrà indicare i motivi su cui si fonda.

3. Le parti si consulteranno quindi tra di loro al fine di giungere ad una revisione del contratto su basi eque, in modo da evitare all’una o all’altra delle parti un pregiudizio eccessivo.

4. a domanda di revisione non sospende di per sé l’esecuzione del contratto.

La clausola può proseguire con una delle seguenti alternative

Prima alternativa

5. Qualora le parti non raggiungano, entro 90 giorni dalla domanda, un accordo sulla revisione del contratto, lo stesso rimarrà in vigore nei suoi termini iniziali.

Seconda alternativa

6. Qualora le parti non raggiungano, entro 90 giorni dalla domanda, un accordo sulla revisione del contratto, ciascuna di esse potrà rivolgersi al Comitato Permanente per la disciplina dei rapporti contrattuali della CCI, al fine di ottenere la nomina di un terzo (o di un collegio di tre membri), conformemente alle disposizioni del Regolamento per la disciplina dei rapporti contrattuali della CCI. Il terzo indicherà alle parti se a suo giudizio sono presenti le condizioni per la revisione indicate al paragrafo 1. In caso affermativo egli raccomanderà un’equa revisione del contratto, che garantisca a ciascuna delle parti di non subire un pregiudizio eccessivo.

7. Il parere e la raccomandazione del terzo non vincoleranno le parti.

8. Le parti esamineranno il parere e la raccomandazione del terzo secondo buona fede, conformemente all’art. 11 (2) del Regolamento per la disciplina dei rapporti contrattuali sopraccitato. Ove le parti non giungano in tale sede ad accordarsi sulla revisione del contratto, lo stesso rimarrà in vigore nei suoi termini iniziali.

Terza alternativa

9. Qualora le parti non raggiungano, entro 90 giorni dalla domanda, un accordo sulla revisione del contratto, ciascuna di esse potrà portare la questione davanti alla giurisdizione arbitrale eventualmente prevista nel contratto, o, in mancanza, davanti ai giudici competenti.

Quarta alternativa

10. Qualora le parti non raggiungano, entro 90 giorni dalla domanda, un accordo sulla revisione del contratto, ciascuna di esse potrà rivolgersi al Comitato Permanente per la disciplina dei rapporti contrattuali della CCI, al fine di ottenere la nomina di un terzo (o di un collegio di tre membri), conformemente alle disposizioni del Regolamento per la disciplina dei rapporti contrattuali della CCI. Il terzo indicherà alle parti se a suo giudizio sono presenti le condizioni per la revisione indicate al paragrafo 1. In caso affermativo egli raccomanderà un’equa revisione del contratto, che garantisca a ciascuna delle parti di non subire un pregiudizio eccessivo.

11. Le decisioni del terzo impgheranno le parti e si considereranno incorporate nel contratto.

“Si riporta di seguito la versione della clausola di Hardship redatta dalla ICC nel 2003 “1. Una parte è tenuta ad adempire alle proprie obbligazioni contrattuali anche in presenza di circostanze che ne abbiano reso l’adempimento più oneroso di quanto poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto.

2. Nonostante quanto previsto al paragrafo 1 della presente Clausola, ove una parte provi:

a. che l’esecuzione delle sue obbligazioni contrattuali è divenuta eccessivamente onerosa a causa di un evento fuori dal suo ragionevole controllo e del quale non ci si può attendere che la parte avrebbe dovuto ragionevolmente tener conto al momento della conclusione del contratto; e

b. che non avrebbe ragionevolmente potuto evitare o superare tale evento o i suoi effetti,

le parti sono tenute, entro un ragionevole periodo di tempo dall’invocazione della presente Clausola, a negoziare delle nuove condizioni contrattuali che tengano ragionevolmente conto delle conseguenze di tale evento.

Il nuovo testo della clausola in esame ribadisce innanzitutto il principio *pacta sunt servanda*: ciò al fine di sottolineare l'eccezionalità della fattispecie oggetto di esame rispetto ai principi normali di adempimento e di limitare l'applicazione della clausola alle sole ipotesi nelle quali ricorrano tutte le circostanze di *hardship*, di seguito precisate.

Per poter invocare la *hardship clause*, la parte deve provare:

a. che la sua prestazione sia diventata eccessivamente onerosa a causa di un evento fuori dal suo ragionevole controllo e che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto; e

b. di non aver potuto ragionevolmente evitare o superare l'evento o le sue conseguenze.

Rientrano, pertanto, nella fattispecie in questione non soltanto i casi in cui l'evento di *hardship* si verifichi successivamente alla conclusione del contratto, ma anche quelli in cui l'evento si era già verificato ma la parte che lo subisce non lo sapeva e non poteva ragionevolmente saperlo.

Circa le conseguenze del verificarsi dell'evento di *hardship*, a differenza della precedente versione della clausola, che offriva quattro diverse alternative a scelta delle parti contraenti, il testo attuale prevede unicamente due rimedi possibili: la

3. Ove si applichi il paragrafo 2 della presente Clausola, ma l'altra parte non si accordi su condizioni contrattuali alternative che tengano ragionevolmente conto delle conseguenze dell'evento (come previsto in tale paragrafo), la parte che invoca la presente clausola ha il diritto di risolvere il contratto".

rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in difetto di accordo, la risoluzione del contratto.

Il primo rimedio consiste nel riconoscere alle parti la possibilità di rinegoziare in via stragiudiziale le condizioni contrattuali, alla luce del sopraggiunto evento di *hardship*. Il secondo, applicabile nel caso in cui non si riesca a raggiungere un accordo, consiste nel riconoscere alla parte che ha subito l'evento di *hardship* il diritto alla risoluzione del contratto.

9.2.1 La disciplina della *harship* nei *Principi Unidroit*

Una disciplina della *hardship* alquanto avanzata rispetto alla prassi del commercio internazionale è stata invece introdotta nei *Principi Unidroit*.

Si tratta degli artt. 6.2.21.-6.2..3 dei Principi, i quali consentono alla parte che subisca gli effetti di una situazione imprevista che modifichi sostanzialmente l'equilibrio del contratto di chiedere la rinegoziazione del contratto e di domandare al giudice (o arbitro), ove non riesca a raggiungere con l'altra parte un accordo, che dichiari la risoluzione del contratto o lo adatti alle nuove circostanze, ristabilendo il precedente equilibrio. Sebbene si tratti di principi ispirati ad esigenze di equità rimane, tuttavia, dubbio se la soluzione adottata rappresenti un equo bilanciamento degli interessi in gioco, risultando tale soluzione molto più favorevole alla parte svantaggiata.

Alla luce di ciò le norme sulla *hardship* contenute nei *Principi Unidroit* non rispecchiano esattamente gli *standards* utilizzati nel commercio internazionale²¹⁷.

9.3. Le clausole di scelta della legge applicabile

Le clausole di scelta della legge applicabile, sempreché non siano state adottate scelte di tipo complesso, si riducono a clausole composte da formulazione lineari e semplici, al fine di evitare qualsiasi fraintendimento, quali ad esempio: «il presente contratto è soggetto alla legge ...» oppure «...*this agreement will be governed by and construed in accordance the laws of ...*».

È di solito considerato implicito che la legge della scelta applicabile riguardi solo la legge sostanziale e non invece le norme di procedure applicabili all'eventuale controversia²¹⁸. Nei Paesi dell'Unione Europea è pacifico che la scelta della legge di un Paese non include, come ovvio, le sue norme di diritto internazionale privato, essendo espressamente escluso il rinvio dall'art. 15 della Convenzione

²¹⁷ Sul punto si veda la sentenza arbitrale CCI n. 8873 del 1997 in cui si afferma che le norme dei *Principi Unidroit* in materia di *hardship* «ne correspondent pas, au moins à l'état, à la pratique courante dei affaires dans le commerce international», si veda, inoltre, V. Prado, *La théorie du hardship dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, in «*Diritto commerciale internazionale*», 1997, p. 323 «... si le pouvoir octroyé aux tribunaux pour adapter le contrat ne trouve pas son fondement dans de nombreux ordres étatiques, ni dans le pratique du commerce international, on peut se demander s'il peut véritablement être considéré dans une théorie qui postule à exprimer les principes relatifs aux contrats du commerce international ou traduire la *lex mercatoria*».

²¹⁸ Così la giurisprudenza statunitense, che tendeva in passato ad attribuire alla clausola con cui le parti scelgono la legge applicabile anche il significato di una scelta delle norme di procedura (ed in particolare in materia di arbitrato), sembra ormai aver abbandonato tale orientamento, avendo ormai la Corte Suprema chiarito che la clausola di scelta della legge applicabile riguarda solo la legge sostanziale e non la disciplina dell'arbitrato, per la quale si farà riferimento alla clausola arbitrale: sul punto si veda la decisione della Corte Suprema statunitense nel caso *Mastrobuono*. Huth, *True meaning of applicable law clauses: the Mastrobuono decision*, in «*International Business Lawyer*», 1995, p. 273.

di Roma. Nei rapporti con i Paesi Extra UE viene di sovente precisata tale esclusione.

10. I contratti e relative clausole oggetto di analisi

Al fine di del presente studio – e, pertanto, al fine di verificare se effettivamente sia possibile sostenere che la *lex mercatoria* sia altresì composta da clausole *standard* - sono state analizzate le clausole inserite in 5 contratti *turn-key*, in 5 contratti OEM (*original equipment manufacturer*) ed, infine, in 5 contratti di *joint venture*.

10.1 I *turn-key contracts*, oggetto di analisi, e le clausole in essi contenuti, con particolare riferimento alle clausole di forza maggiore

Per quanto concerne i *turn-key contracts* analizzati, tre di questi contratti, forniti da una *law firm* italiana, stipulati nel 2005, vedono come contraenti in tutti e tre i contratti da una parte una società italiana - operante nella progettazione e costruzione dei macchinari e nella manutenzione di impianti petroliferi - e dall'altra tre differenti società brasiliane.

Con i presenti contratti la società italiana, dando atto che la stessa aveva precedentemente stipulato un contratto con una società petrolifera per la costruzione di tre moduli (*rectius*: piattaforme petrolifere) al largo delle coste del Brasile, “subappaltava” ad ogni singola società brasiliana la costruzione di un modulo.

Ogni singolo contratto rimaneva indipendente dagli altri due, sebbene tutti e tre fossero riferibili ad un unico progetto.

L'oggetto principale del contratto era la costruzione (chiavi in mano) del modulo – per il quale la società appaltante aveva provveduto fornire, prima della formalizzazione del contratto, un progetto con tutte le caratteristiche che lo stesso doveva avere - in cambio di una cifra a *forfait* (definita nel contratto anche *lump sum*); tale cifra era stata determinata cercando di prevedere ogni e qualsiasi imprevisto e soprattutto comprendeva qualsiasi costo che avesse mai dovuto sopportare la società in *loco* (a partire da tutti i costi di manodopera, proseguendo con i costi riferibili ai materiali per comprendere inoltre tutti i costi relativi alle concessioni amministrative e/o alle autorizzazioni e/o tutte le tasse nascenti dall'importazione di determinati materiali necessari alla costruzione del modulo stesso).

Ogni singolo contratto è composto da numero documenti, quali:

la proposta contrattuale inviata dalla società italiana; il preventivo redatto da parte della società brasiliana; un ordine di acquisto (che disciplina una parte del contratto stesso); specifiche tecniche relative alla costruzione del modulo; tutta la corrispondenza intercorsa tra le parti; le condizioni generali del contratto.

Ogni singolo contratto, redatto in lingua inglese, contava, pertanto, circa 300 pagine, all'interno delle quali veniva presa in esame ogni singolo aspetto riferibile alla fattispecie.

Per quanto concerne la clausola di forza maggiore l'art. 33 delle condizioni generali del contratto prevedeva che:

“ai fini del presente contratto, le cause di forza maggiore consistono in eventi, indipendenti dalla volontà delle parti, e che le parti non possono prevedere, evitare o controllare e che ostacolano la piena esecuzione del contratto, e che, pertanto, non potrà essere eseguito in alcun modo dalla parte coinvolta.

A titolo indicativo e senza alcuna limitazione, devono considerarsi eventi di forza maggiore, i seguenti eventi:

- guerra;*
- rivolte o insurrezioni civili;*
- terremoti, inondazioni, tempeste o qualsiasi altra calamità naturale, fatta eccezione per le condizioni atmosferiche avverse quali: la pioggia, il ghiaccio e la neve;*
 - scioperi, sia nazionali che regionali, fatta eccezione per gli scioperi limitati alle società parti del presente contratto;*
 - impossibilità di utilizzo di treni, porti, aeroporti, navi da carico o altri mezzi di comunicazione o trasporto (premesso che tali eventi devono ricorrere simultaneamente).*

L’inizio o la fine di questi eventi deve essere comunicata per iscritto quanto prima dalla parte, che intende beneficiare delle disposizione del presente articolo, all’altra parte.

La natura e la durata degli eventi dovrà essere valutata separatamente dalle autorità competenti.

Se la situazione di forza maggiore perdurasse per più di 6 mesi, entrambe le parti potranno richiedere la risoluzione del presente contratto.

La dichiarazione di risoluzione del contratto dovrà essere comunicata per iscritto alla fine del sopracitato periodo o nel corso del periodo stesso, qualora apparisse chiaro che il lavoro non potrà essere ripreso, a causa del protrarsi dell’evento di forza maggiore.

