

La *lex mercatoria* maritima (il diritto marittimo vivente)

SIMONETTA CAMPANALE*

SOMMARIO

Introduzione

Capitolo primo

IUS GENTIUM

1. *Concettualizzazione della lex mercatoria*
2. *Lex mercatoria: un rapporto in continua evoluzione tra diritto ed economia*
3. *Il diritto delle prime genti del mare*
4. *Il commercio marittimo delle Repubbliche marinare*

Capitolo secondo

PRASSI MARITTIMA E MERCANTILE COME FONTE DI DIRITTO IN UN SISTEMA DI FONTI DEGERARCHIZZATO

1. *Degerarchizzazione delle fonti e spontaneità del diritto*
2. *Metodologia della scienza giuridica marittima*

Capitolo terzo

RICONOSCIMENTO E APPLICAZIONE DI UNA NUOVA *LEX MERCATORIA*

1. *Problematiche connesse all'efficacia e alla natura della prassi*
2. *La nuova lex mercatoria*
3. *Ruolo della lex mercatoria nella prassi arbitrale e giudiziale*
4. *Principi di Unidroit*

* Dottore in Giurisprudenza e Collaboratrice presso la direzione tecnica - area gare e appalti - dell'Autorità Portuale di Venezia.

Capitolo quarto

LA LEX MERCATORIA MARITIMA E I RAPPORTI GIURIDICI DI VOLTA

IN VOLTA IMPOSTATI

1. *I rapporti giuridici tra operatori marittimi*
2. *La lex mercatoria marittima nell'ordinamento giuridico marittimo*
3. *Spunti per una nuova riflessione*

Capitolo quinto

I SIGNORI DEL COMMERCIO MARITTIMO INTERNAZIONALE

1. *Soggettività giuridica marittima internazionale*
2. *Porti Franchi nel mondo e la globalizzazione dei mercati*
3. *Il Porto Franco di Trieste e il rilancio della commercialità nella rideterminazione del Porto di Venezia*

Conclusione

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Già nell'Ottocento con la globalizzazione dei mercati si è avvertita non solo la realizzazione di una vicenda economica, ma anche l'internazionalizzazione della cultura, che ha determinato così un «prodotto spirituale» comune agli individui e, nel campo del diritto, ha portato alla costruzione di un giuridico «patrimonio comune» dell'umanità.

In realtà l'introduzione di un diritto universale precede la globalizzazione dell'economia che invece ha accelerato la consapevolezza di questo prodotto comune ai popoli del Mondo, facendo emergere importanti questioni sulla compatibilità dell'inarrestabile sviluppo dei mercati con il rispetto dei diritti umani. Proprio questa consapevolezza porterà alla luce, fra il Seicento e il Settecento, le più importanti Scuole di diritto naturale (fra i nomi più illustri si annoverano Domat, Grozio, Pufendorf) che hanno costruito un diritto a misura d'uomo.

Con le prime dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo¹ prende sempre più spazio l'idea di diritti non creati dalla volontà legislativa, ma di diritti da essa trovati, la cui esistenza precede ogni norma di legge posta a loro presidio.

Nel Novecento il linguaggio della filosofia giuridica illuminata, che aveva trovato in Hobbes e Bodin i suoi maggiori esponenti, si dematerializza per trasformarsi nel positivismo giuridico di Kelsen il quale riconduce il concetto di diritto al solo diritto positivo, ovvero al diritto posto in essere dall'autorità a ciò legittimata.

¹ Le prime sono interne agli Stati e sono , in Inghilterra, il *Bill of Right* del 1689; in Francia la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*; nel 1776 la *Dichiarazione dei diritti* emanata in Virginia nel 1776 e poi a seguire negli altri Stati del Nord America

Il ritorno sulla scena giuridica ed economica dei vivaci dibattiti sulla nuova *lex mercatoria* segna l'inizio di una nuova fase culturale o meglio di una nuova consapevolezza da parte della dogmatica giuridica nazionale e internazionale del lento ma incisivo ruolo svolto da quel diritto "basso"; ovvero quel diritto che si origina e vive in una realtà sociale ben determinata e che si fa portatore di quegli interessi e di quei principi che regolano la vita di una certa comunità.

La formula «diritto vivente» ricompare sulle scene proprio nel momento in cui viene proposta una reazione al formalismo e all'imperativismo. Questa espressione rimanda alla vita delle norme nel tempo e nello spazio e quindi al risultato di una serie di processi grazie ai quali si passa dalla mera esegesi all'ermeneutica del testo, in cui applicazione e interpretazione hanno un ruolo determinante. In tali processi assumono un ruolo rilevante molti fattori, fra i quali l'idea di Costituzione materiale, di organizzazione concreta dei ceti professionali, di cultura giuridica, di mutamenti esterni che i sistemi sociali ed economici impongono e che cospirano tutti a realizzare un'opera di scardinamento del modello imperativistico e formalistico.

La «vita» del diritto appare come un grande contenitore in cui riversare tutte le semantiche influenti che il linguaggio del tempo sedimenta, allargando, restringendo, enfatizzando o dissolvendo caratteri particolari dell'esperienza giuridica, rispetto alla quale la vita del diritto è irriducibile, poichè c'è sempre qualcosa che deve intervenire a raccontare la storia dell'esperienza del diritto².

Si tratta quindi di un gioco plurale, capace di esprimere in maniera esemplare la multiformità dell'esperienza e che fa emergere una teoria generale del diritto imperniata su un «sistema» di diritto complesso, in cui si agitano attori, forze ed elementi plurali.

Non è quindi un caso che fra le costanti ricorrenti nel dibattito sul «diritto vivente» vi siano quelle relative ai temi della completezza dell'ordinamento e delle fonti del diritto, che mettono il giurista in condizioni di superare i confini angusti delle chiusure dogmatiche da una parte e del monismo legislativo dall'altra³.

Ma il diritto vivente non va ridotto all'espressione di una semplice contrapposizione al formalismo o all'alternativa secca tra legislazione e giurisdizione. Questo concetto può infatti assumere significati diversi, può rimandare innanzitutto all'idea della prospettazione di maggiori *chances* rispetto alle soluzioni presenti nelle proposizioni giuridiche, compito questo che appare inevitabile di fronte alla proliferazione delle forme di convivenza, di affettività o di strumenti e prospettive tecnologi-

² L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 143.

³ E. Resta, *Il diritto vivente*, Roma-Bari, 2008, p. 28.

che mai ipotizzate, dinanzi alle quali il sistema giuridico formale opera delle riduzioni inaccettabili.

Una seconda accezione può invece essere ricondotta dal dibattito filosofico sotto il nome di performatività, nel senso di riferirsi a quel diritto concretamente praticato dai gruppi minoritari, dai gruppi economici influenti come banche, assicurazioni e intermediazioni finanziarie, che si presenta come attuale e che acuisce il divario tra diritto nei libri e diritto in azione⁴.

Un terzo significato è invece ravvisabile nel concetto di effettività, che va però tenuto distinto dal medesimo formulato da Kelsen, così da poter affermare che il diritto vivente è quello che pretende esclusivamente di essere valido.

Tuttavia questa polivalenza dell'espressione di diritto vivente non deve indurre a pensare che ci troviamo davanti all'idea di un diritto che si sottrae al giudizio di giustizia, ma al concetto di diritto che consente di rilevare e di esprimere nuovi punti di vista, nuovi interessi e nuove dinamiche che non sono per questa ragione aprioristicamente valide, ma che necessitano sempre di essere sottoposte al vaglio di giustizia e di validità.