La parte coinvolta nell’evento dovrà pagare ogni costo dovesse insorgere dall’evento di forza maggiore”²¹⁹.

²¹⁹ La versione sopra riportata nel testo è la traduzione della presente clausola inserita nelle condizioni generali del contratto: *“for the purposes of this Contract, causes of force majeure consist in events, independent from the will of the parties, which the parties cannot foresee, avoid or control and that hinder the full execution of the contract, which may not be overcome in any possible way by the involved party.*

The following events are, by way of indication but without any whatsoever limitation are considered force majeure events:

- Wars or hostility;*
- Revolts or civil insurrections;*
- Earthquakes, floods, storms, lightening or other natural physical calamities except adverse atmospheric conditions such as rain, ice and snow;*
- Strikes, both national and regional, except strikes restricted to the Contractor and the Client;*
- Impossibility of using trains, harbors, airports, sea shipment services or other transport or communication vehicle (provided that these events occur simultaneously.*

The beginning or the end of these events shall be communicated in writing as soon as possible by the party, who intends to benefit from the provision of this article, to the counter-party.

The nature and duration of the event shall be evaluated separately by the competent authorities.

If the force majeure situation protracts for more than 6 months, both parties may request the cancellation of the contract.

Per quanto concerne invece le clausole relative alla legge applicabile ed alla risoluzione di eventuali controversie *insorgende*, si segnala che tutti e tre i contratti prevedevano l'applicazione della legge italiana nonché l'istituzione di un collegio arbitrale, composto da tre arbitri, da svolgersi presso la città di Firenze²²⁰.

Il quarto contratto *turn-key* si riferisce ad un contratto stipulato da tre società cinesi, dove due di queste si impegnano dietro il pagamento di un corrispettivo fissato a *forfait* a costruire una piattaforma tecnologica per le telecomunicazioni (una sorta di ripetitore idoneo a trasmettere segnali radio non meglio precisati all'interno del contratto), anche in questo caso il contratto, integralmente redatto in inglese, è composto da numerosi documenti

The declaration for the rescission of the contract shall be communicated in writing at the end of the aforementioned period or during the period itself, if it appears clear that the works cannot restart, due to the protraction of the force majeure event.

The party involved in the event shall pay any costs arising from the force majeure event”.

²²⁰ Gli artt. 55 “Arbitration” e 57 “Applicable law” delle condizioni generali del contratto prevedevano infatti: “All disputes arising between the parties relating the interpretation, execution and cancellation of the contract, shall be submitted to the judgment of a board of arbitration formed by three members.

Each party shall appoint its own arbitrator, whereas the third arbitrator, who shall act as the President of the board, shall be chosen by the two arbitrators nominated as above stated. If the two arbitrators fail to reach an agreement on the President within 30 days from the date of appointment of the second arbitrator, the President of the board of arbitration shall be appointed, upon request of one or both parties, by the President of the Court of Florence.

If one of the parties fail to appoint his arbitrator within 30 days from the date on which the party requesting the arbitration has communicated the name of its arbitrator, said arbitrator shall be appointed, upon request of the other party, by the President of the Court of Florence.

The judgment of arbitrators shall be final and unappeasable. Judgments shall be issued as per the provisions of art. 818 and subsequent articles of the Code of Civil Proceedings.

The board of arbitration shall be in Florence. All expenses necessary for the arbitrary judgment shall be paid by the losing party.

If the dispute arises during the execution of the work, the Client shall have the right to postpone the start of arbitration procedure to a date subsequent to the completion of the work.

In any case the Contractor undertakes to continue the execution of the work by the contract terms, without suspending or delaying in any way its regular progress. If the contractor does not comply the aforementioned requirement, the Client may cancel the Contract as per art. 53”. – “These general conditions of the contract and all other contractual documents are subject to the Italian laws”.

(ordini di acquisto, documentazione tecnica, condizioni generali del contratto) ed anche in questo caso, sebbene il contratto sia la legge della Repubblica Popolare cinese all'interno dell'art. 14 del contratto è prevista una clausola relativa alla forza maggiore.

L'art 14, "Forza maggiore", prevede che:

Per forza maggiore, così come disciplinata dal presente articolo, significa qualsiasi evento, imprevedibile, non presentabile, inevitabile o dietro il ragionevole controllo della parte, incluso ma non limitato a terremoti, tifoni, inondazioni, fuoco e guerra.

La parte che non può adempiere o completare le proprie obbligazioni di cui al presente contratto, a causa della forza maggiore dovrà informare l'altra parte entro 14 giorni dalla data in cui si è verificato tale evento di forza maggiore, e dove possibile, entro 30 giorni inviare alle altre parti contrattuali una certificazione firmata da un'autorità pubblica attestante il verificarsi di tale evento.

La parte che non potrà ottemperare il presente contratto a causa della forza maggiore non responsabile per il ritardo o la mancata esecuzione del contratto causati dalla forza maggiore, salvo che la legge non disponga diversamente.

Le responsabilità non verranno meno se il ritardo o la mancata esecuzione del contratto si siano verificarsi prima del verificarsi dell'evento di forza maggiore:

Qualora la sospensione dell'esecuzione del presente contratto dovesse protrarsi per più di 600 giorni ciascuna parte avrà il diritto di risolvere il presente contratto mediante una comunicazione per iscritto.

In caso di risoluzione del contratto il compratore e l'utilizzatore finale non potranno opporsi al pagamento al venditore dell'importo non affetto dalla forza maggiore ed il venditore non potrà rifiutare di adempiere alle proprie obbligazioni non viziate da forza maggiore"²²¹.

²²¹ Si riporta di seguito la versione originale della clausola in lingua inglese:

ARTICLE 14 Force Majeure

"14.1 Force Majeure as referred to under this Article shall mean any event that is unpredictable, unpreventable, unavoidable or beyond the reasonable control of the Party, including but not limited to earthquake, typhoon, flood, fire and war.

14.2 Any Party who cannot perform or complete its obligations hereunder due to Force Majeure shall inform other parties within fourteen (14) days from the date of occurrence of such Force Majeure, and where possible, send to other parties a signed certification of occurrence of such Force Majeure issued by a local public notarization authority within thirty (30) days from the date of occurrence of such Force Majeure.

14.3 The party who cannot perform this Equipment Contract due to Force Majeure, depending on the effects of such Force Majeure, will not be responsible for delays or lack of performance resulting from Force Majeure unless otherwise stipulated by Lan.

14.4 Responsibilities shall not be released if delay or lack of performance occurs prior to the Force Majeure.

Per quanto concerne, infine, le clausole di risoluzione delle *insorgende* controversie è infine prevista una clausola arbitrale che prevede che qualora non riuscisse a transigere amichevolmente *l'insorgenda* vertenza le parti si rivolgeranno ad un arbitro secondo le regole della CIETAC, all'interno della stessa clausola è altresì previsto, che l'arbitrato non sospenderà l'esecuzione del contratto²²².

Il quinto ed ultimo *turn-key contract* analizzato si riferisce ad un contratto stipulato nel 2005 tra una società russa ed una società americana, avente ad oggetto la costruzione nel territorio del Kazakistan di una trivella necessaria ai fini dell'estrazione del petrolio.

Il presente contratto anch'esso composto da numerosi allegati di tipo tecnico redatto in lingua inglese prevedeva al proprio interno che la legge applicabile allo stesso fosse la legge del Kazakistan e devolvendo la risoluzione delle eventuali *insorgende* controversie ad un Collegio di tre arbitri. La sede dell'arbitrato sarebbe stata Londra²²³.

14.5 Should the suspension of performance of this Equipment Contract due to the Force Majeure indicated herein last over 60 or more days, either Party shall have the right to terminate this Equipment Contract with written notice. In such event of termination, the Buyer and End-user shall not refuse to pay to the Seller/System Integrator the payable amount under this Equipment Contract that is not affected by the Force Majeure, and the Seller/System Integrator shall not refuse to perform its obligations not affected by the Force Majeure.

²²² Si riporta di seguito la versione originale della clausola in lingua inglese:

"ARTICLE 15 Arbitration

Any dispute arising out of or in connection with this Equipment Contract shall be settled through amicable consultation among the parties. In the event that such dispute cannot be settled amicably such dispute shall be submitted to arbitration by China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) in accordance with its arbitration rules enforcing at time when such arbitration is appealed. The arbitration will be conducted in Beijing. The arbitration award shall be final and binding upon the parties.

In the course of the arbitration, the parties shall continue to execute this Equipment Contract except for the part that is under arbitration."

²²³ Si riporta di seguito la versione originale della clausola in lingua inglese:

Come nei precedenti casi, anche il presente contratto al proprio interno annovera una clausola di forza maggiore che prevede espressamente che:

“Fatta eccezione per quanto previsto all’art. 13.4, ciascuna parte sarà esonerata dal conformarsi con i termini del presente accordo, fatta eccezione per il pagamento di somme di denaro quando riferito al pagamento risarcimento dei danni, al presente, se e fino a quando tale conformità sarà ostacolata o vietata a seguito delle modifiche occorse a qualsiasi disposizione generale o locale, ordinanza, decreto o qualsiasi altra legge o da qualsiasi limitazione governativa che potrebbe rendere il presente servizio non più consegnabile o successivamente a delle rivoluzioni, scioperi, guerre (dichiarate e non) insurrezioni, rivoluzioni, atti terroristici, dimostrazioni civili, disposizioni oppure ordini di ingiunzione governativi, atti di Dio, in modo da rendere impossibile ottenere i materiali necessari o la benzina, che risulta ragionevolmente fuori dal controllo delle parti, tali casi verranno definiti come di forza maggiore” Nel caso in cui una delle due parti fosse resa non, in tutto o in parte di adempiere alle proprie obbligazioni di cui al presente contratto, la parte impossibilitata dovrà comunicare nel dettagliatamente e per iscritto all’altra parte quanto prima. In tale caso l’obbligazioni in capo alla parte che comunica la notizia saranno sospese durante

Governing Law, Resolution of Dispute, Arbitration

“(a) The Agreement shall be governed by and construed in all respects in accordance with the provisions of the laws of the Republic of Kazakhstan.

(b) If, at any time, any difference or dispute arises between the Parties with respect to the meaning or effect of this Agreement or arising out of or in any way in connection with this Agreement or concerning the rights and obligations of a Party hereunder (including as to the existence, validity or termination of the Agreement), and the dispute or difference cannot be resolved amicably, then either Party shall by notice in writing submit the difference or dispute to a binding arbitration process to be conducted in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules, in force at that time, administered by the London Court of International Arbitration.

(c) All of the Parties hereby agree to submit themselves to the jurisdiction of the arbitration tribunal and waive any right to immunity that they may otherwise have. No legal action or proceeding for enforcement of the arbitral award shall be taken by any Party before the completion of the arbitration process.

(d) The arbitration, including the rendering of the award shall take place in London, England, and shall be in the English language with all hearings and conferences being interpreted into Russian.

(e) The number of arbitrators shall be three (3) and each Party shall be entitled to appoint one (1) arbitrator to the three (3) member arbitration tribunal.

(f) Unless the Parties agree upon a Chairman within thirty (30) days after the date on which a Party by notice in writing submits the dispute to settlement by arbitration as is provided for by Article, the President or Vice President (at the moment of application) of the London Court of International Arbitration shall appoint the Chairman arbitrator, who shall be a citizen of any country except the country where a Party is established.

(g) The cost of arbitration, including attorney fees and costs, and the cost of remuneration of the arbitrators shall be borne in the manner determined by the arbitrators, as applicable.

(h) The final decision of the majority of the arbitrators shall be issued in writing and shall be binding and final and shall be the sole and exclusive remedy regarding any claims, counterclaims, issues or accounting presented to the arbitrators. Any judgment upon the award of the arbitrators may be entered in any court having jurisdiction thereof for execution.

(i) The Parties agree that the final award upon the results of any court process or proceeding is final and can be executed in the compulsory order in any other country by means of a court”.

tutto il tempo in cui perdurerà tale evento salvo il fatto che la parte sarà costretta a pagare il contractor la rata di forza maggiore così come prevista all'art. 7 del presente contratto"²²⁴.

L'art. 7 del contratto prevedeva che il committente sarebbe stato costretto a pagare una sorta di penale per tutto il periodo in cui il contratto non sarebbe stato eseguito a causa di eventi di forza maggiore. Sempre secondo il citato articolo, qualora il periodo suddetto fosse perdurato per un periodo oltre i 30 giorni, allora il committente non sarebbe stato tenuto al pagamento della somma per i giorni successivi rispetto al trentesimo.²²⁵

11. I contratti di *joint venture*

Il primo dei contratti di *joint venture* analizzato - stipulato tra una società cinese ed una società avente la propria sede legale ad Hong

²²⁴ Si riporta di seguito la versione originale della clausola in lingua inglese:

"Except as otherwise provided in this Paragraph 13.4, each Party to this Agreement shall be excused from complying with the terms of this Agreement, except for the payment of monies when due and the honoring of indemnities, if and for so long as such compliance is hindered or prevented by changes to any general or local Statute, Ordinance, Decree, or other Law or any regulation or by-law of any local or other duly constituted authority or the introduction of any such Statute, Ordinance, Decree, Law, regulation or by-law or reversal of a previously issued regulation, by-law or permit or other form of government restraint which shall render services undeliverable, and the following riots, strikes, wars (declared or undeclared), insurrection, rebellions, terrorist acts, civil disturbances, dispositions or order or injunctions of any governmental authority, whether such authority be actual or assumed, acts of God, inability to obtain equipment, supplies or fuel, or by any act or cause (other than financial distress or inability to pay debts when due) which is reasonably beyond the control of such Party, such cause being herein sometimes called "Force Majeure." In the event that either Party hereto is rendered unable, wholly or in part, by any of these causes to carry out its obligations under this Agreement, such Party shall give notice and details of Force Majeure in writing to the other Party as promptly as possible after occurrence. In such cases, the obligations of the Party giving notice shall be suspended during the continuance of any inability so caused except that Company shall be obliged to pay to Contractor the Force Majeure Rate provided for in Paragraph 7.6"

²²⁵ Si riporta *infra* l'art. 7 del contratto: *"The Force Majeure Rates specified in the Drilling Order will be payable during any period in which operations are not being carried on because of Force Majeure as defined in Paragraph 13.3, including periods required to repair damage caused by a Force Majeure event. However, should an event of Force Majeure continue in existence for a period of thirty (30) days, then no day rate shall be payable for the period after such thirty (30) days and either Contractor or Company shall have the right to terminate this Agreement at any time thereafter by providing written notice to the other party"*.