Solo muovendo da queste premesse e da queste impostazioni è possibile riattribuire pari dignità e di pari grado al diritto consuetudinario che gli ordinamenti moderni hanno relegato in posizione residuale e marginale nel sistema delle fonti.

È possibile altresì prendere coscienza del rischio di un'eccessiva frattura che si può venire a creare tra le rigide fonti formali e quei bisogni e quelle evoluzioni che costituiscono il meccanismo vitale della realtà sociale.

Il diritto marittimo, unitamente al suo spirito pionieristico che l'ha sempre contraddistinto, ha già realizzato la "decodificazione" del suo codice e della sua gerarchia delle fonti, facendo così cadere già da tempo l'illusione della perpetuità e dell'immobilità di una raccolta di norme che ha cristallizzato esigenze e interessi ormai lontani.

L'esperienza giuridico marittima racchiude bisogni, valori, fini, atti e fatti che trovano espressione nelle forme specifiche della giuridicità marittima attraverso le fondamentali fonti della norma legale, della consuetudine, dell'uso, della convenzione internazionale, della prassi diaria mercantile, della natura delle cose, e della tecnicità dei singoli rapporti giuridico-economici e quindi della stessa *lex mercatoria maritima*.

Il ruolo e la funzione svolti da quest'ultima nel sistema delle fonti è di grandissima importanza perché consente di non perdere mai di vista l'obiettivo e l'oggetto dell'ordinamento stesso rappresentato dal commercio marittimo internazionale. Consente cioè di non svuotare i contenuti giuridici dietro forme rigide e sterili e di realizzare al contempo un diritto conforme ai reali valori e ai più vivi interessi della comunità marittima

⁴ E. Resta, *Il diritto vivente*, cit., p.33.

e portuale. Solo ravvisando questa continua dialettica tra fonti di diritto e istituzione sociale è possibile predisporre gli strumenti per dominare i mutamenti e le evoluzioni che investono l'ordinamento giuridico ed evitare le lacerazioni tra diritto e società.

La dogmatica marittima si mostra ancora una volta più lungimirante e più sensibile rispetto agli altri rami del diritto nell'introdurre apporti teorici e metodologici che a partire dai primi grandi navigatori, i Fenici, si andavano delineando nella storia del diritto marittimo.

La trattazione che segue si propone di verificare l'operatività della *lex mercatoria maritima* all'interno di un sistema di fonti degerarchizzate, partendo dai primi istituti commerciali e marittimi che sono venuti in essere non solo nel pieno fervore della *lex mercatoria* nei comuni medioevali, ma anche e soprattutto nelle civiltà più antiche che hanno fatto del Mediterraneo il loro campo d'azione e la loro ragione di sviluppo.

Successivamente verrà esaminata l'impostazione delle fonti nel codice della navigazione al fine di sottolienare la natura prettamente spontanea e viva di un diritto che si pone al servizio dell'imprescindibile attuazione del commercio marittimo internazionale.

Dopo aver poi messo in luce le problematiche e le discussioni che accompagnano la raffigurazione di un ordinamento transnazionale nel quale, così come afferamato dalla Corte di Cassazione in una famosa sentenza⁵, si colloca il diritto della *societas mercantile*, ci si soffermerà propriamente sull'operatività della *lex mercatoria maritima* e in particolare su quei rapporti giuridici che vengono di volta in volta posti in essere dagli operatori marittimi e dai signori del commercio marittimo internazionale.

CAPITOLO PRIMO

IUS GENTIUM

1. Concettualizzazione della *lex mercatoria*

Già Gaio nelle sue *Institutiones*, nell'indicare le partizioni del diritto, afferma l'esistenza di un diritto comune fra gli uomini, fondato sulla ragione naturale, trascendente il diritto locale, un *ius gentium* appunto, destinato a regolare le relazioni tra soggetti appartenenti a diverse etnie, diverse tribù, a diverse culture⁶.

L'idea di un diritto internazionale-interstatuale si sviluppò anche negli anni successivi grazie alle elaborazioni di illustri giuristi e filosofi,

⁵ Corte Cass., 8 febbraio 1982, n.722, in "Riv. dir. intern. priv. proc.", 1982, p. 829 e ss.

⁶ GAIO, *Institutiones*, I, 1: «Omnes populi qui legibus et moribus regantur partim suo proprio, partim communi hominum iure utuntur; quod vero naturalis ratio inter omnes constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur: vocatur ius gentium, quasi quo iure omnes utuntur».

quali Francisco de Vitoria, Grozio, Pufendorf e ancora grazie agli interessanti apporti di Pillet, fino ad arrivare a quello che è considerato il padre del diritto commerciale britannico, Lord Mansfield, secondo il quale la *lex mercatoria*, utilizzata come sinonimo di *ius gentium*, appartiene al diritto internazionale, in quanto si prospetta come legge generale delle nazioni⁷.

Non è di facile soluzione la questione inerente alla definizione della *lex mercatoria* o *ius mercatorum*, anche se è indubbio che tali espressioni appartenessero inizialmente al linguaggio giuridico dotto dei due noti commentatori del Trecento: Baldo e Bartolo; questi termini hanno ormai assunto una grande pregnanza poiché rimandano a un certo modo di creare il diritto, si tratta infatti di *ius mercatorum* non solo perchè regola l'attività dei mercanti, ma anche e soprattutto perchè è diritto creato dalla classe mercantile.

Fra i tentativi di maggior rilievo volti a fornire una concettualizzazione di questo *ius commune*, che fornisce tra l'altro il titolo a una rivista di affari londinese del 1866 ("*Lex mercatoria, legal notes for businessman: being a monthly periodical*"), occorre sicuramente citare Gerard Malynes che nel Seicento, con il suo *Consuetudo vel lex mercatoria*, richiamandosi a Cicerone, la considerò come un sistema di regole di diritto naturale del commercio appartenente al *ius gentium*, poichè secondo l'autore è nei traffici che si rileva quella concordanza che appare diffusa dalla ragione e da un istinto naturale comune nello spazio e nel tempo⁸. Questa definizione va sicuramente messa in correlazione con quanto scritto da Malynes nell'introduzione al proprio saggio, il quale si spinse al punto di sottolineare la differenza tra *lex mercatoria* e *ius mercatorum*, definendo quest'ultimo non come il diritto consuetudinario riconosciuto dall'autorità di tutti i regni e delle nazioni organizzate, ma semplicemente come diritto locale frutto dell'esercizio della sovranità del Principe nel proprio territorio.

Emerge invece da Blackstone una diversa definizione che sottolinea la funzione della *lex mercatoria* come strumento valido in tutte le transazioni commerciali capace di assicurarne lo sviluppo del medesimo, distinguendolo così dallo stesso concetto di *Common Law*⁹.

Risale alla metà dell'800, negli Stati Uniti, un'altra definizione di *Law Merchant* appartenente al dizionario giuridico di John Bouvier che la descrive come un insieme di costumi riconosciuti e praticati da tutte le nazioni commerciali; questi usi sono inoltre, per l'autore americano, una parte integrante della legge generale di un paese e come tali non possono essere documentati con prove ma la loro stessa esistenza doveva esse-

7 F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in Tratt. Galgano, XXX, Padova, 2003, p. 3.

8 G. Malynes, *Consuetudo vel Lex mercatoria*, London, 1636, p. 2.

9 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, London, I, 1765-1769, p. 75.

re conosciuta *ex officio* dai giudici. Questi elementi ritornano tutti nella prefazione di un classico della letteratura giuridica britannica: lo *Smith's Mercantile law* dal quale emerge l'interessante similitudine tra l'amministrazione della *lex mercatoria* in Inghilterra e l'applicazione del *jus gentium* realizzata dal *Praetor Peregrinus*¹⁰.

Questi pregevoli contributi sembrano oggi aver perso rilievo davanti alle polemiche che si sono accese in relazione al problema di una *nuova lex mercatoria*¹¹, ma ciò non deve sviare l'attenzione dall'importanza e dal contributo rivoluzionario che ha assunto e continua ad assumere per la scienza giuridica l'opertività del *ius mercatorum* che altro non è che il diritto creato dal ceto imprenditoriale senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole volte a disciplinare in modo uniforme i rapporti che si instaurano, così da realizzare l'unità del diritto entro l'unità dei mercati¹².

2. *Lex mercatoria: un rapporto in continua evoluzione tra diritto ed economia*

La storia della *lex mercatoria* è la vicenda dei rapporti tra diritto ed economia, che si è andata variamente atteggiando nel corso della storia, assumendo di volta in volta caratteri sempre nuovi e originali e dando vita a una continua fioritura di istituti e di codificazioni.

Al tramonto dell'istituzione comunale, si afferma il predominio culturale e politico della nuova classe mercantile, che nasce inizialmente come una generazione di mercanti-girovaghi che trafficano non solo fra le diverse *curtes*, ma anche fra i nuovi sbocchi commerciali extra-europei, per poi cedere il passo a una seconda generazione di mercanti che sostituisce ai continui spostamenti la stabilizzazione in forma organizzata nella città stessa, introducendo così lentamente una nuova forma di comunità politica.

Alla crescente potenza economica del capitale si accompagna l'ascesa politica della classe mercantile, alla quale il comune chiede soprattutto di mantenere ferme le condizioni obiettive dell'accumulazione del capitale commerciale, garantendo nello stesso momento alla classe mercantile i diritti di monopolio sulla produzione locale. Cosicché il commerciante, e non il produttore, diviene il soggetto attivo del sistema economico e sulla figura del *mercator* si viene a costituire un sistema giuridico dominato dal *privilegium mercaturae*¹³. Il dominio del *ius mercatorum* si esercita essenzialmente sui contratti e sulle obbligazioni da contratto mostrando così l'ina-

¹⁰ J. Macdonnel, in *Smith's Mercantile Law*, 10° edizione, London, p. 4.

¹¹ vedi capitolo terzo.

¹² F. Galgano, voce *Lex mercatoria*, in *Enciclopedia del diritto*, aggiornamenti, volume IV, Milano, 1988.

¹³ F. Galgano, *Lex mercatoria*, Milano, ed. 2010, p. 39.

deguatezza del diritto romano comune rispetto alle nuove esigenze economiche che prediligevano l'accumulo del capitale e la ricerca del profitto.

Occorre però fare una distinzione, all'interno di questo diritto commerciale, tra la disciplina dei rapporti esterni alla classe mercatoria e quella invece inerente ai rapporti interni. In relazione alla prima si mette in luce come la *lex mercatoria* si faccia portatrice di nuovi valori, del tutto sconosciuti al diritto romano comune, quali la mutabilità e la libertà delle forme giuridiche che aspira a tutelare un interesse nuovo, estraneo alla comunità feudale, che consiste nell'esigenza del venditore di non trovare ostacoli, quali potrebbero essere rappresentati dalle forme solenni, alla sua attività di commercio. La vecchia tutela per la buona fede del compratore cede il passo alla tutela dell'interesse creditorio del venditore che fa valere il suo diritto di essere pagato immediatamente senza la possibilità per il debitore di ottenere un termine di grazia.

Si aggiunge a questo la cooperazione e le nuove sinergie che si instaurano tra le classi redditiera, sempre più orientate all'investimento delle proprie rendite, e la classe mercantile che aveva bisogno di procurarsi nuovi capitali per l'esplicazione dei traffici: l'unione con i banchieri medioevali infatti realizzava più che attività di credito, opera di finanziamento, essenzialmente in forme societarie, fra le quali dominavano la figura dell'accomandita che a sua volta traeva origine dall'antica «commenda», ovvero un'operazione di credito del commercio marittimo che consentiva al capitalista di partecipare agli utili che un mercante ne aveva ricavato in seguito a una spedizione commerciale d'oltremare, dietro affidamento di denaro a quest'ultimo.

Questo istituto diverrà successivamente lo strumento attraverso il quale la classe mercantile nel Seicento e nel Settecento, con le famose Compagnie delle Indie¹⁴, cercherà sempre di coinvolgere nelle proprie imprese le altre classi detentrici di ricchezza.

Relativamente ai rapporti interni al ceto mercantile anche qui l'antica *societas* romana viene soppiantata da una nuova forma di società corrispondente all'attuale società in nome collettivo che nel linguaggio dei giuristi dell'epoca veniva espressa con il termine di *societas mercatorum* alla quale veniva applicato il *ius mercatorum*.

Il primo carattere innovativo di questo istituto era relativo alla responsabilità illimitata e solidale di tutti soci per le obbligazioni sociali, cioè per le obbligazioni che, anche indipendentemente dalla spendita del nome,

¹⁴ Con le Compagnie delle Indie del Diciassettesimo secolo e del Diciottesimo secolo si manifesta, per la prima volta il fenomeno che successivamente prenderà nome di «socializzazione» del capitale, ovvero capitale formato con gli apporti della classe mercantile e di altri ceti detentori di ricchezza, frequente nelle compagnie francesi e olandesi. Per la descrizione dell'organizzazione di una compagnia olandese vedi A. Mignoli, *Idee e problemi nell'evoluzione della «company» inglese*, in "Riv. societaria", 1960, p. 639.

venivano contratte per un motivo inerente all'oggetto della società. Emergono così interessi nuovi che il diritto mira a tutelare attraverso la creazione di strumenti sempre più aderenti alle esigenze di una comunità di mercanti in continuo movimento; il capitalismo che si va delineando in questo periodo infatti introduce bisogni diversi rispetto a quelli tutelati dal diritto romano, bisogni diretti a realizzare e valorizzare la ricchezza e a favorire l'espansione economica della allora nascente classe borghese. La responsabilità illimitata infatti mira a tutelare l'interesse del ceto mercantile alla moltiplicazione degli affari: il credito dei mercanti infatti si accresceva e di conseguenza la conclusione degli affari ne veniva facilitata, se ai terzi veniva offerta come garanzia una pluralità di patrimoni, la garanzia dell'intero patrimonio di ciascuno dei mercanti soci¹⁵. Inoltre tale regola anticipa quello che sarà uno dei più importanti principi del diritto commerciale, ovvero il rischio d'impresa: tutti devono rispondere dei debiti assunti da ciascuno perchè tutti, in quanto imprenditori esercenti una medesima impresa, devono sopportare i rischi dell'impresa stessa.

La responsabilità illimitata e solidale risultava ancora più aggravata e aspra se unita alla c.d. regola di amministrazione disgiuntiva, in base alla quale l'obbligazione avrebbe vincolato solidalmente gli altri soci anche se contratta a loro insaputa. Anche qui l'interesse alla conclusione dei contratti prevarica ogni altra esigenza o principio al fine di realizzare quegli obiettivi di espansione, moltiplicazione della ricchezza che erano propri della nuova classe mercantile.

Così al perdurante carattere di diritto di classe fa riscontro il progressivo espandersi del *ius mercatorum*, come diritto tendenzialmente uniforme, prima in ambito ultra comunale e poi in ambito europeo, quale nuovo *ius gentium*, divenendo pertanto un diritto con carattere sovra-comunale.