Kong - quando ancora Hong Kong era una città che apparteneva alla Gran Bretagna - entrambe operanti nel settore automobilistico - ha come oggetto la costituzione di una nuova società con oggetto sociale, la progettazione, la costruzione e la successiva distribuzione nell'area urbana di Hong Kong di *minibus*.

Il presente contratto è regolato dalla legge della Repubblica Popolare Cinese²²⁶ e prevede, al fine di dirimere ogni e qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra le parti, dapprima un impegno effettivo delle parti a raggiungere un accordo ed solo eventualmente il ricorso ad una procedura arbitrale, da tenersi a Stoccolma, che dovrà seguire la procedura prevista dalla Camera di Commercio di Stoccolma²²⁷ ed al proprio interno, come nei contratti di *turn-key*, anche questa tipologia di contratto prevede dei casi di forza maggiore. Più precisamente l'art 28 del contratto di *joint venture* prevede che:

“Sarà considerato un evento di forza maggiore un evento che sarà imprevedibile per le parti al momento dell'esecuzione del presente contratto, inevitabile e che ostacolerà l'adempimento delle parti. Ai fini del presente

²²⁶ Si riporta di seguito la versione in lingua originale dell'art. 25 “*Applicable law*” del presente contratto: “*The execution, force, interpretation, performance and the settlement of disputes of this Contract shall be governed by the PRC laws and regulations*”.

²²⁷ Si riporta di seguito la versione in lingua originale dell'art. 24 “*Settlement of disputes*” del presente contratto:

“In case of a dispute between the Parties to JVCO with respect to the interpretation and the performance of this Contract and/or the Articles of association, the Parties to JVCO shall use their best efforts to settle the dispute through friendly consultation or conciliation. If the dispute fails to be settled through consultation or conciliation within 90 days, either Party may submit the dispute to the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce for arbitration according to its arbitral proceedings and rules in Stockholm in Sweden.

The award of arbitration shall be final and binding upon the Parties of the dispute. The Parties to the dispute shall treat the enforcement of the arbitration award as an obligation under this contract, and shall enforce such award without any delay.

One Party or the other Party of the dispute shall bear the expenses of the arbitration according to the provisions set forth in the arbitration award.

During the course of the settlement of dispute, the Parties to JVCO shall continue to perform other provisions of this Contract and the Articles of Association of JVCO except for the portion under dispute”.

contratto, gli etnei di forza maggiore includeranno ma non si limiteranno ai terremoti, guerre, incendi, inondazioni e tutti gli altri eventi fuori dal controllo delle parti, e che mineranno il regolare adempimento del presente contratto.

Nel caso in cui un dovesse realizzarsi un evento di forza maggiore ed una delle parti del contratto di joint venture non riuscisse ad adempiere in tutto o in parte il presente contratto, tale parte sarà esentata dall'adempimento delle sue obbligazioni e non potrà essere ritenuta responsabile durante il periodo in cui perdurerà l'evento di forza maggiore. La sospensione dell'esecuzione del contratto dovuta all'evento di forza maggiore, perdurerà fino al perdurare dell'evento stesso.

Le parti compiranno tutti gli sforzi al fine di minimizzare la forza maggiore ed in particolare al fine di minimizzare tutte le perdite dovute a tale evento.

Nel caso in cui dovesse verificarsi un evento di forza maggiore la parte che intenderà valersi di tale evento dovrà immediatamente informare l'altra parte mediante lettera, telex, fax o telegramma o con qualsiasi altro mezzo idoneo, e dovrà recapitare all'altra parte una relazione scritta con la descrizione delle cause del ritardo nell'esecuzione del contratto (incluso una certificazione dalle emesso dalle autorità competenti), qualora la parte non riuscisse a dare pronta comunicazione del verificarsi dell'evento forza maggiore la stessa non si potrà valere di tale evento. Qualora dovesse verificarsi un evento di forza maggiore il consiglio di amministrazione organizzeranno un incontro al fini di verificare se mantenere o meno il presente contratto e se modificarlo sulla base degli effetti a causa della forza maggiore

Qualora le circostanze o le conseguenze delle forza maggiore causassero serie perdite tali da compromettere l'attività della joint venture company, e le parti non dovessero essere in grado di trovare rimedi o soluzioni a tali casi, ciascuna parte potrà risolvere il presente contratto senza dover indennizzare o rimborsare l'altra parte così come previsto dalle "Implementing Rules" sul Sino-foreign delle joint ventures della Repubblica Popolare Cinese"²²⁸.

²²⁸ Si riporta di seguito la versione originale dell'art. 28 "Force majeure" in lingua inglese: "A force majeure event shall mean an event which is unforeseeable by the Parties at the time of execution of this Contract, and which is inevitable and hampers the actual performance by the Parties. For the purpose of this Contract, force majeure events shall include but not limited to earthquake, war, fire, flood, storm and other events that are beyond the control of the Parties to JVCO and that affect the normal performance of this Contract. In the event that a force majeure event occurs and either Party to JVCO fails to perform this Contract in full or in part, such Party may be exempted from the performance of its obligations and may not be held liable during the event of force majeure and the period in which the result of such force majeure event persists. If the suspension of performance of this Contract due to force majeure shall only apply to the period in which the effect of such force majeure persists. The Parties to JVCO shall use their best efforts to minimize the force majeure, especially the losses caused by the delay resulting from the force majeure. In the event of the occurrence of a force majeure event, the Party which encounters the force majeure event shall promptly notify the other Party by post, telex, fax or telegram or by other means, and shall deliver to the other Party a written material on such event (including the written certification from the relevant government authorities and a description of the cause of the delay of the performance of this Contract in full or in part) within 15 days of the occurrence of such event. Such 15-day period shall commence on the date of occurrence of the force majeure event. If the notification fails to be served in the manner described above, the Party that encounters the force majeure event shall promptly loss its right to claim the occurrence of the force majeure event. The Party that counters the force majeure event shall also have the obligation to notify the other Party of

Il secondo contratto di *joint venture* analizzato ha ad oggetto la costituzione di un terza società - da parte di altre società, una società cinese ad una società di Hong Kong (anche in questo caso il contratto è stato stipulato prima che Hong Kong fosse riannessa allo stato cinese) – avente ad oggetto la ricerca di diamanti e di altre pietre preziose nella Contea di Mengyi, il successivo trattamento ed, infine, la vendita degli stessi sul mercato internazionale. La legge applicabile al presente contratto è la legge della Repubblica Popolare Cinese²²⁹, e nel caso in cui dovesse insorgere una controversia tra le parti relativa o connessa al presente contratto le parti avranno dei termini per cercare di definire l'*insorgenda* controversia tra di loro e solo in caso di esito negativo potranno rivolgersi ad un Collegio arbitrale, con sede in Stoccolma, e che dovrà seguire le procedure previste dalla Camera di Commercio di Stoccolma²³⁰.

the result of the force majeure within the same period. If a force majeure event occurs, the Board of Directors shall convene a meeting to decide whether this Contract or any related contract shall be amended based on the effect such event has on the performance of this Contract or other related contract. If the circumstances or consequences of the force majeure event cause serious losses which results in JVCO's inability to continue its operation, and the Parties fail to identify satisfactory and fair resolution, either Party may terminate this Contract without making any indemnification or reimbursement according to the Implementing Rules of the PRC Law on Sino-foreign Joint Ventures".

²²⁹ La clausola originale in inglese del presente contratto "*Applicable law*": prevede espressamente che: "*The formation, validity and interpretation of this Contract shall be governed by the published and publicly available laws of the People's Republic of China.*

The Shareholders agree that if any law or regulation of China that is amended or changed or a new law has an adverse effect on any Shareholder then, if such Shareholder requests, the parties shall forthwith amend this Contract so that such adverse effect is eliminated or adjusted to the greatest extent possible, and each Shareholder shall and shall cause the Company to use its best efforts to cause such amendment to be approved by the Approval Authority".

²³⁰ Sul punto si veda l'art 20 del presente contratto "*Settlement of disputes*" che nella sua versione originale in inglese stabilisce espressamente che: "*Any dispute arising out of or relating to this Contract shall be resolved exclusively by the procedures set out in this 20. First, there shall be friendly discussions between the Shareholders based on the overriding principle that the Shareholders have agreed to establish the Company in order to generate maximum profits for each of the Shareholders.*

If the dispute is not resolved by friendly discussions under the immediately preceding article any Shareholder may give to the other Shareholder written notice under this article 20.2 requesting the dispute to be resolved. If the dispute

L'art. 18 “Forza Maggiore” del contratto prevede che:

“sono considerati eventi di forza maggiore inclusi incendi, esplosioni, incidenti, terremoti, onde anomale, scioperi, picchetti, serrate, inondazioni, siccità, embargo, guerra, insurrezione, rivoluzione, ribellione, o qualsiasi altro evento simile o non, che possano andare oltre il ragionevole controllo dell'azionista e che possano ritardare, interrompere o ostacolare l'esecuzione di tutto o di parte delle obbligazioni di cui al contratto, salvo che l'adempimento delle obbligazioni a carattere pecuniarie.

L'azionista colpito da un evento di forza maggiore dovrà dare prontamente notizia all'altro azionista e dovrà indicare in tale avviso, se possibile, anche gli effetti conseguenti a tale evento,

La mancata esecuzione delle obbligazioni contrattuali a causa di un evento di forza maggiore non costituirà inadempimento e non farà sorgere in capo all'altra parte il diritto di richiedere i danni.

Il contratto sarà prorogato fino al termine dell'evento di forza maggiore.

Un evento di forza maggiore non potrà essere causa di risoluzione anticipata del contratto salvo che la situazione di forza maggiore non perduri per un periodo oltre i 12 mesi, nel qual caso la parte non colpita dalla forza maggiore potrà richiedere la risoluzione del contratto”²³¹.

is not resolved within forty (40) days after such notice, either Shareholder shall be entitled to refer the dispute for arbitration by three (3) arbitrators to the rules of and under the auspices of the International Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. In their determination, such arbitrators shall have due regard to international. The award of such arbitrators shall be binding on the parties and may be entered in any court of competent jurisdiction”.

²³¹ Si riporta *infra* la versione originale, in inglese, della clausola di forza maggiore: “*Event of force majeure*”. *An Event of Force Majeure includes any fire, explosion, accident, earthquake, tidal wave, strike, picketing, lockout, labour dispute, flood, drought, embargo, war, riot or insurrection, uprising, rebellion, or any other event whether similar or dissimilar to the foregoing which shall be beyond the reasonable control of the Shareholder affected thereby and which shall delay, interrupt or prevent the performance in whole or in part by such Shareholder of any of its obligations hereunder other than an obligation to pay money.*

NOTICE OF FORCE MAJEURE. A Shareholder affected by an Event of Force Majeure shall promptly give notice thereof to the other Shareholder and shall indicate in such notice, as accurately as possible, the effect of such Event of Force Majeure on its capacity to perform its obligations hereunder.

EFFECT OF AN EVENT OF FORCE MAJEURE. Subject to the giving of notice provided for in the immediately preceding article: the non-fulfillment of any obligation of any Shareholder hereunder by reason of an Event of Force Majeure shall not constitute a breach or an Event of Default, and shall not give rise to damages or to any other recourse; and any time period provided for the performance of any obligation of any Shareholder hereunder shall be postponed or extended for and by a duration equal to the period during which the Event of Force Majeure shall continue to exist.

NO TERMINATION. An Event of Force Majeure shall not be a cause for the early termination of this Contract or of the Duration of the Joint Venture unless the Event of Force Majeure continues for a period in excess of 12 months, in which case the Shareholder not directly affected such Event of Force Majeure may request the early termination of the Project pursuant to the provisions of article 16.4”.