Così il diritto commerciale del Medioevo fu per tutta l'Europa, il diritto commerciale italiano, quello formato a Firenze, a Genova, a Milano e a Venezia, ossia nelle città che erano alla testa del commercio europeo¹⁶.

L'operatività della *lex mercatoria* in quell'epoca infatti si esplica con raggio d'azione che va da Genova a Londra, per tutta l'area dei mercati del tempo, dove vediamo nella stessa epoca due importanti giuristi come Casaregis e Lord Holt applicare in due paesi tanto distanti e giuridicamente diversi come l'Italia e l'Inghilterra, la regola che avrebbe costituito la base della moderna teoria del titolo di credito: «a bona fide transferre for value can acquire a good title from a mere finder»¹⁷.

Con l'avvento degli Stati Assoluti e delle grandi Monarchie, la classe mercantile cessa di essere artefice del proprio diritto e il diritto commer-

15 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., pp. 47-50.

16 F. Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano, 1967, p. 311 ss. .

17 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 60.

ziale diviene un diritto dello Stato, rientrando negli angusti confini nazionali e perdendo tutta la vocazione universale che l'aveva contraddistinto nell'epoca precedente. Nonostante ciò si registra comunque una fioritura dello sviluppo economico che però non è più sotto la regia della classe mercantile ma sotto l'autorizzazione degli Stati.

Si annovera in Francia in quel periodo la prima legislazione organica della materia commerciale, con le Ordinanze sul Commercio e sulla Marina, rispettivamente del 1673 e del 1681, che si fanno portatrici di una nuova idea del commercio, non più libero e illimitato, bensì soggetto ai limiti e alla regolamentazione statale, poichè l'esercizio del commercio diviene adesso un privilegio subordinato alla concessione del sovrano. La regolamentazione legislativa della materia commerciale mira all'efficienza dell'apparato economico e si mostra come un aspetto di quella che viene chiamata politica mercantilistica e che si manifesta in forme molteplici, nelle tariffe protezionistiche, nei divieti d'importazione, nei piani, nelle licenze, negli ordini di produzione, nelle assegnazioni controllate, nei calmieri, nei monopoli, fino alla diretta gestione statale di manifatture regie. Ma fermentano già in quest'epoca nuove istanze rivoluzionarie, volte a ribaltare questa impostazione dei rapporti commerciali e a portare avanti idee liberali che inseriscono l'economia nel regno inviolabile delle necessità naturali dell'uomo.

Sempre in questi anni la forza militare degli Stati spiana la strada alle prime grandi imprese che nascono con le Compagnie delle Indie che rappresentano quella convergenza di interessi operata dalla politica economica mercantilistica tra classi antagoniste. Siamo in un momento di importante svolta rispetto al passato perchè con l'introduzione di queste società prende piede il diverso istituto della responsabilità limitata, che consente ai soci di questa di conseguire un beneficio di tipo eccezionale, sia in quanto circoscritto a certe compagnie e sia per le modalità con cui veniva posto in essere, ovvero attraverso una «carta» speciale promulgata dal sovrano, che si concretizzava in una specie di patto tra questo e i gruppi imprenditoriali. È una nuova fase della storia del capitalismo caratterizzata da una sempre più pressante richiesta, da parte della classe imprenditoriale, di condizioni di favore, di immunità rispetto al diritto comune, reclamate come «incentivi» alle attività produttive¹⁸.

Il beneficio della responsabilità limitata incidere sul rapporto fra porzioni dell'iniziativa economica intrapresa ed entità del rischio: le vaste proporzioni dell'impresa diventavano infatti un incentivo per il mercante che vedeva così dischiudersi la prospettiva di immensi profitti ma anche di altrettante perdite che però non avrebbero intaccato in nessun caso il suo patrimonio.

18 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., pp. 82-84.

Altro elemento di grande rilievo di questa nuova figura societaria è costituito dalla divisione del capitale sociale in azioni, che doveva quindi prospettarsi come un incentivo per le altre classi detentrici di ricchezza. L'azione, che è liberamente trasferibile, incorpora la qualità di socio, così da poter attribuire l'ulteriore vantaggio della libera disponibilità della propria partecipazione alla società, come se fosse la disponibilità di un normale bene mobile.

Si plasma così una nuova forma di ricchezza mobile, più allettante di altri valori mobiliari, vista la sua prospettiva di rendita liquidata in dividendi pagati dalla società e la sua facile vendibilità, e prende piede in tal modo la società per azioni che a differenza di quella in accomandita semplice consente di raggiungere su vasta scala e a livello di massa quei risultati che l'antica accomandita realizzava in termini molto ridotti come semplice contatto individuale di singoli mercanti con singoli capitalisti.

Nella fase successiva invece, con l'avvento dell'illuminismo e della rivoluzione industriale, quelle premesse e quelle istanze che avevano fatto la loro comparsa in epoca precedente, trovano completa espressione nelle nuove correnti ispirate alla libertà del commercio e dell'industria (la sua prima dichiarazione compare nella legge francese del 2-17 marzo del 1792).

Si delinea inoltre un nuovo soggetto attivo del sistema economico, rappresentato non più dal *mercator*, bensì dal produttore industriale e il rapporto tra diritto ed economia approda a una fase di completo distacco, dove il primo è volto solo a regolare la circolazione della ricchezza, mentre il secondo, diretto alla creazione di nuove ricchezze, si svolge ormai entro uno spazio vuoto di diritto¹⁹.

La separazione viene amplificata anche dall'affermazione contestuale degli Stati Nazionali e del principio di statualità del diritto facendo regredire le consuetudini commerciali all'ultimo posto nella gerarchia delle fonti e dettando una battuta d'arresto allo sviluppo della *lex mercatoria* che si cristallizza nelle promulgazioni di codici di commercio con i quali ciascuno Stato impone una propria visione degli scambi²⁰.

L'universalità che aveva contraddistinto anteriormente la *lex mercatoria* viene del tutto a mancare e si innesta così una nuova fase del diritto commerciale divenuto espressione del particolarismo e della frammentarietà dei diritti che regrediscono a una multiforme varietà di dialetti giuridici.

19 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 113.

20 Le codificazioni nazionali hanno assecondato le esigenze delle economie di mercato ciascuna a suo modo, regolando lo scambio in modo diverso; cosicché la Francia seguita dall'Italia richiede per il trasferimento della proprietà il *titulus acquirendi*, mentre la Germania richiede in sua vece il *modus acquirendi*, e l'Austria, la Spagna e il Portogallo esigono sia l'uno che l'altro, provocando una discontinuità internazionale delle regole di circolazione della ricchezza ed erigendo ostacoli giuridici alla sua libera circolazione. Vedi F. Galgano, *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1999;

Con la stagione delle grandi codificazioni del diritto civile, primo fra tutti il *code Napoléon*, si amplifica ulteriormente il distacco tra i sistemi di *civil law* e *common law*: l’Inghilterra infatti, nel segno dell’uguaglianza dei cittadini, aveva alla fine del Settecento superato la separazione tra diritto commerciale e diritto civile, unificando per opera di Lord Mansfield, le corti di giustizia e facendo confluire il *law merchant* entro il *common law*, tanto da poter affermare che i *common lawyers*, a differenza di quello che accade nell’Europa continentale, possono fare vanto di «una legge uguale per tutti i cittadini, commercianti e non»²¹.

Al tempo della *lex mercatoria* il commercio si era sviluppato anche grazie all’apporto di sistemazione teorica e all’inventiva di giuristi italiani prima e inglese e francesi dopo, che sull’osservanza delle pratiche commerciali costituivano le figure giuridiche funzionali al più intenso sviluppo di questa legge.

Nel Trecento comincia ad opera di Baldo il genere dei *consilia* e dei *responsa*, attraverso i quali il giurista bolognese si era definito come *advocatus artis mercantiae*; nel Quattrocento invece con De Castro e con Socinus nel Cinquecento questo genere si espande fino ad occuparsi dello sviluppo delle società commerciali, delle assicurazioni e del fallimento, per poi dar vita nel Seicento agli importantissimi trattati della marcatura²².

Esempio molto importante dell’universalità della *lex mercatoria* ci è attestata dalle opere del genovese Casaregis e dalle sentenze del giudice londinese Holt che trattano entrambe e con i medesimi caratteri, di quell’innovativo strumento di circolazione della ricchezza futura rappresentato dalla cambiale.

In epoca moderna il diritto commerciale presenta invece una duplice tendenza espansiva: una rivolta alla formale estinzione di un diritto commerciale in quanto tale e al suo assorbimento all’interno di un diritto civile «commercializzato», l’altra tendenza è invece tesa a superare i confini delle singole unità politiche, aspirando a diventare un diritto internazionalmente uniforme.

Ecco che il diritto commerciale moderno varca una soglia di fronte alla quale l’antico diritto di classe si era arrestato: fino a quando infatti il capitale restava essenzialmente capitale commerciale e l’accumulazione capitalistica si basava sullo «sfruttamento attraverso il commercio», poteva

21 C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1922, nell’introduzione l’autore riporta le parole di Adam Smith considerate come modello da seguire.

22 La letteratura di questo genere comincia nel Cinquecento con Stracca, *De mercatura* (Venetiis, 1575; Lugduni 1593); nel Seicento Scaccia *Tractatus de commerciis et de cambio* (Francofurti ad Moenum, 1648); Ansaldo *De commercio et mercatura* (Romae, 1689); nel Settecento Casaregis, *Discursus legales de commercio* (Florentiae, 1719); Azuni, *Dizionario universale della giurisprudenza mercantile* (Nizza, 1786-88); Jorio, *La giurisprudenza del commercio* (Napoli, 1799).

apparire giustificato il convincimento che i rapporti con un non commerciante potessero restare indifferenti per la classe mercantile.

Già lo stesso Vivante aveva giudicato positivamente la spinta verso un diritto privato «interamente obbiettivo», pienamente realizzato in Gran Bretagna²³, che oltre all'avversione contro ogni disuguaglianza sociale, aveva affidato i diritti di credito a titoli che per circolare con sicurezza hanno bisogno di essere giudicati per quello che sono, come titoli di vendita, di mutuo, di deposito e non per la qualità della persona che li ha messi alla luce²⁴.

Così il favore per la conclusione del contratto o il favore per il creditore o per l'acquirente di cosa mobile in buona fede diventano principi di diritto comune e valgono anche fra le parti delle quali nessuna sia commerciante. Il *favor* per il commerciante diventa elemento non differenziato di una generale apertura alla più intensa e rapida circolazione della ricchezza. Il concetto ispiratore è infatti che quanto più efficiente e spedita è la messa in commercio dei beni, tanto maggiore è la quantità di beni che l'imprenditore può immettere sul mercato.

Tuttavia alla tendenza verso l'unificazione internazionale fa riscontro il fenomeno definito da Ascarelli di «frammentazione» del diritto commerciale; l'unificazione settoriale fa sì che i singoli settori, regolati uniformemente dalle convenzioni internazionali, quali ad esempio quella dell'Aja del 1925 che realizza una detestualizzazione della fonte di produzione normativa mediante il criterio degli «usi onesti in materia industriale e commerciale» diretto a garantire una disciplina strettamente ritagliata sugli interessi professionali dominanti, facendo così riemergere l'antica vocazione della classe commerciale ad essere artefice diretta del proprio diritto e a rifiutare la mediazione politica, determina una contestuale fuoriuscita di questi settori dal corpo dei codici di commercio per andare a costituire delle leggi speciali. Ciò è accaduto con la Convenzione di Ginevra del 1930, per le norme sulla cambiale e sull'assegno che escono dal codice di commercio per formare materia di specifiche leggi, o ancora con il diritto della navigazione che, per impulso del Comitato Marittimo Internazionale, assiste al diffondersi delle prime convenzioni internazionali di unificazione del diritto della navigazione, e che, nel nostro sistema vedrà la definitiva autonomia con l'emanazione del codice della navigazione nel 1942²⁵.

Quanto alla società attuale, che riceverà opportuna analisi nel prosieguo della trattazione, in relazione a questo complesso rapporto tra diritto

23 Il fenomeno della «commercializzazione» del diritto si era attuato mediante l'unificazione della giurisdizione civile e commerciale in capo ad una unica corte di *common law* (unificazione tra l'altro legata al nome di Lord Mansfield): così le antiche consuetudini commerciali si andarono a incorporare nel *common law*, diventando così vincolanti per tutti i cittadini, commercianti e non, dando vita a un unitario diritto delle obbligazioni e dei contratti.

24 C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, cit., p. 79.

25 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p.131.

ed economia che trova la sua massima espressione proprio nella *lex mercatoria*, e che si è sviluppato con combinazioni sempre diverse nel corso della storia ma costantemente polarizzate su una continua tensione tra universale e particolare, tra espressione di interessi di una classe e globalizzazione dei mercati, quest'epoca si mostra caratterizzata dal predominio del capitale e dell'attitudine di questo a passare rapidamente da un settore all'altro, e dalla grande impresa conglomerata, entro la quale sono inquadrate le attività economiche più diverse che vanno dall'industria al commercio e alla finanza.

È la società della finanza che si avvale di strumenti nuovi, appositamente creati per soddisfare le sempre diverse esigenze del mercato, e che non necessita di concessioni o autorizzazioni statali, ma che mostra la sua capacità di imporsi in un ambito che oltrepassa i confini nazionali e che si mostra del tutto indipendente rispetto al diritto codificato locale. È la società che rifiuta classificazioni aprioristiche insensibili ai mutamenti sociali, è la comunità dei commercianti che operano ormai su ogni lembo del globo e che si servono di strumenti vivi e flessibili come quelli della contrattualistica: dai moduli ai formulari passando per i titoli cartacei e telematici che assolvono all'imprescindibile funzione della circolazione dei beni.

3. *Il diritto delle prime genti del mare: i Fenici*

Analizzare le vicende del commercio marittimo e della navigazione dalle origini della civiltà fino ai nostri giorni è un'attività importante e imprescindibile per giungere ad un'adeguata visione e a una coerente ricostruzione storico-critica dei principali istituti giuridici e per comprendere a pieno la funzione pionieristica svolta da sempre dal diritto della navigazione, non solo nell'enucleazione di nuovi istituti giuridici ma anche nella anticipazione di innovative prospettazioni di teoria generale applicabili agli altri rami del diritto.

Lo studio del movimento e dell'evoluzione dei fatti economici implica la preliminare individuazione di alcuni punti fermi, come punti di riferimento, e quindi il ricorso a un metodo ben preciso, tracciato dalla Scuola di Trieste, che si avvale di criteri definiti quali, quello cronologico, quello teleologico e quello eziologico. Tutta questa analisi dev'essere però condotta con la consapevolezza che la storia giuridica e quella economica vanno sempre ricondotte alla storia generale dei popoli, non potendo prescindere nè dalla storia politica e sociale, nè da quella religiosa e morale: proprio da queste discipline infatti emergono i tratti importanti che de-

lineano i contatti tra i vari popoli e le varie economie, del mutevole alternarsi delle denominazioni e delle formazioni sociali²⁶.