Il terzo contratto di *joint venture* preso in esame si riferisce ad una *joint venture* per l'esecuzione in comune di un'opera. Più precisamente le parti, una società canadese ed una società americana, stipulavano il presente contratto in quanto la prima aveva elaborato un *software* su *cd-rom* per l'insegnamento della lingua inglese e decideva di stipulare il presente contratto in quanto la seconda società, specializzata nell'esportazione e nel *marketing* nonché nell'implementazione di *software* educativi su *cd-rom* si proponeva di convertire il *software* oggetto del contratto da *cd-rom* a prodotto *on-line*, sviluppandone tutte le caratteristiche. Le parti concordavano che la legge applicabile al presente contratto fosse in questo caso legge dello Stato del Nevada²³², mentre per quanto concerne la regolazione di eventuali future controversie, andando in senso contrario rispetto alla prassi, le parti decidevano di non prevedere nulla a tal riguardo. Anche in questo caso, come nei precedenti esaminati, le parti prevedevano una clausola di forza maggiore, più precisamente l'art. 14 del contratto prevedeva che:

“nel caso in cui una delle parti non fosse in grado di adempiere alle proprie obbligazioni o ad partecipare alle agevolazioni conferite dal presente contratto a causa del risultato di un evento fuori dal suo controllo, incluse: l'interferenza di qualche dipartimento del governo o di qualsiasi altra autorità competente, qualsiasi sciopero, serrata o contestazione sindacale (altre rispetto a quelle che potrebbero coinvolgere una parte o i loro dipendenti), incendi, esplosioni, inondazioni, dimostrazioni civili, calamità nazionale, o qualsiasi altro atto di Dio, dovrà comunicare all'altra parte e compiere qualsiasi ragionevole sforzo al fine di evitare le difficoltà che potrebbero sorgere da tale evento di forza

²³² La versione originale in lingua inglese dell'art. 3 “*Governing Law*” prevede che: “*This Agreement shall be governed, construed and enforced according to the laws of the State of Nevada*”.

*maggiore. Se una parte non fosse, comunque, in grado di adempiere alle proprie obbligazioni di cui al presente contratto a causa di evento di forza maggiore per un periodo di 45 giorni o di più l'altra parte avrà il diritto di essere informata per iscritto, senza che possa essere imputata alcuna ulteriore responsabilità in capo alla parte slavo che per le responsabilità già occorse*²³³.

Il quarto contratto di *joint venture*, vede protagoniste due società, una americana ed una svizzera, entrambe attive nel settore dei mangimi per animali, che costituiscono una NEWCO al fine di sviluppare sia in termini di ricerca che di mercato il proprio settore merceologico. Anche in questo caso come nei precedenti è prevista una clausola di forza maggiore la quale statuisce espressamente quanto segue:

“nessuna parte sarà ritenuta responsabile o sarà ritenuta aver violato il presente contratto per il fallimento o il ritardo nell’adempimento o nell’esecuzione di una qualsiasi previsione del presente contratto (fatta eccezione per quanto concerne le obbligazioni pecuniarie) quando tale fallimento o ritardo è causato da o risulta da una qualsiasi causa al di fuori del ragionevole controllo della parte, incluso, ma non limitato a, incendi, esplosioni, interruzione delle piante, danni alle piante dovute alla peste o qualsiasi altra malattia, scioperi, serrate, controversie di lavoro, incidenti, mancanza o fallimento delle attrezzature per il trasporto, inondazioni, mancanza o fallimento di risorse di manodopera, embarghi, qualsiasi legge, regolamento, decisione, richiesta di una qualsiasi autorità a carattere nazionale o locale. La parte denunciante tale situazione dovrà, senza ritardo alcuno, comunicare all'altra parte con una lettera raccomandata o via telefax l'interruzione e la cessazione di quanto sopra e dovrà compiere tutti i propri sforzi, nel limite della ragionevolezza, al fine di rimediare a tutti gli effetti di tali ostacoli. L'onere di provare che tale evento di forza maggiore rimane sulla parte che invocherà tale evento. Nel corso del periodo in

²³³ Si riporta di seguito la versione originale in lingua inglese del presente contratto: *“If either party is unable to fulfill its obligations under or to enjoy the benefits conferred by this Agreement as a result of an event outside of its control, including interference by any government department or any competent authority of any country, any strikes, lockouts or trade disputes (other than those involving a party or their employees), fire, explosion, flood, civil disturbance, national calamity or other act of God, it shall notify the other party and use reasonable efforts to overcome the difficulties arising from such a force majeure event. If, however, a party is unable to fulfill its obligations under this Agreement because of the force majeure event for a period of 45 days or more, the other party shall be entitled to terminate this Agreement upon giving written notice, without any further liability to that party but without affecting any accrued liability”*.

*cui alla parte è impedito di eseguire le proprie obbligazioni di cui al presente contratto a causa della forza maggiore, l'altra parte potrà, a propria discrezione, qualsiasi obbligazione correlata. Una volta terminato tale evento di forza maggiore, le parti dovranno compiere i loro migliori sforzi al fine di riprendere ogni obbligazione sospesa. Qualora tale evento di forza maggiore dovesse prevedersi più lungo di nove mesi o si sia già protratto per oltre nove mesi, questo contratto potrà essere risolto da una delle due parti mediante una comunicazione scritta con lettera raccomandata o via telefax. In caso di risoluzione, la parte che risolverà il presente contratto non sarà tenuta al pagamento di qualsiasi tipo di risarcimento*²³⁴.

Il presente contratto inoltre presenta alcune differenze rispetto ai precedenti, infatti, oltre all'applicazione della legge dello stato di New York²³⁵, prevede una clausola arbitrale in caso di risoluzione delle controversie, mediante un arbitrato *ad hoc* che seguirà le regole della ICC, rispetto però alle precedenti clausole di risoluzione delle controversie la presente aggiunge un dettaglio, ossia prevede l'istituzione di due sedi di arbitrato a seconda di chi sarà la parte che deciderà di adire per prima il collegio arbitrale. Nel caso di specie qualora fosse la parte americana a voler ricorrere per prima all'arbitrato, la sede di questo sarà in California nella città di San

²³⁴ Si riporta di seguito la versione originale in lingua inglese della clausola di forza maggiore del presente contratto di *joint venture*: "Force Majeure. No Party shall be held liable or responsible to the other party, nor be deemed to be in breach of this Agreement, for failure or delay in fulfilling or performing any provisions of this Agreement (other than payment obligations) when such failure or delay is caused by or results from any cause whatsoever outside the reasonable control of the party concerned including, but not limited to, fire, explosion, breakdown of plant, damage to plant material by pests or otherwise, strike, lock-out, labor disputes, casualty or accident, lack or failure of transportation facilities, flood, lack or failure of sources of supply or of labor, raw materials or energy, civil commotion, embargo, any law, regulation, decision, demand or requirement of any national or local government or authority. The Party claiming relief shall, without delay, notify the other party by registered airmail or by telefax of the interruption and cessation thereof and shall use its best efforts to remedy the effects of such hindrance with all reasonable dispatch. The onus of proving that any such Force Majeure event exists shall rest upon the Party so asserting. During the period that a Party is prevented from performing its obligations under this Agreement due to a Force Majeure event, the other Parties may, in their sole discretion, suspend any obligations that relate thereto. Upon cessation of such Force Majeure event, the Parties hereto shall use their best efforts to make up for any suspended obligations. If such Force Majeure event is anticipated to continue, or has existed for nine (9) consecutive months or more, this Agreement may be forthwith terminated by any Party by registered mail or by telefax. In case of such termination, the terminating Party will not be required to pay to the other Parties any indemnity whatsoever".

²³⁵ Si riporta di seguito la clausola relativa alla legge applicabile: "This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of the State of New York other than those provisions governing conflicts of law".

Diego, mentre nel caso in cui dovesse ricorrere per prima all'arbitrato la società svizzera la sede dello stesso arbitrato sarà Parigi²³⁶.

Il quinto ed ultimo contratto di *joint venture* analizzato si riferisce ad un contratto stipulato tra cinque società – di cui quattro coreane ed una americana – tutte operanti nel settore farmaceutico, al fine di costituire una nuova società con sede in Corea, la quale utilizzando il *know-how* fornito dalla società americana e le strutture

²³⁶ Si riporta di seguito la clausola relativa alla “risoluzione delle controversie”: *The Parties hereby agree that they will attempt in good faith to resolve any controversy, claim or dispute arising out of or relating to this Agreement ("Dispute") promptly by negotiations. Any such dispute which is not settled by the parties within 15 days after notice of such Dispute is given by one Party to the others in writing shall be referred to the Chief Executive Officer of Diversa and the appropriate Senior Executive of Novartis who are authorized to settle such Disputes on behalf of their respective companies ("Senior Executives"). The Senior Executives will meet for negotiations within 15 days of such notice of Dispute, at a time and place mutually acceptable to both Senior Executives. If the Dispute has not been resolved within 30 days after the end of the 15 day negotiation period referred to above (which period may be extended by mutual agreement), unless otherwise specifically provided for herein, any Dispute will be settled first by non-binding mediation and thereafter by arbitration as described in Sections 10.3.2 and 10.3.3 below.*

*Any Dispute which is not resolved by the Parties within the time period described in Section 10.3.1 shall be submitted to an alternative dispute resolution process ("ADR"). Within five business days after the expiration of the 30-day period set forth in Section 10.3.1, each of Diversa and Novartis shall select for itself a representative with the authority to bind such Party and shall notify the other Party in writing of the name and title of such representative. Within 10 business days after the date of delivery of such notice, the representatives shall schedule a date for engaging in non-binding ADR with a neutral mediator or dispute resolution firm mutually acceptable to both representatives. Any such mediation shall be held in [*****] if brought by Novartis and Research Triangle Park, [*****] if brought by Diversa. Thereafter, the representatives of Diversa and Novartis shall engage in good faith in an ADR process under the auspices of such individual or firm. If the representatives of the Diversa and Novartis have not been able to resolve the Dispute within 30 business days after the conclusion of the ADR process, or if the representatives of such Parties fail to schedule a date for engaging in non-binding ADR within the 10-day period set forth above, the Dispute shall be settled by binding arbitration as set forth in Section 10.3.3 below. If the representatives of Diversa and Novartis resolve the dispute within the 30-day period set forth above, then such resolution shall be binding upon all Parties. If Diversa or Novartis fails to abide by such resolution, the other Party can immediately refer the matter to arbitration under Section 10.3.3.*

10.3.3 If the parties have not been able to resolve the dispute as provided in Sections 10.3.1 and 10.3.2 above, the Dispute shall be finally settled by binding arbitration. Any arbitration hereunder shall be conducted under rules of conciliation and arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators chosen according to the following procedure: each of Diversa and Novartis shall appoint one arbitrator and the two so nominated shall choose the third. If the arbitrators chosen by the Parties cannot agree on the choice of the third arbitrator within a period of 30 days after their appointment, then the third arbitrator with such requisite qualifications shall be appointed by the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Any such arbitration shall be held in San Diego, California if brought by Novartis and Paris, France if brought by Diversa, or such other location as the arbitrators may agree, and shall be conducted in English. The arbitral award (i) shall be final and binding upon all Parties; and (ii) may be entered in any court of competent jurisdiction.

10.3.4 Nothing contained in this Section or any other provisions of this Agreement shall be construed to limit or preclude Diversa or Novartis from bringing any action in any court of competent jurisdiction for injunctive or other provisional relief to compel the other Parties to comply with their obligations hereunder before or during the pendency of mediation or arbitration proceedings”.

ed il *know-how* delle società aventi sede in Corea dovrà compiere attività di ricerca e di sviluppo di nuovi farmaci in grado di sconfiggere il virus dell'AIDS.

In questo caso la legge sostanziale che regola il presente contratto è la legge della Corea del Sud²³⁷, anche in questo come nel precedente è previsto l'istituzione di un arbitro quale metodo di risoluzione delle controversie e come nel precedente sono previste due sedi differenti dell'arbitrato a seconda di chi adirà per primo l'arbitrato. La procedura arbitrale dovrà essere regolata dalle regole della ICC.

Come in tutti i contratti analizzati anche il presente contratto annovera all'interno delle proprie clausole una clausola specifica atta a regolare i casi di forza maggiore, più precisamente all'interno del presente contratto viene stabilito quanto segue²³⁸:

²³⁷ Si riporta di seguito la clausola relativa alla legge applicabile ed alla risoluzione delle controversie: *"Any controversy or claim arising out of or in relation to this Agreement, or breach hereof, shall be finally settled by arbitration in Seoul, Korea if raised by _____, and in California, U.S.A., if raised by any Party other than _____. The arbitration shall be conducted before three arbitrators in accordance with the Rules of Arbitration and Conciliation of the International Chamber of Commerce then in effect. The Party or Parties requesting arbitration shall appoint one arbitrator and the other Parties in the position of defendant shall jointly appoint a second arbitrator within thirty (30) days after receipt of a demand for arbitration. The arbitrators shall be freely selected, and the Parties shall not be limited to any prescribed list. The two arbitrators thus appointed shall, within thirty (30) days after both shall have been appointed, appoint a third arbitrator, who shall not be a national of Korea or the U.S.A. and who shall preside over the arbitration proceedings. If any appointment required herein shall not be made within the prescribed time, then such appointment may be made by the President of the International Chamber of Commerce in Paris. The proceedings shall be conducted in English, and all arbitrators shall be conversant in and have a thorough command of the English language. The award of the arbitrators shall be final and conclusive. All Parties taking part in the arbitration shall be bound by the award rendered by the arbitrators and judgment thereon may be entered in any court of competent jurisdiction. Notwithstanding any other provision of this Agreement, any Party shall be entitled to seek preliminary injunctive relief from any court of competent jurisdiction pending the final decision or award of the arbitrators. The validity, performance, construction and effect of this Agreement shall be governed by the substantive laws of the Republic of Korea"*.

²³⁸ Si riporta di seguito la clausola di forza maggiore in lingua inglese di cui al presente del contratto: *"The failure or delay of any of the Parties hereto to perform any obligation under this Agreement solely by reason of acts of God, acts of government (except as otherwise enumerated herein), riots, wars, embargoes, strikes, lockouts, accidents in transportation, port congestion or other causes beyond its control ("**force majeure**") shall not be deemed to be a breach of this Agreement; provided, however, that the Party so prevented from complying herewith shall not have procured*

“il fallimento o il ritardo di qualsiasi delle parti nell’adempimento o nell’esecuzione del presente contratto unicamente a causa di atti di Dio, atti del governo (fatta eccezione che per quanto previsto nell’elencazione), rivoluzioni, guerre, embarghi, scioperi, serrate, incidenti in fase di trasporto, congestioni dei porti o altre cause fuori dal proprio controllo (“forza maggiore”) non sarà considerato in violazione di questo contratto, premesso che, comunque, la parte così ostacolata dal riuscire ad adempiere al contratto non dovrà essere la fonte di tale evento di forza maggiore e dovrà utilizzare tutta le misure ragionevoli al fine di evitare tale evento o di limitarne gli effetti, e dovrà continuare a prendere tutte le azioni entro il proprio potere al fine di riuscire ad adempiere con le previsioni del presente contratto.

Fatta eccezione per il caso sia proprio la natura ad impedire ciò, la parte che subirà la forza maggiore dovrà comunicare alla altre parti per iscritto entro 14 giorni il verificarsi di tale forza maggiore e dovrà in ogni caso, nei limiti della ragionevolezza e della legalità, compiere tutti i propri sforzi al fine di rimuovere o rimediare tali cause.

12. I contratti OEM.

Per quanto concerne i contratti OEM analizzati all’interno del presente capitolo il primo ha ad oggetto la fornitura, la licenza e le attività di assistenza a determinati prodotti informatici, che una società californiana si è apprestata a fornire ad una società sempre nel campo dell’informatica avente sede nello Stato del Delaware. Il presente contratto, regolato dalla legge della California²³⁹ ha al proprio interno, più precisamente all’interno delle previsioni generali del contratto, una clausola di forza maggiore che recita espressamente:

such force majeure, shall have used reasonable diligence to avoid such force majeure and ameliorate its effects, and shall continue to take all actions within its power to comply as fully as reasonably possible with the terms of this Agreement. Except where the nature of the event shall prevent it from doing so, the Party suffering such force majeure shall notify the other Parties in writing within fourteen (14) days after the occurrence of such force majeure and shall in every instance, to the extent reasonable and lawful under the circumstances, use its best efforts to remove or remedy such cause with all reasonable dispatch.”

²³⁹ La lettera n) delle *general provision* stabilisce, con riferimento alle legge applicabile al presente contratto: *“This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the substantive laws of the State of California”*.

“Nessuna delle due parti potrà essere ritenuta responsabile per una sua incapacità ad adempiere al contratto a causa di eventi al di fuori del proprio controllo, quali atti di Dio, incendi, furto, guerra, rivoluzioni, embarghi, insurrezioni civili, scioperi dei lavoratori o del trasporto, inondazioni, terremoti, eruzioni vulcaniche, scarsità dei materiali o di energia, atti e/o provvedimenti di pubbliche autorità, sia civili che militari, atti posti in essere da nemici, di terrorismo o sabotaggio. Se l’esecuzione del contratto di ciascuna parte sarà in ritardo per una di questi eventi, l’esecuzione della parte sarà prorogata per un periodo ragionevole sempreché la parte in ritardo ne abbia data una pronta notizia all’altra parte”²⁴⁰.

Per quanto riguarda la risoluzione delle controversie, le parti, andando controtendenza rispetto alla “tipicità” del contenuto dei contratti fino ad ora esaminati, non hanno optato per la scelta dell’inserimento di una clausola compromissoria, ma hanno preferito disciplinare le attività delle parti prima di procedere ad una vera e propria azione legale. In questi caso le parti hanno previsto che le stesse dovranno seguire uno specifico *iter* al fine di cercare di transigere l’*insorgenda* vertenza, dapprima tramite alcuni referenti delle due società ed in caso di esito non positivo di tali contatti volti a definire la controversia dovranno successivamente entrare in contatto i vertici societari, solamente nel caso in cui anche questo secondo tentativo di definire la controversia bonariamente in via stragiudiziale dovesse fallire le parti potranno dare avvio ad una vera e propria azione legale.

²⁴⁰ Si riporta di seguito la clausola di forza maggiore così come redatta in inglese all’interno del contratto: “*Force Majeure. Neither party shall be liable for its inability to perform due to causes beyond its reasonable control such as acts of God, fire, theft, war, riot, embargoes, civil insurrections, labor or transportation strikes, flood, earthquake, volcanic eruption, shortages of material or energy, acts of civil, military or government authorities, acts of public enemy, terrorist acts or sabotage. If either party's performance is to be delayed by any such contingencies, that party's performance shall be extended for a reasonable period of time provided the delayed party gives prompt notice to the other party of such delays*”.

Analogo oggetto presenta il secondo contratto OEM analizzato, che si riferisce alle attività di fornitura ed assistenza per determinati prodotti di tipo informatico (*router, switches, hub*) che una parte si impegna a fornire ad una rinomata società informatica americana. Il contratto pur essendo stipulato negli Stati Uniti si riferisce a due Stati differenti degli stessi, Texas e Delaware.

Nel presente caso la legge sostanziale applicabile al presente contratto risulta essere la legge dello Stato di New York²⁴¹, mentre per quanto concerne la clausola di forza maggiore il contratto prevede che:

“nessuna delle due parti sarà responsabile per ogni inadempimento alle obbligazioni di cui al presente contratto nel corso di ogni periodo nel quale l’adempimento è ritardato a causa di un incendio, inondazione, guerra, embargo, sciopero, rivoluzione, o di qualsiasi intervento delle pubbliche autorità o circostanze similari (forza maggiore). In tali casi, comunque, la parte in ritardo deve: a) fornire all’altra parte una pronta comunicazione per iscritto, (b) compiere tutti gli sforzi necessari per riprendere o iniziare l’adempimento del presente accordo. Il tempo di ritardo della parte sarà scusato per tutta il periodo in cui perdurerà l’evento di forza maggiore, ma qualora l’evento di forza maggiore dovesse protrarsi per più di 45 giorni l’altra parte potrà immediatamente risolvere il contratto”²⁴².

²⁴¹ Si riporta di seguito la clausola relativa alla legge applicabile così come redatta in inglese all’interno del contratto: *“Governing Law and Venue. This Agreement shall be governed by the substantive laws of the State of New York”*.

²⁴² Si riporta di seguito la clausola di forza maggiore così come redatta in inglese all’interno del contratto: *“Force Majeure. Neither Party shall be liable to the other Party for any failure to perform any of its obligations hereunder during any period in which such performance is delayed by fire, flood, war, embargo, strike, riot or the intervention of any governmental authority or similar circumstances (a “Force Majeure”). In such event, however, the delayed Party must: (a) promptly provide the other Party with written notice of the Force Majeure; and (b) use its best efforts to resume or commence performance under this Agreement. The delayed Party’s time for performance will be excused for the duration of the Force Majeure, but if the Force Majeure event lasts longer than forty-five (45) Days, the other Party may immediately terminate this Agreement”*.

Con riferimento alla clausola relativa alla risoluzione delle controversie il presente nulla prevede se non che le parti prima di procedere in via giudiziale nei confronti dell'altra si impegneranno a cercare di definire la vertenza stragiudizialmente in buona fede²⁴³.

Il terzo contratto OEM analizzato si riferisce come nei casi precedenti ad un contratto stipulato tra due società operanti nel *business* dell'informatica. Nel caso di specie il contratto è stato stipulato tra due società di informatica ambedue stabilite nel territorio di Israele. Il contratto si riferisce ad una fornitura di un *software* anti-spam che il fornitore stesso dovrà vendere e concedere in licenza all'acquirente, che, a sua volta, lo rivenderà come proprio. La legge regolatrice del presente contratto è la legge di Israele²⁴⁴, rispetto ai precedenti contratti, la presente clausola esclude espressamente l'applicabilità dei principi generali di legge. Anche in questo caso non è previsto, nel caso di risoluzione delle controversie, il ricorso ad un arbitrato previsto *ad hoc* dal contratto. Per quanto concerne, invece, la clausola di forza maggiore il contratto prevede espressamente che:

²⁴³ Si riporta di seguito la clausola relativa alla risoluzione delle controversie: *"Good Faith Dispute Resolution. Before either Party initiates a lawsuit or other legal proceeding against the other Party relating to this Agreement, the Parties agree to work in good faith to resolve all disputes and claims arising out of or relating to this Agreement, the Parties' performance under it or a breach of this Agreement. Either Party may request, after informal discussions have failed to resolve a dispute or claim, that each Party designate an officer (or other management employee with authority to bind the Party) to meet in good faith and attempt to resolve the dispute or claim. During their discussions, each Party will honor the other's reasonable requests for information relating to the dispute or claim. This paragraph will not apply if (i) the expiration of the statute of limitations for a cause of action is imminent, or (ii) injunctive or other equitable relief is necessary to mitigate damages"*.

²⁴⁴ Si riporta di seguito la clausola relativa alla legge applicabile nella sua versione originale in lingua inglese: *"All questions concerning the validity, operation, interpretation, and construction of this Agreement will be governed by and determined in accordance with the laws of the State of Israel (excluding the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods) without regard to choice of law principles. In any action or proceeding to enforce rights under this Agreement, the prevailing party shall be entitled to recover reasonable costs and attorneys' fees. Any action arising hereunder shall be brought exclusively before the courts of Tel Aviv, Israel, and the parties hereto expressly and irrevocably agree to the personal jurisdiction of such courts"*.

“Un parte non sarà considerata materialmente violatrice del presente accordo nella misura in cui l’esecuzione delle sue obbligazioni o i tentativi di curare qualsiasi violazione sono ritardati o impediti in ragione di un atto di Dio, incendi, disastri naturali, incidenti, atti di governo, carenza di apparecchiature, materiali o forniture al di là del ragionevole controllo della parte stessa, o qualsiasi altra causa al di là del ragionevole controllo di quella parte (un "evento di forza maggiore"), a condizione che la parte in ritardo od ostacolata renda edotta prontamente l'altra parte della natura e della durata prevista della causa di forza maggiore”²⁴⁵.

Il quarto contratto si riferisce come sopra al settore delle nuove tecnologie, più precisamente il contratto di OEM ha ad oggetto la fornitura, da parte di una società dello Stato del Delaware – che progetta, sviluppa, costruisce e rivende prodotti, servizi e software per garantire la sicurezza delle reti telematiche – di *software* ad una società avente sede nello Stato di New York. Il presente contratto è regolato dalla legge dello Stato di New York e per quanto la risoluzione di potenziali controversie tra le parti, rispetto ai precedenti tre contratti visti, il presente contratto oltre a prevedere una procedura particolarmente complessa per la risoluzione della controversia tra le parti (richiedendo un primo contatto tra i dirigenti delle società legate dal presente contratto), demandano alla risoluzione di ogni e qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra le parti ad un Collegio arbitrale con sede a New York²⁴⁶. Per quanto concerne la clausola di forza

²⁴⁵ Si riporta di seguito la clausola di forza maggiore nella sua versione originale in lingua inglese: “*A party will not be deemed to have materially breached this Agreement to the extent that performance of its obligations or attempts to cure any breach are delayed or prevented by reason of an act of God, fire, natural disaster, accident, act of government, shortage of equipment, materials or supplies beyond the reasonable control of such party, or any other cause beyond the reasonable control of that party (a “force majeure event”); provided that the party whose performances is delayed or prevented promptly notifies the other party of the nature and expected duration of the force majeure event”.*

²⁴⁶ Si riporta di seguito l’art 12 del contratto in parola, relativo alla legge applicabile ed alla risoluzione

maggiorle parti hanno previsto nelle previsioni generali del contratto una sintetica formula al fine di includere tale clausole nel contratto. Nel contratto in parola la clausola di forza maggiorle stabilisce espressamente che:

“Nessuna delle parti sar  responsabile di eventuali omissioni o ritardi nelle prestazioni dovute a causa di eventi posti al di l  del proprio ragionevole controllo, compresi, ma non limitati a, cause di forza maggiorle, guerre, rivolte, atti di terrorismo, embarghi, atti di autorit  civili o militari, incendi, inondazioni, terremoti, incidenti, scioperi, o di crisi di carburante, a condizione che la parte dia tempestiva comunicazione scritta all'altra parte, e compia tutti i ragionevoli sforzi al fine di riprendere le prestazioni”²⁴⁷

Il quinto ed ultimo contratto si riferisce, come nei casi precedenti,

delle controversie, cos  come redatto in inglese all'interno del contratto: *“This Agreement will be governed by and construed in accordance with the laws of the State of New York. The parties agree that this Agreement shall not be governed by the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods.*

*12.2 **Cost and Expenses.** Except as otherwise expressly provided herein or agreed to in advance in writing by Sourcefire and Nokia, each party shall pay all costs and expenses incurred in the performance of its respective obligations under this Agreement.*