Prima di quella civiltà che lo stesso Omero definiva come «scaltra gente e del mar misuratrice», gli altri popoli come quello Egiziano e quello Babilonese non mostrarono particolare attitudine per la navigazione, tenuto conto della scarsità di foreste e quindi della conseguente difficoltà a reperire il materiale per costruire dei mezzi di navigazione.

L'attuale Siria meridionale e Palestina settentrionale, erano invece delle regioni ricche di legname e costituirono così le condizioni ideali per l'espansione del commercio marittimo dei Fenici che fin dal XVI secolo a.C. si stabilirono in quelle zone. Questo popolo con i suoi istituti marittimi esercitò un'influenza sorprendente nei confronti del diritto greco e poi di quello romano, e questo grazie alla capacità e all'intelligenza che svilupparono nel liberarsi da quei vincoli imposti dalla terra e nel cercare la propria forza economica e politica, spingendosi verso il mare e verso gli altri paesi del Mediterraneo.

Si ritiene che possa trovarsi nel Talmud di Gerusalemme e nel Talmud di Babilonia un nucleo cospicuo di regole giuridiche appartenenti al diritto marittimo fenicio che sembrano poste in essere coevamente al tempo dei grandi giureconsulti classici che annotarono la *Lex Rhodia* e il diritto marittimo greco. Non si possono negare infatti le frequenti e costanti relazioni insaturate dagli Ebrei con i maggiori porti della Fenicia quali Tiro e Sidone: non erano così isolate le ipotesi di noleggi di navi fenice o addirittura di associazioni armatoriali tra i due popoli²⁷.

Fra i principali istituti di questa civiltà rileva soprattutto quello della «vendita della nave», che è disciplinato dalla norme contenute nella *Misna* e che per i Fenici si distingueva in due tipologie: la prima aveva ad oggetto la nave e tutto ciò che era necessario alla sua navigazione²⁸ e le sue questioni più frequenti riguardavano gli elementi che potevano essere ricompresi o meno negli apparati delle navi mercantili fra i quali la scala, il serbatoio d'acqua del battello, la vela, i pennoni e soprattutto il canotto.

26 E.O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridico marittima - Storia del concetto del diritto marittimo*, Trieste, 1999.

27 F.A. Querci, *La storia nella dogmatica marittima*, in "Trasporti", 2007, n. 101, p. 47.

28 La *Misnâ* prevedeva infatti che «colui che vende un battello vende nel contempo l'albero, la vela, l'ancora e ogni apparato». Le navi mercantili risultavano infatti corredate da tre o quattro ancora che quasi sempre venivano costruite in ferro e in guisa di una T; solo in un secondo tempo i bracci vennero piegati in avanti, in modo che le punte potessero più agevolmente attaccarsi al fondo del mare. Successivamente ad esse venne applicato un ceppo, che inizialmente veniva posto sullo stesso piano dei bracci e poi in via perpendicolare agli stessi. Alcune ancora in ferro, lunghe e strette, presentavano la caratteristica di essere foderate in legno, altre invece erano rivestite in piombo; le ancora più grandi, ovvero di quasi sei o otto metri e con un peso che andava dai cinquanta ai quattrocento chili, erano invece in legno e convenientemente munite di un ceppo di piombo.

Tuttavia pare che questo tipo di vendita fosse già presente ai tempi di Augusto, visto che lo stesso Labeone ci parla delle *navi cum instrumento*.

La seconda tipologia ha invece ad oggetto «la nave armata ed equipaggiata, compreso tutto il carico», cosicchè tale vendita dava diritto al compratore di pretendere anche gli schiavi, unitamente al materiale tecnico di esercizio, i sacchi di pelle atti a custodire il carico e il carico medesimo.

Dal testo della *Misnâ* emerge la possibilità dell'esistenza di un terzo genere di vendita avente ad oggetto la nave con gli apparati e l'equipaggio ma senza carico.

Nell'istituto così esaminato emergono non solo gli elementi che porteranno la dottrina romanistica ad annoverare la nave nella categoria generale delle *res connexae*²⁹, ma si ritrova il nucleo fondamentale sia della tesi elaborata dalla dottrina meno recente che considera l'insieme della nave e degli accessori come una *universitas facti o rerum*, sia della teorica più moderna, formulata per primo da Casanova, che configura il complesso formato dalla nave e dalle sue pertinenze come "unità pertinenziale"³⁰.

Un altro istituto di origine fenicia lo ritroviamo nel contratto di noleggio che veniva considerato in aderenza alla configurazione babilonese come locazione di nave. Si distinguevano anche qua due tipologie: noleggio totale di una nave e quello parziale; nella prima ipotesi, che normalmente aveva ad oggetto un battello di piccolo tonnellaggio, si noleggiava un battello di una certa capacità a un battelliere che pagherà tanto denaro quanti saranno i giorni di navigazione, nella seconda ipotesi invece il nolo veniva pagato a seconda della misura di capacità. Il *Talmud* di Gerusalemme metteva in luce che nel caso di noleggio parziale, eravamo di fronte a un noleggio di nave fatto da più persone, cosicchè il nolo, oltre ad essere proporzionato al tragitto, veniva determinato in base al peso delle merci e secondo il numero delle persone che avevano noleggiato la nave, quindi non in base al valore del carico³¹.

Il prezzo del nolo poteva poi essere pagato prima o dopo il viaggio, individuando così le premesse per l'applicazione della disciplina dell'accollo

29 L. 44 D.XXI, 2: «omnia quae conjuncta sunt navi, velini gubernacula, malum, antemnae, velum, quasi mebra navis sunt».

30 F.A. Querci, *La storia nella dogmatica marittima*, in "Trasporti", cit., p. 51. Le navi dei Fenici si differenziavano in base alle dimensioni tecniche: oltre alle navi di piccolo tonnellaggio, usate probabilmente per i viaggi lungo la costa, vi erano i grandi bastimenti che venivano destinati alla navigazione alturiera e che recavano la significativa denominazione di "navi di Tarsis", che corrispondono in un certo modo ai nostri moderni transatlantici. In realtà i Fenici li chiamavano più semplicemente «Gaul», cioè rotondo, in relazione alla loro forma geometrica; essi rappresentavano concretamente degli enormi bastimenti, capaci di trasportare ingenti carichi e che tenendo correttamente la rotta, assicuravano al tempo stesso condizioni di sufficiente abitabilità al personale presente a bordo.

31 E.O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridico marittima - Storia del concetto del diritto marittimo*, cit., p. 138.

dei rischi in mare: se il prezzo infatti era stato versato prima dal caricatore, in caso di naufragio questo non poteva ripeterlo, se invece non era ancora stato versato il prezzo, l'eventuale naufragio lo esimeva dal pagamento. Quindi se il navigatore intendeva pagare il nolo a viaggio interamente compiuto, ciò voleva dire che egli aveva voluto porre in essere un contratto di trasporto, la cui obbligazione principale sarebbe risultata estinta solo quando il carico fosse giunto al porto di destinazione, ragione per cui appare evidente che, a differenza del primo caso, l'accollo del rischio era in capo all'armatore.

Il *Talmud* inoltre sancisce una tipica forma di responsabilità oggettiva in base alla quale colui che noleggia una nave è obbligato, alla scadenza del contratto, a riconsegnare la nave o, nel caso risulti rotta, a pagarne il corrispondente valore. Si tratta di una regola che urta con la concezione del diritto ebraico e del diritto babilonese, che prevedevano invece una responsabilità soggettiva, che si fondava sulla colpa del capitano o del battelliere della nave³².