*12.3 **Alternative Dispute Resolution.** Except for instance where equitable relief is permitted under this Agreement, any and all claims, disputes, or controversies arising under, out of, or in connection with this Agreement or the breach thereof, (herein "**dispute**") shall be submitted to the chief operating officer (or equivalent) of each party (or their designee) for a good faith attempt to resolve the dispute. The position of each party shall be submitted, and the individuals promptly thereafter shall meet at a neutral site. If the parties are unable to reach agreement within seven (7) days following such meeting, then any dispute which has not been resolved within said seven (7) days by good faith negotiations between the parties shall be referred to mediation at the request of either party and, failing resolution by mediation, the dispute shall be determined at the request of either party by final and binding arbitration. Arbitration shall be conducted in New York, by three (3) arbitrators in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association. The arbitrators shall be knowledgeable in the commercial aspects of software licensing, open source licensing, Internet applications, network security, technical consulting services and copyright and patent law and with the Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association. Each party shall select one arbitrator within fifteen (15) days after the receipt by the noticed party of the demand for arbitration delivered in the manner set forth herein for providing notice to the parties. The two arbitrators selected thereby shall promptly select the third arbitrator in accordance with this **Section 12.3**. If the initial two arbitrators are not selected by the parties within said fifteen (15) days, then the American Arbitration Association shall select the arbitrators. The arbitrators shall make detailed written findings to support their decision. The arbitrators shall render their decision no more than sixty (60) days after the parties finally submit the dispute to the panel. The panel's decision will be final and binding. Judgment upon any arbitration award may be entered in any court having jurisdiction”.*

²⁴⁷ Si riporta di seguito la clausola di forza maggiorle cos  come redatta in inglese all'interno del contratto: *“Force Majeure. Neither party will be responsible for any failure or delay in its performance due to causes beyond its reasonable control, including, but not limited to, acts of God, war, riot, terrorism, embargoes, acts of civil or military authorities, fire, floods, earthquakes, accidents, strikes, or fuel crises, provided that such party gives prompt written notice thereof to the other party and uses its diligent efforts to resume performance”.*

a contratti stipulati nell'ambito del settore informatico, stipulato tra una società olandese ed una società israeliana. Per quanto concerne la legge sostanziale applicabile il contratto stabilisce che la legge applicabile sarà quella dello Stato della California, mentre anche in questo, come nel precedente, la risoluzione delle controversie è demandata ad un collegio arbitrale che sarà costituito con le regole dell'*American Arbitration Association International Arbitration Rules*²⁴⁸.

Per quanto concerne la clausola di forza maggiore il contratto prevede sinteticamente che:

*“Nessuna delle Parti sarà responsabile in caso di forza maggiore. Le Parti del presente accordo convengono che la forza maggiore dovrà comprendere (ma non sarà limitata a): il collasso materiale delle attrezzature, le controversie di lavoro di qualsiasi natura o causa, e altre circostanze al di là del ragionevole il controllo di una delle parti. Il verificarsi di un evento di forza maggiore non esime l'acquirente dai suoi obblighi di pagamento ai sensi del presente accordo a meno che tale evento non abbia un impatto tale da incidere sulla capacità dell'acquirente di adempiere tali obblighi”*²⁴⁹.

²⁴⁸ Si riporta di seguito l'articolo del contratto in parola, relativo alla legge applicabile ed alla clausola compromissoria, così come redatto nella sua versione originale in lingua inglese: *“This Agreement shall be governed by the law of the State of California, without reference to rules of conflict of law. Except with respect to any dispute involving a party's Intellectual Property Rights, any dispute or claim arising out of or related to this Agreement, or the interpretation, making, performance, breach or termination thereof, shall be finally settled by binding arbitration under the American Arbitration Association International Arbitration Rules by three (3) arbitrators appointed in accordance with said Rules. The location of such arbitration shall be at a place in the United States designated by the Party not requesting arbitration. Judgment on the award rendered by the arbitrators may be entered in any court having jurisdiction thereof. The arbitrators shall apply California law to the merits of any dispute or claim, without reference to rules of conflict of law. At the request of either Party, the arbitrators will enter an appropriate protective order to maintain the confidentiality of information produced or exchanged in the course of the arbitration proceedings. The costs of the arbitration, including administrative and arbitrator's fees, shall be shared equally by the Parties. Each Party shall bear the costs of its own attorneys' fees and expert witness fees. Notwithstanding the foregoing, neither Party shall be precluded from seeking an injunction or other equitable relief in any court of competent jurisdiction applying the local law of such court to remedy or prevent violation of any provision of this Agreement relating to Confidential Information or their respective Intellectual Property Rights”*.

²⁴⁹ Si riporta di seguito la clausola di forza maggiore così come redatta in inglese all'interno del contratto: *“Neither Party shall be liable in case of force majeure. The Parties to this Agreement agree that force majeure shall include (but shall not be limited to): material breakdown of equipment, labor disputes of whatever nature or*

13 Conclusioni

Le grandi *corporations*, anche alla luce della recente crisi economica che ha colpito in *primis* gli Stati Uniti, cercano di dettare, spesso riuscendovi, le condizioni del mercato, imponendo alle *law firms* le nuove regole da seguire.

La causa di questo fenomeno è sicuramente da rinvenirsi nell'aumento del numero degli uffici legali in seno alle *corporations* stesse, le quali, disponendo già al loro interno di ottimi avvocati, sono diventate ancora più selettive nella scelta dello studio legale esterno al quale demandare le consulenze legali.

Le grandi multinazionali con uffici dislocati in tutto il mondo cercano svolgere in *house*, attraverso il lavoro dei propri uffici legali interni, attività quali la redazione di contratti, o quantomeno la predisposizione di schemi contrattuali *standard*, oppure la redazione di *policies* a carattere internazionali valevoli per tutte gli uffici dislocati nel mondo. Questi lavori fino al 2000 erano svolti perlopiù dalle stesse *law firms*.

Tutto questo ha portato necessariamente ad un'estrema specializzazione in settori del diritto nuovi e particolarmente complessi (come i campi relativi al settore *energy* e costruzioni di impianti fotovoltaici) dove le *firms* si incontrano e scontrano non solo con le altre *law firms internazionali* di pari rango, ma anche con le

cause, and any other circumstances reasonably beyond the control of one of the Parties. The occurrence of a force majeure event shall not relieve the Buyer of its payment obligations under this Agreement unless such event has an impact on Buyer's ability to fulfill such obligations".

piccole *boutique* del diritto già specializzatesi altamente in alcuni settori del diritto ritenuti più *elitari*.

Come evidenziato, pertanto, gli avvocati tendono a specializzarsi in settori sempre più ristretti, intessendo una serie di rapporti relazionali con altri specialisti in modo da offrire ai clienti (in particolare aziende e società) una più ampia gamma di servizi altamente qualificati.

Una diretta conseguenza di questa evoluzione è rappresentata dalla diversa natura dei rapporti fra studi legali e clienti: che se prima si caratterizzavano per la loro ampiezza e durata, oggi sono meno esclusivi e più orientati a una consulenza specifica o ad ulteriori parametri.

Tutto ciò si può anche agevolmente notare da un recente discorso, tenuto presso la *Northwestern Law School*, di Mark Chandler il *general counsel* della *Cisco System* dove lo stesso ha affermato che non avrebbe più pagato le *law firms* a seconda delle ore lavorate per la propria società ma che avrebbe pagato il lavoro svolto da queste ultime a seconda del tipo di consulenza richiesta. Tutto ciò secondo Mark Chander oltre a diminuire i costi per i servizi legali richiesta dalla società della quale è a capo avrebbe portato inoltre una maggiore competitività tra i vari studi legali²⁵⁰.

Il modificarsi dei rapporti intercorsi tra il cliente e *law firms* lo si può intravedere anche nella nuova politica di affidamento delle pratiche inaugurata da Chaterine Lamboley, *general counsel* della

²⁵⁰ A. Bruck & A. Canter, *Supply, Demand, And The Changing Economics Of Large Law Firms*, in «Stanford Law Review», Stanford, 2008, p. 2090.

Shell, nel 2003, la quale piuttosto che affidare i servizi legali a seconda dei classici parametri, quali; la specializzazione ed il successo nel campo del diritto, annunciò che tutte le pratiche legali sarebbero state affidate a seconda della diversa forza lavoro presente all'interno della *law firm*. La stessa ospitò all'interno degli uffici della Shell tutti i *partners* di alcune selezionate *law firms* spiegando agli stessi che questi avrebbero avuto non più di due ore di tempo per spiegare i loro piani per aumentare il numero delle donne e delle minoranze all'interno delle proprie *law firms* e che a seconda della politica da questi intrapresa sarebbero stati affidati agli stessi i servizi legali della Shell. Alla fine della riunione la stessa escluse un numero elevato di *law firms*, tra le quali le più prestigiose di Houston (come la *Baker Botts*) poiché il *general counsel* della Shell non riteneva sufficiente la politica da questi intrapresa²⁵¹.

Mediante la lettura e lo studio delle clausole che compongono i contratti cd. di *lex mercatoria*, si possono fare le osservazioni che seguono.

Si può inizialmente notare come l'istituto della forza maggiore sia ammesso da tutti gli ordinamenti nazionali²⁵² ai quali i contratti analizzati sono stati sottoposti, quali ad esempio: la legge italiana, la legge dello stato della California, la legge della Repubblica Popolare Cinese, la legge israeliana, ect. Successivamente si può notare come, sebbene sia stata redatta una clausola *standard* di forza maggiore nel

²⁵¹ N. Koppel, *Courting Shell*, in «The American Lawyer», 24 June 2004.

²⁵² Sul punto si veda: F. Marrella, F. Galgano, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 301.

2003 dalla *International Chamber of Commerce*, non venga utilizzata dagli operatori economici una vera e propria clausola *standard* di forza maggiore, ogni clausola, infatti, è studiata e redatta appositamente per quel determinato contratto. Scendendo ancor più nel dettaglio si può notare come le clausole di forza maggiore divergano tra di loro, non solo nel caso di schemi contrattuali differenti, ma anche all'interno delle stesse tipologie contrattuali. Sul punto si può, infatti, osservare che le clausole di forza maggiore redatte nei *turn-key contracts* sono differenti tra di loro, lo stesso dicasi per le clausole di forza maggiore apposte nei contratti di OEM ed all'interno delle *joint ventures*.

Le clausole di forza maggiore sopra descritte e riportate, differiscono sotto molteplici punti di vista; in alcuni casi ad esempio è previsto esplicitamente un periodo di tempo oltrepassato il quale la parte che subisce il ritardo a causa dell'evento di forza maggiore può ottenere, mediante una semplice comunicazione per iscritto, la risoluzione del contratto mentre in altri casi addirittura si prevede esplicitamente che la parte non potrà mai risolvere il contratto a causa del protrarsi di un evento di forza maggiore. Anche nel primo caso, ossia la predeterminazione da parte dell'operatore economico di un periodo di tempo decorso il quale una parte potrà risolvere il contratto varia da caso a caso, infatti, se nel contratto di *turn-key* le parti fissano tale periodo di tempo in sei mesi in altri casi come nei contratti *joint venture* le parti preferiscono fissare termini più lunghi come nove o dodici mesi.

Sempre con riferimento alle differenze intercorrenti tra le varie clausole di forza maggiore si può, inoltre, notare che in un caso le parti hanno addirittura previsto una *force majeure fee* ossia una sorta di corrispettivo giornaliero – come se fosse una penale – che la parte colpita dall’evento di forza maggiore dovrà corrispondere all’altra parte per un periodo non superiore a trenta giorni, decorso il quale la prima parte nulla dovrà corrispondere alla seconda.

Per quanto concerne, infine, l’elencazione dei casi di forza maggiore, si può notare che tale elencazione risulta essere sempre meramente esemplificativa, in quanto quasi sempre ogni singola clausola prevede che agli eventi elencati vi si possano aggiungere tutti gli eventi imprevedibili ed fuori dal controllo della parte che li subisce.

Sempre con riferimento alla clausola di forza maggiore si noti che l’unico caso in cui le clausole di forza maggiore sono risultate identiche è il caso dei tre *turnkey contracts* stipulati dalla stessa società italiana con tre differenti società brasiliane per la costruzione di tre piattaforme petrolifere al largo delle coste del Brasile. I motivi di tale identità sono essenzialmente due: il primo risiede nel fatto che tutti e tre i contratti si riferiscono esattamente ad un’identica realtà fattuale, il secondo motivo invece consiste nel fatto che in tutti e tre i contratti una delle parti contrattuali è sempre la stessa. Con riferimento a quest’ultimo motivo si precisa che gli stessi sono stati reperiti presso una *law firm* italiana e che durante una breve intervista in fase di ritiro degli stessi uno degli avvocati che si era occupato della

revisione dei contratti mi confermava il fatto che tutti in contratti redatti per la medesima società, in materia di costruzione di impianti complessi, veniva inserita sempre la stessa clausola di forza maggiore in quanto ritenuta maggiormente completa e tutelante gli interessi della società.

Con riferimento alle clausole relative alla scelta della legge sostanziale applicabile al contratto, si noti che tali clausole sono redatte in tutti i contratti esaminati in maniera molto semplice e lineare al fine di evitare che possano esservi delle interpretazioni differenti rispetto al criterio di interpretazione letterale²⁵³. Si noti, inoltre, che fatta eccezione per casi isolati non è mai stato esplicitato che non fossero applicabili le norme di diritto internazionale privato. Si noti, infine, come in tutte le clausole relative alla legge applicabile al contratto le parti facciano sempre riferimento alla legge di uno Stato: la legge italiana, la legge d'Israele, la legge dello Stato di New York, la legge della Corea del Sud, e non facciano mai riferimento a principi generali del diritto internazionale, né tantomeno alla *lex mercatoria*, né tantomeno ai *Principi Unidroit*²⁵⁴.

Da ultimo, con riferimento alla clausola compromissoria si può notare che quasi in tutti le parti hanno deciso di devolvere la risoluzione di eventuali controversie ad un Collegio arbitrale, in alcuni

²⁵³ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

²⁵⁴ L'unico caso reperito in cui le parti hanno deciso di inserire i *Principi Unidroit* quale diritto applicabile al contratto, concerne un contratto di distribuzione commerciale stipulato tra una società russa ed una società italiana. Nel presente caso la clausola in questione era la seguente: "**27) DIRITTO APPLICABILE** Il presente accordo, per tutto quanto non espressamente ivi disciplinato, è retto dai principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2004, con l'esclusione degli articoli 2.1.18, 3.10, 5.1.1, 5.1.2, 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, 7.4.2 (2), 9.1.9".

casi esplicitando quali regole il Collegio dovrà seguire. Sebbene le parti hanno quasi sempre deciso di inserire all'interno del contratto una clausola compromissoria, come per le clausole di forza maggiore, queste sono sempre diverse una dall'altra, ci si riferisce in particolare a tutti i casi in cui le parti hanno preferito disciplinare con la clausola compromissoria altresì la fase antecedente il contenzioso, si rammenti infatti che in alcuni contratti esaminati le parti hanno deciso di subordinare il ricorso all'arbitrato all'esito negati di alcune trattative private volte a definire bonariamente la vertenza.

Per quanto concerne le clausole di *hardship* occorre sottolineare come in nessuno dei 15 contratti oggetto di analisi le parti abbiano deciso di inserire tale previsione contrattuale.

In conclusione alla luce dei contratti di *lex mercatoria* analizzati, ed alla luce delle precedenti considerazioni si può, quindi, sostenere che non vi siano delle vere e proprie clausole *standard* utilizzate nella prassi commerciale. Più precisamente si può sostenere che sebbene esistano delle clausole *standard* come quella di forza maggiore – che possono essere considerate di *lex mercatoria* - da inserire all'interno dei contratti di tipo internazionale le parti continuano a preferire delle soluzioni personalizzate a seconda dell'oggetto del contratto ed a seconda della realtà che vi sta dietro.

Per quanto concerne invece il ruolo di coloro che hanno provveduto a redigere i singoli schemi contrattuali oggetto di analisi occorre specificare che nella maggior parte dei casi (8 su 10) i contratti sono stati redatti dapprima dall'ufficio legale della società

parte del contratto e successivamente sono stati revisionati da *international law firm* e dai loro uffici dislocati nel mondo. A mero titolo esemplificati si consideri che il *turn-key contract* contratto relativo alla costruzione di piattaforme petrolifere

Negli altri 2 casi invece i contratti sono stati redatti interamente da una *law firm* che però, si è avvalsa, di precedenti schemi contrattuali utilizzati per altre società che erano stati precedentemente redatti da alcuni *corporate lawyer*.

Alla luce dei precedenti capitoli è emerso come le *transnational law firms*, grazie alla loro presenza internazionale, siano state lo strumento attraverso il quale le *corporations* hanno operato sulla scena globale, e nuovi schemi contrattuali e le clausole contrattuali in essi contenuti (*turn-key contracts, joint venture, contratti OEM*), che vengono di fatto annoverati tra alcuni studiosi quali fonti della nuova *lex mercatoria*. I cd. nuovi contratti dimostrano anche come il diritto abbia ormai abbattuto le frontiere che lo relegavano ad un ruolo esclusivamente interno²⁵⁵, essendo derivazione della prassi del commercio internazionale e frutto dell'attività degli operatori dei sistemi sia di *common law* che di *civil law*.

In tale contesto pertanto, ineccepibile che la certezza del diritto sia in continua evoluzione e che lo stesso si stia formando e plasmando essenzialmente sulle esigenze dei privati, i quali di esso fanno uso e, conseguentemente, tentano di utilizzarlo nel modo a loro più utile e confacente.

²⁵⁵ M. R. Ferrarese, *La lex mercatoria tra storia ed attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti*, cit., p. 164.

Occorre, inoltre, osservare che i rapporti tra le *law firms* e le *corporations* si sono via via affievoliti. Più precisamente le *corporations* anche al fine di attuare una politica volta al contenimento dei costi, frutto della crisi finanziaria degli ultimi anni, cercano di affidare il meno possibile consulenze legali alle *law firms*.

A tale ultimo proposito occorre, infine, osservare che - mediante lo studio delle singole clausole, con particolare riguardo alla clausola di forza maggiore - non sembrerebbe essere possibile annoverare queste tra le fonti di *lex mercatoria* per il seguente motivo: tali clausole, anche se talvolta sono state codificate in raccolte specifiche (vedasi la clausola di forza maggiore elaborata dalla ICC nel 2003), nella prassi continuano ad essere il frutto della quotidianità e delle sempre differenti esigenze incontrate dagli operatori.

Bibliografia citata e consultata

AA.VV., *Fonti e tipi del contratto internazionale*, a cura di U. Draetta e C. Vaccà, Milano, 1991.

ALPA G., *Prime note di raffronto tra i principi dell'unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, in «Contratto e impresa/Europa», 1996.

ALPA G., *New economy e libere professioni: il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in «Contratto e impresa», 2000, p. 1175.

ALPA G., *L'avvocato L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'era della Globalizzazione*, Bologna, Il Mulino 2005.

BALCET G., *Crisi della competitività degli Stati Uniti, sistema multinazionale e investimenti esteri diretti*, in «*Economia e politica industriale*», Milano, 1988.

BALLARINO T., *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in «*Rivista di diritto internazionale*», 2009, Vol. 1, Giuffrè, Milano.

BASEDOW J. & KONO T., *Legal aspect of globalization*, in «*Kluwer Law International*», 2000.

BASILE M. E., *Lex mercatoria and legal pluralism: a late thirteenth-century treatise and its afterlife*, Ames Foundation, Cambridge, 1998.

BECK. U., *Che cosa è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1999.

BELLOMO M., *Società ed istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1999 **BERMAN H.J.**, *Law and Revolution: the formation of the western legal tradition*, in «*Harvard University Press*», 1983.

BERGER K. P., *Lex Mercatoria Online: the CENTRAL Transnational Law Database at www.tldb.de*, in «*Arbitration International*», 2002.

BERMAN J. J. & CAHN E. S., *Bargaining for justice: The law students' Challenge to law firms*, in «*Harvard Law Review*», Vol. 5, 1970.

BERNSTEIN P. W., *The wall street lawyers are thriving on change*, Fortune, 1978.

BEWES WYNDHAM A., *The romance of the lex mercatoria*, 1923.

- BIERMAN L., HITT. M. A.**, *The Globalization of Legal Practice in the Internet Age*, in «Indiana Journal of Global legal studies», 2007.
- BLUMENTHAL J.**, *Bitter medicine: Law firms in a squeeze increasingly take difficult step of turning equity partners into non-equity partners*, Broward, in «Daily Business Review», 9 dec 2002.
- BOBBIO N.**, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli Editore, Milano, 1985.
- BÖCKSTIEGEL H.**, *Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr*, in «RIW», 1984.
- BODIN J.**, *I sei libri dello Stato*, 3, UTET, Torino, 1988-1997.
- BONELL M. J.**, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in «SIDI, La riforma del diritto internazionale privato italiano», Napoli, 1997.
- BONELL M. J.**, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2nd Ed., Transnational Publishers, Inc., 1997, Ardsley, New York;
- BONELL M. J.**, *I Principi UNIDROIT 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in «Diritto Commerciale Internazionale», 2004, p. 535.
- BONELL M. J.**, *Unidroit principles: a significant recognition by a United States District Court*, in «Uniform Law Review», 1999.
- BOON J. A., GOFFIN R.**, *Les contracts «clé en main»*, Masson, Paris, 1981.
- BORTOLOTTI F.**, *Le clausole di forza maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla “ICC Force Majeure Clauses 2003*, in «Diritto commerciale internazionale», 2004, p. 3;

BORTOLOTTI F., *Diritto dei contratti internazionali*, CEDAM, Padova, 2009.

BOSCHIERO N., *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto pubblico e privato*, in «La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.

BRILL S., *The Law Business in the Year 2000*, in «The American Lawyer», 1989.

BRUCK A. & CANTER A., *Supply, Demand, And The Changing Economics Of Large Law Firms*, in «Stanford Law Review», Vol. 60, 2007-2008.

BURNHAM W., *Introduction to the law and the legal system of the United States*, West Publishing Co., St Paul, 1995.

CABLE V., *Globalization and global governance*, The Continuum International Publishing Group, London, 1997.

CANNATA C.A., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo I*, Giappichelli, Torino, 2005

CARBONE S.M., *Autonomia privata e modelli contrattuali del commercio marittimo internazionale nei recenti sviluppi del diritto internazionale privato: un ritorno all'antico*, in «Diritto Marittimo», 1995.

CARBONE S.M., *Il ruolo dell'avvocato nella new economy*, in «Contratto e impresa», 2000.

CARRA P., *Modello di contratto commentato di contratto di fornitura OEM*, Ipsoa Informatica, Milano, 1988

CASSENS MOSS D., *Associates' Pay at \$ 71.000: NY Firms Ok \$ 6.000 Hike*, in «A.B.A. Journal», Chicago, 1988.

CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma - Bari, 2006.

CHAMBERS DAVID L., *Accommodation e Satisfaction: Women and Men Lawyers and the Balance of Work and Family*, in «Law and Social Inquiry», Vol. 14 , 1989.

CHAMBLISS E. & WILKINS D. B., *The emerging role of ethics advisors, general counsel, and other compliance specialists in large law firms*, in «Arizona Law Review», Vol. 44 , 2002.

CHAYES A. & CHAYES A. H., *Corporate counsel and the Elite Law Firm*, in «Stanford Law Review», n. 277, 1985.

CORWIN L. D., *Response to loyalty in the firm: a Statement of general principles on the duties of partners withdrawing from law firms*, in «Wash. & Lee. Law Review», Vol. 55, 1998.

CLERMONT KEVIN M. & EISENBERG THEODORE, *Litigation Realities*, in «Cornell Law Review» Vol. 119, 2002.

CORAPI D., SERRAVALLE P., *Le joint venture nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, in «Diritto Commerciale Internazionale», Milano, 1988.

CREMADES B. – PLEHN S., *The new lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*, in «Boston University International Law Journal», 1984.

CUMMINGS S.L., *The politics of pro bono, The Regents of the University of California*, in «UCLA Law Review», Vol. 52, 2002.

DALHUISEN J.H., *Legal orders and their manifestation: the operation of the international commercial and financial legal order and its lex mercatoria*, in «Journal of International law», 2006.

DAUDET A., *L'Arlesienne: Piece en trois actes et cinq tableaux*, 1872.

DELAUME G., *Comparative analysis as a basis of law in state contracts: the myth of the lex mercatoria*, in «Tulane Law Review», 1899.

DEZALAY Y., *I mercanti del diritto*, Milano, Giuffrè 1997.

DICKEN P., *Global Shift: transforming the world economy*, Paul Chapman Publishing, London, 1999.

DOBB M., *Problemi di storia del capitalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1971.

DONDI A., *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993.

DRAETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, in «Rivista di diritto internazionali privato e processuale», Padova, 1984

DRAETTA U., *La cosiddetta lex mercatoria*, in «Foro Padano», 1987.

DRAETTA U., *Les clauses de Force Majeure et de Hardship dans les contrats internationaux*, in «Revue de droit des affaires internationales», 1996.

DÜNNWEBER I., *Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalem Wirtschaftsverkehr*, De Gruyter, Berlin, New York, 1984;

ETHERINGTON L. LEE R. G., *Ethical Codes and Cultural Context: Ensuring Legal Ethics in the Global Law Firm*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 2007.

FERRARESE M.R., *Diritto e Mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992;

FERRARESE M. R., *Le istituzioni della Globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Come la globalizzazione cambia il tempo del diritto*, Il Mulino, Bologna, , 2000.

FERRARESE M. R., *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in «La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.

FERRARESE M. R., *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006.

FERRARI F., *I «Principi per i contratti commerciali internazionali» dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in «Contratto e Impresa/Europa», 1996.

FERRARI V., *Quesiti sociologici sulla lex mercatoria*, in «La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.

FICHTE J. G., *Lo Stato secondo ragione e lo Stato chiuso commerciale*, Bocca, Torino, 1909.

FLOOD J., *Megalawyering in the Global Order: The Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice*, in «International Journal of the Legal Profession», 1996.

FLOOD J., *Legal Education, Globalization, and the New Imperialism, The Law School - Global Issues, Local Questions*, Ashgate, Publishing, London, 1999.

FLOOD J., *Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies» 2007.

FONTAINE M., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, in «Revue internationale de droit comparé», Vol. 42, 1990.

FONTAINE M., DE LY F., *Droit des contrats internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

FORTIER L. Y., *The new, new lex mercatoria, or, back to the future*, in «Arbitration International Law Journal», 17, 121, 2001.

FORTUNATI M., *La lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-giuridica*, in «La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.

FOX L. J., *The end of the partnership*, in «Fordham Law Journal». 2005.

FREMERY A., *Etudes de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants*, Alex Gobelet, Paris, 1833.