Sempre riconducibili a creazione fenicia sembrano essere le norme che disciplinano l'istituto dell'avaria comune, che prevedono in caso di tempesta la possibilità per un vascello di lanciare in mare la mercanzia e di dividere successivamente le perdite in ragione del peso e non del valore della merce.

Si è delineata così l'enucleazione da parte del popolo fenicio di «un embrionale strumento assicurativo», operativo solo nelle ipotesi in cui ci fosse da risarcire un danno non imputabile. Sembra inoltre che la pratica di una prima forma di assicurazione marittima si fosse diffusa con l'intervento dei banchieri che, in correlazione di ingenti interessi, si sarebbero accollati tutti i rischi del mare, dando vita a delle società di armatori, caratterizzate dal principale scopo di sopportare in favore di tutti i partecipanti, il notevole danno economico derivante dalla perdita della nave e non imputabile³³.

Attraverso l'indagine sull'importantissimo ruolo storico-giuridico rivestito da questa gloriosa civiltà, ancora una volta la navigazione marittima, strumento sia degli scambi economici commerciali, che di quelli culturali, ha mostrato la necessità di una regolamentazione sempre viva e attenta alle nuove fenomeniche che il viaggio in mare può sempre presen-

32 F.A. Querci, *La storia nella dogmatica marittima*, in "Trasporti", cit., p. 55. Il Codice Sumerico di Lipit star afferma che se qualcuno ha noleggiato un battello e se il battelliere per avventura non ha seguito la rotta preventivamente e consensualmente fissata, e causa la distruzione del timone sopra uno scoglio, questo dovrà indennizzare il proprietario. Emerge chiaramente che la responsabilità in questo caso si fondava sulla colpa, che nella specie era consistita nella violazione dell'obbligo contrattuale di tenere quella determinata rotta in luogo di altre.

33 E.O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridico marittima- Storia del concetto del diritto marittimo*, cit., p.143.

tare, e che i Fenici con grande intelletto hanno saputo non solo comprendere queste ma anche rispondervi approntando schemi giuridici snelli e pratici, con principi generali e istituti che ancora oggi mostrano l'appartenenza a quella universale, antica e attuale *lex mercatoria* che da sempre guida l'uomo nell'espletamento del più arcaico e remoto atto commerciale.

4. Il commercio marittimo delle Repubbliche marinare

Nonostante l'esiguità di fonti attestanti la storia della navigazione nel Medioevo, affermare la conseguente limitatezza del commercio marittimo nell'età precapitalistica appare un'illazione infondata, specie se consideriamo la notevole elaborazione legislativa del sistema di pubblicità mobiliare relativamente al bene nave esistente nei paesi occidentali a civiltà feudale.

Furono proprio le civili repubbliche marinare ad avere il primato su un sistema di pubblicità navale, testimonianza della consistenza dell'organizzazione del servizio di navigazione a cavallo tra il 1300 e il 1400 e del volume degli scambi e degli affari che caratterizzavano quel periodo storico determinato³⁴.

Le opere legislative delle repubbliche di Venezia, Pisa e Genova, mostrarono fin da subito di essere all'avanguardia dei tempi nel capire e ridurre il divario tra nuova realtà economica che si andava imponendo e il bagaglio delle qualificazioni di una legislazione ormai superata e precocemente invecchiata³⁵. Solo una comunità fondata sul commercio marittimo poteva infatti avere quegli insiti strumenti capaci di smantellare le rigide forme giuridiche connaturali all'istituto della proprietà fondiaria. Segno tangibile dell'esigenza di rinnovamento è ravvisabile nella brusca trasformazione del compito svolto dal credito: dal precario e transueto adempimento di funzioni e bisogni individuali a strumento idoneo ad imprimere un vigoroso impulso a tutta la vita economica generale, alimentando la circolazione dei beni e quindi la produzione di ricchezza.

Così il capitale mobile recuperò valutazione e importanza in quanto considerato più aderente alle nuove esigenze che si andavano delineando e il bisogno di reperire forme economiche più progredite e moderne fu prontamente avvertito da Genova, Pisa e Venezia che si mostrarono particolarmente sensibili alla trasformazione di funzione del credito.

In particolare il legislatore dell'epoca dovette adempiere all'arduo compito di sanare le fratture e di colmare il divario fra i nuovi orizzonti che la realtà economica schiudeva e gli antiquati e inadeguati schemi giuridici. Apparì impellente la necessità di predisporre una congrua tutela

³⁴ E.O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridico marittima- Storia del concetto del diritto marittimo*, cit., p. 155.

³⁵ F.A. Querci, *Pubblicità marittima e aeronautica*, Milano, 1961, p.13.

alle private contrattazioni insidiate da continui inganni e frodi e quindi la previsione di strumenti che assicurassero adeguata tutela giuridica a ogni pretesa creditoria.

La comparsa di questo strumento sulle scene del commercio marittimo medioevale si va ad inserire in un processo dialettico d'instaurazione di una superiore economia prevalentemente dinamica che si aprì a sempre più vasti orizzonti e prospettive economiche.

Così con l'iniziale apparizione delle prime forme di tutela si acquistò la coscienza di tutta l'essenza e la funzione della pubblicità, si percepì in via diretta che questa avrebbe risposto alle esigenze sociali di certezza, speditezza e massima tutela della buona fede che il problema di collocazioni di ingenti capitali e quello della garanzia tutelativa del credito marittimo stavano originando.

Era evidente che non vi fosse più posto per la garanzia pignorizia ordinaria che necessitava della materiale apprensione da parte del creditore del bene, e che quindi occorreva introdurre una tutela giuridica dei diritti dei terzi sul bene nave, più aderente alla particolare natura di questo bene e che al tempo stesso non mortificasse quella generale ed esclusiva fonte di ricchezza rappresentata dalla marina mercantile e dallo sviluppo della relativa navigazione.

Così unitamente alle peculiari esigenze intrinseche all'organizzazione del credito marittimo si arrivò a un sistema di registrazioni che consentiva di dare in garanzia ai creditori la nave come valore economico e che al tempo stesso non toglieva al debitore l'uso della stessa, quale strumento insostituibile di lavoro³⁶.

Particolare attenzione va posta in relazione alla repubblica marinara di Venezia che, favorita dalla sua privilegiata posizione geografica e in armonia ai precetti e alle direttive politiche del tempo, concentrò la sua molteplice attività economica e sociale nel dominio del mare e nello sviluppo e svolgimento del commercio marittimo. In essa il commercio marittimo seppe adeguarsi di volta in volta alle mutevoli esigenze dei tempi agendo come forza viva e feconda nel processo di evoluzione storica della città.

L'inizio della Venezia marittima è riconducibile al momento in cui la città, in seguito al sopravvenire dei Longobardi e in coincidenza con la maggiore intensità di passaggio dei profughi dalla terraferma alla laguna per stabilirvi *ordinata* residenza, assume la struttura di un'entità socio-politica non più riconducibile all'antica regione romana *Venetia et Histria*, rispetto alla quale è una realtà completamente nuova³⁷.

Nella legislazione prestatuaria, Venezia aveva prevalentemente regolato interessi inerenti al diritto pubblico, sentendo così il primario interesse di

36 F.A. Querci, *Pubblicità marittima e aeronautica*, cit., pp. 22-24.

37 G. Zordan, *L'ordinamento giuridico veneziano*, Padova, 1980, p. 20.

emanare disposizioni di polizia marittima e terrestre. Sempre in quell'epoca la mentalità empirica e sperimentale degli abitanti delle isole che costellavano la laguna veneziana, consigliava di rimettere la regolamentazione degli affari privati all'*usus patriae*: proprio lo sviluppo delle originarie consuetudini rappresenta uno degli aspetti più salienti e affascinanti della vita veneziana capace così di rispondere in modo prontamente adeguato alle necessità delle cose prima ancora che alla volontà degli uomini.