FRIGNANI A., *Arbitrato e «hardship clause»: una prassi internazionale nuova per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in «Rassegna arbitrale», 1980,

FRIGNANI A., *Il contratto internazionale*, in «Trattato di diritto commerciale dell'economia» diretto da F. Galgano, Vol. XII, CEDAM, Padova, 1987.

GALANTER M. - PALAY T., *Tournament of lawyers, the transformation of the big law firm*, in «The University of Chicago Press», Chicago, 1991.

GALANTER M., HENDERSON W., *The elastic tournament: a second transformation of the big law firm*, atti del convegno “The American Legal Profession: current controversies, future challenges” tenuto presso la Stanford University il 14 marzo 2008

GALGANO F., *Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna 1976.

GALGANO F., *La giurisprudenza nella società postindustriale*, in «Contratto e impresa», 1989.

GALGANO F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in «Contratto e Impresa», 2000.

GALGANO F., *La Globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

GALGANO F., *La globalizzazione delle fonti del diritto: le leggi nazionali; il contratto; il ruolo delle Corti.*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2006.

GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2002.

GAMBARO A., *Alcuni appunti sugli aspetti istituzionali della cosiddetta globalizzazione*; in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto», in «Sociologia del diritto», 2005

GARNER B. A., *Black's law dictionary*, West Group, Minnesota, 2004.

GIARDINA A., *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padova, 1983,

GIDDENS A., *The third way: the renewal of social democracy*, Polity Press, Cambridge 1998.

GIULIANO M., SCOVAZZI T., TREVES T., *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1991.

GLATER J. D., *In a complex world, even lawyers need lawyers*, Ny Times, February the 3rd 2004.

GOLDMAN B., *Frontières du droit et «lex mercatoria»*, in «Archives de Philosophie du droit», 1964.

GOLDMAN B., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux*, in «Journal du droit international», 1979.

GOLDMAN B., *La lex mercatoria dans le contracts et l'arbitrage international: réalité et perspectives*, Clunet, 1979.

GOLDMAN B., *Una bataille judiciaire autou de la lex mercatoria. L'affaire Norsolor*, in «Revue de l'arbitrage», 1983.

- GOLDMAN B.**, *The applicable law: general principles of law – the lex mercatoria*, in «Contemporary Problems» in «International Arbitration», Vol. 113, 1986.
- GOLDMAN B.**, *Introduction*, in «Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant», Vol. 77, 1990.
- GREEN B. A.**, *Professional Challenges in Large Law Firm Practices*, in «Fordham Urb. Law Journal». n. 33, 2005.
- GROSSI P.**, *L'ordine giudico medioevale*, Laterza, Roma-Bari, 1997.
- GROSSI P.**, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in «Il Foro Italiano», 2002.
- GRIGERA NAÒN H.**, *Trasnational law of international of commercial transactions*, Spinger, Heidelberg, 1982.
- GURVITCH G.**, *L'idée du droit social*, Sirey, Paris, 1932.
- HANDLER J. F.**, *The lawyer and his community: the practicing Bar in a middlesized city*, 1967, «Univeristy of Wisconsin Press», Madison, 1967.
- HATMIZIMIHAIL N. E.**, *The many lives - and faces - of the lex mercatoria: history as genealogy in intenational business law*, in «Law and contemporary problems», 2008.
- HAZARD G. & DONDI A.**, *Etiche della professione legale. Un approccio comparato*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- HEINTZ F.**, *Behind the numbers: noteworthy trends and newsmaking firms in the years Am Law 100*, in «The American Lawyer», 2007.
- HEINZ B. D. & MARKHAM-BUGBEE N.**, *Two tier partnerships and other alternatives*, AM Bar Association, Chicago, 1986.

HEINZ J. P., LAUMANN E. O., *Chicago Lawyers, Revised Edition: The Social Structure of the Bar*, in «Northwestern University Press», Chicago, 1982.

HENDERSON W. D., *An empirical study of single tier versus two tier partnerships in the Am Law 200*, in «North Carolina Law Review», North Carolina, 2006.

HENDERSON W. D., *The Globalization of the Legal Profession*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 2007.

HENDERSON W., *Race and gender differences in U.S. corporate law firms: a preliminary analysis*. Presentation to the law firms working group, on October the 12th 2007.

HIGHT V. K., *The enigma of the lex mercatoria*, in «Tulane Law Review», 1989.

HILL R., *A businessman's View of the Unidroit Principles*, in «Journal International Arbitration», 1996.

HIRCIK D., *Uncertainty, Confusion and despair: ethics and large law firm in practice in Texas*, in «Review Litigation». 706, 1997.

HOFFMAN P., *Lions in the street; the inside story of the great Wall Street law firms*, in «Saturday Review Press», New York, 1973.

HORN N., *Trasnational law of international of commercial transactions*, Springer, Heidelberg, 1982.

HORN N., *The use of transational law in the contract law of international trade and finance*, in «The practice of international law», 2001.

HOBBS T., *De cive*, Editori Riuniti, Roma, 1979.

- HUTH W. E.**, *True meaning of applicable law clauses: the Mastrobuono decision*, in «International Business Lawyer», 1995.
- IRTI N.**, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.
- IRTI N.**, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma, 2001.
- JARVIN S., Y. DERAIS**, *Collection of ICC Arbitral Awards: 1974-1985*, ICC Publishing, Kluwer, Paris , 1990.
- JARVIN S., Y. DERAIS, ARNALDEZ J.J.**, *Collection of ICC Arbitral Awards: 1986-1990*, ICC Publishing, Kluwer, Paris , 1994.
- JENSEN R.**, *Partners Work Harder to Stay Even*, in «National Law Journal», 10th August 1987.
- JONES L.**, *Starting Pay at top firms falls farther behind partners*, in «The National Law Journal», 7 February 2007.
- JOUSSEN P.**, *Der Industrieanlagenvertrag*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1981.
- KOPPEL N.**, *Courting Shell*, in «A.M. Law», 2004.
- LAGARDE P.**, *Approche critique de la lex mercatoria*, in «Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman», 1982.
- LALIVE J. F.**, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, in « Recueil des Cours de l'Académie de Droit International», Vol III, 1983.
- LATTES A.**, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884.

LE GOFF P., *Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», Bloomington, 2007.

LUPOI M., *Il diritto al presente nel mondo globalizzato, riflessioni su un libro recente*, in *Materiali per una storia del cultura giuridica*, XXXIII, 2003.

LUZZATO G., *Storia Economica d'Italia*, Laterza, Bari, 1957.

MALYNES G., *Consuetudo Vel lex mercatoria*, London, 1636.

MARX K.E ENGELS F., *Manifesto del partito comunista*, Editori Riuniti, Roma, 1973.

MARRA R., *Sanzione*, voce del «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», UTET, Torino, XVIII, 1998.

MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, Cedam, 2003.

MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. note in tema di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in «La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.,

MARRELLA F., GALGANO F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

MICHAELS R. & JANSEN N., *Private law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, atti della conferenza organizzata dall'American Journal of Comparative Law and Rabels Zeitschrift Auslaundisches und Internationales Privatrecht (Rabelsz).

MICHAELS R., *The true lex mercatoria: law beyond the state*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies» 2007.

MOLINEAUX C., *Moving toward a construction lex mercatoria. A lex constructionis*, in «Journal International arbitration», 1997.

MULLALLY M., *Analysis: the advisers to the advisers*, in «Legal Week», May the 8th 2004.

MUSTILL M., *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilbenforce, Clarendon Press, Oxford 1987.

NELSON R. L., *Partners with power: the social transformation of the large law firm*, «Berkeley University of California Press», San Francisco, 1987.

NELSON R. L., *Social trasformation of the large law firm*, in «University of California Press», 1988.

NELSON-MOORE S., *Law firms networks: going global*, in «Legal Week», may the 31st 2007.

OLGIATI V., *Lex mercatoria e communitas mercatorum nell'esperienza giuridica contemporanea*, in «La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.

PADOA-SCHIOPPA A., *Brevi note storiche sulla lex mercatoria*, in «La “lex mercatoria” fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.

PAMBOUKIS CH., *La lex mercatoria reconsidérée*, in «Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Langarde», 2005

PANNARALE L., *Delocalizzazione del diritto e lex mercatoria: linee guida per una politica dei diritti in una società transnazionale*, in «La "lex mercatoria" fra scienza, storia e sociologia del diritto» in «Sociologia del diritto», XXXII/2005/2-3, 2005.

PIERCE R. G., *Lawyers As America's Governing Class: The formation and dissolution of the original understanding of the American Lawyer's role*, in «Chicago Law Review», Chicago, 2001.

PIERGIOVANNI V., *From Lex mercatoria to commercial law*, Duncker & Humblot, Berlino, 2005.

PIRENNE H., *Storia d'Europa dalla invasioni al XVI secolo*, Santoni Editore, Firenze 1956

PIRENNE H., *Le città del medioevo*, Laterza, Roma-Bari, 1971.

PONTIROLI L., *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in «Giurisprudenza commentata», Vol I, 1997.

PUELINCKX A.H., *Frustration, Hardship, Force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed circumstances*, in «Journal of International Arbitration», 1986.

RAJ M., *United States legal industry and legal process outsourcing to India*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», Bloomington, 2007

- RAMONET I.**, *Une Regression*, in «Quaderno di Le monde Diplomatique», Paris, 2003-2004.
- RENÉ D., SPINOSI C. J.**, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 2004.
- RIVKIN D.**, *Lex Mercatoria and Force Majeure*, in «Transnational Rules and International Commercial Arbitration» 1993;
- ROMANO S.**, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946.
- ROPPO V.**, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.
- ROSSI G.**, *Il mercato d'azzardo*, Milano, Adelphi Edizioni, 2008.
- SAAB FORTNEY S.**, *The billable hours derby, Empirical data on the problems and pressure points*, in «Fordham Law Journal», 2005.
- SEGAL-HORN S. & DEAN A.**, *The Globalization of law firms: managerial issues*, in «International Journal of Services Industry Management», 2007.
- SCHILTZ P. J.**, *On being a happy, healthy, and ethical member of an unhappy, unhealthy, and unethical profession*, in «Vanderbilt Law Review», Vol. 52, 1999.
- SCHMITT C.**, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in «Le categorie del politico», (a cura di) G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino Bologna, 1972.
- SCHMITTHOFF C.**, *Hardship and Intervener Clauses*, in «Journal Business Law», 1980.
- SCHWARTZ F.N.**, *Management Women and the New Facts of Life*, in «Harvard Business Review, Vol. 65, 1989.
- SHAPIRO M. M., STONE SWEET A.** *On law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002

SILVER C., *Local Matters: Internationalizing Strategies for U.S. Law Firms*; in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 2007.

SINI C., *La libertà, la finanza, la comunicazione*, Spirali, Milano, 2002, p. 191.

SKLAIR L., *Sociology of the global legal system*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1995;

SKLAIR L.; *The transactional capitalist class*, Blackwell Publishing, Oxford, 2001.

SMIGEL E. O., *The Wall Street Lawyers: Professional Organization Man?*, Indiana University Press, Bloomington, 1969.

SOKOL D., *Globalization of law firms: a survey of the literature and a research agenda for further study*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», Vol. 14, 2007.

SOMMA A., “Modernizzare” l’ordinamento privatistico: l’economia sociale di mercato e la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, oggi in *La riforma del Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, in «Quaderni della Rivista Diritto Civile», Padova, 2004.

STIGLITZ J. E., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi Torino 2002.

STRANGE S., *Chi Governa l’economia mondiale*, Il Mulino, Bologna, 1998.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976.

TARELLO G., *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980

TEUBNER G., *Global law without a State*, G. Teubner, Dartmouth Publishing Group, Boston, 1997.

TEUBNER G., *Breaking Frames: economic globalisation and the emergence of the lex mercatoria*, in «European Journal of Social theory» 2002.

THOMPSON F. G., in *La Globalizzazione economica*, Editori Riuniti, Roma, 2000.

TOCQUEVILLE DE A., *La democrazia in America*, traduzione di Giorgio Candeloro, Rizzoli, Milano, 2005.

TRAKMAN L., *The Law Merchant: The Evolution of Commercial law*, Littleton, 1983.

TUROW S., *The billable hours must die*, in «A.B.A. Journal», Chicago, 2007.

UNCITRAL, *Legal guide on the drawing up international contracts for the construction of industrial works*, New York, 1988.

VAN HOUTTE H., *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in «Arbitration International», 1995.

VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale, Volume I, Testo e materiali per un confronto civil law/common law*, Giappichelli, Torino, 2004.

VAN OMMESLAGHE P., *Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux*, in «Revue de Droit International et de Droit Comparé». Bruxelles, 1980.

VON HOFFMANN F., *Internationales Privatrecht*, 4 ed. Munchen, 1995.

WATERS M., *Globalization*, Routededge, London, 1995.

WERNER W., *Where Have the Women Attorneys Gone?*, in «Law Practice Today», 2004.

WILLIAMS J. C. & CALVERT C. T., *Solving The part-time puzzle: The law firms guide to balanced hours*, National Association for Law Placement, Washington, 2004.

WILLIAMS S., NERSESSIAN D., *Overview of the professional services industry and the legal profession*, A. P. Sloan Foundation, Harvard Law School Center on lawyers and the professional services industry, 2007.

WINTER G., *Legal Firms Cutting Back on Free Services for Poor*, N.Y. Times, August the 17th 2000.