Il diritto così per i Veneziani fu sempre considerato come un utile strumento di convivenza e di progresso, assumendo dalle epoche più remote carattere territoriale e riunendo in un unico sistema tutti coloro che lentamente prendevano coscienza di appartenere all'unico sistema costituzionale³⁸.

Proprio l'evoluzione del diritto marittimo veneziano, germinato in massima parte dagli usi bizantini che faranno sentire sempre il loro eco anche nelle produzioni normative più avanzate, consentì di raggiungere una tappa fondamentale nei rapporti giuridici-economici originati dal commercio marittimo non solo per il diritto marittimo veneziano ma per tutto il diritto marittimo medioevale.

Infatti i provvedimenti del doge Zani sulla costruzione e sull'arredamento delle navi, indicando palesemente «l'incremento della navigazione, il passaggio ai bastimenti più grandi, in cui si investono notevoli capitali e che sono forniti di un equipaggio numeroso», rappresentano le più incisive tracce di una rapida trasformazione di istituti giuridici che troveranno nello statuto del doge stesso compiuta espressione.

Con questa legislazione si segna un punto di partenza dei successivi ordinamenti marittimi veneziani e di conseguenza un modello a cui si ispireranno le riforme di altri statuti dell'Adriatico, acquistando così una notevole influenza sullo svolgimento del diritto di quel mare³⁹.

Il prestigio politico e la forza dello Stato si riconnettevano così alle navi, mercantili e non, che per tali ragioni dovevano essere sottoposte a una penetrante e intensa vigilanza da parte dello Stato mediante il ricorso a norme che imponessero rigidi controlli sulle specifiche modalità di costruzione e che disciplinassero, senza modalità di evasione, la nazionalità delle stesse, la loro specifica individualità, nonchè la precisa appartenenza a cittadini del centro marinaro. Misure particolari furono prese anche in relazione alla vendita, statuendo l'obbligo di documentare ogni specifica alienazione.

38 G. Zordan, *L'ordinamento giuridico veneziano*, cit., pp. 180-181.

39 F.A. Querci, *Pubblicità marittima e aeronautica*, cit., pp. 37-38. Da questo statuto emerge la conferma positiva della costante vigilanza esercitata dalle autorità politiche di Venezia sulla navigazione, oltre ad attestare l'operatività funzionale di un libro o registro, sulla cui scorta ogni cittadino veneto interessato poteva ragguagliarsi sulla singola condizione giuridica di tutte le navi esistenti in Venezia e quindi ricavarne un apprezzabile indice di notorietà. Così come altri statuti successivi veneziani mostreranno l'esistenza di certe forme di pubblicità relative a interessi pecuniari riflettenti la proprietà marittima, come se riguardassero lo Stato.

Così anche per le altre città marinare la cui fortuna economica era indissolubilmente legata al successo dei traffici marini, l'unità nave doveva necessariamente assumere valore anche come funzione di insostituibile strumento pubblico per l'esercizio del commercio con ricche terre lontane e quindi di primario elemento di forza politica ed economica.

La città marinara di Genova aveva assunto un ruolo molto rilevante nella comunicazione tra le due Riviere e i prolungamenti di viaggi costieri verso il Porto pisano e la Provenza, in aggiunta ai collegamenti con le tre grandi isole tirreniche. Da quanto viene documentato, la sua flotta appariva imponente e ben assortita e convenientemente nutrita in tutti suoi settori, in vista dei suoi impegni.

Esaminando i suoi atti e in particolare una serie disordinata ed eterogenea di provvedimenti e statuti promulgati dall' «*Officium Gazarie*», organo di magistratura speciale, che all'atto della sua istituzione esplicava la particolare e circoscritta funzione di tutela dei naviganti e dei commercianti diretti alla conquista dell'emporio di Caffa, ma che poi si estese a tutto quanto riguardava la navigazione, anche negli alti mari, alle costruzioni navali, al diritto marittimo, emerge l'interesse pubblico e privato sollecitato dalla floridezza del commercio marittimo⁴⁰.

Assieme a questa città anche Pisa svolse un ruolo decisivo nella storia del diritto marittimo sulla costa tirrenica. La prima legislazione marittima di Pisa, che è storicamente più antica di quella di Genova, appare nel XIII secolo e trova la sua massima espressione giuridica nel *Breve Curiae Maris*, una raccolta di norme adottate dalla Curia del Mare di Pisa per il componimento delle controversie riflettenti tutta la materia marittima. Già da questi atti risulta come la città di Pisa fosse dotata di un apparato amministrativo efficiente e complesso che si occupava con notevole diligenza delle navi in se considerate e delle loro specifiche vicende.

Tuttavia occorre mettere nella dovuta luce come per poter risalire a quel fondo comune di norme su cui si andarono modellando gli istituti propri dei traffici del mare, occorre valutare, unitamente alla documentazione sulla pubblicità immobiliare, come gli operatori marittimi nel periodo immediatamente antecedente abbiano provveduto alla soddisfazione di quelle esigenze, in particolare facendo riferimento a un'importantissima regione come quella siciliana che intorno al 1300-1400 ha dato vita a un vitale centro di mediazione commerciale tra lontani mercati arabo-orientali e quelli più vicini della Spagna e della Provenza⁴¹.

40 F.A. Querci, *Pubblicità marittima e aeronautica*, cit., p. 44.

41 F.A. Querci, *Pubblicità marittima e aeronautica*, cit., p. 30; l'autore inoltre si sofferma in particolare sugli atti commerciali e poi sui loro contenuti sostanziali, al fine di individuare il germe pubblicitario che ha poi caratterizzato questo settore.

Lo studio di queste città e di questi popoli consente di sottolineare la posizione di estrema rilevanza assunta dai centri marittimi italiani non solo nel Mediterraneo, ma perfino nel Mar del Nord, permettendo di fissare così le proporzioni del commercio marittimo dei porti che vi gravitano. Ma anche se le flotte di Genova e Venezia mostrarono una netta prevalenza nei rapporti commerciali con i Paesi del Nord, tuttavia non può passare in secondo piano ad un'attenta analisi storico-economica come quasi metà dei carichi in partenza da quei porti appartenesse ad operatori fiorentini che assumevano la posizione di soggetti dell'attività mercantile vera e propria.

Ragionando allora attorno al concetto di potenza marittima, bisogna considerare che i soggetti economici non devono solo dominare l'atto di navigazione, ma anche l'atto di scambio, e quindi non occorre possedere una flotta consistente ma è sufficiente che i mezzi siano reperibili e utilizzabili con tempestività e adeguatezza, così come è importante che la città disponga di una rete di relazioni che le aprano qualsiasi porto e quindi qualsiasi itinerario interno per raggiungerlo⁴².

Ecco che per praticare in modo completo la funzione marittima occorre esercitarla e saldarla in modo organico con la sua prosecuzione terrestre o fluviale, quando questa fosse imprescindibile.

Tutto questo induce a plasmare una concezione di navigazione che non può rimandare al solo atto isolato, ma deve essere considerata come accessorio, come strumento della funzione principale rappresentata dallo scambio mercantile nei riguardi dei singoli popoli così da attribuire validità alla connessione esistente tra determinate strutture giuridiche e un certo contesto di dati economici d'insieme emergenti in una determinata situazione storica.

Le correnti di pensiero giuridico che si avvalgono di questa connessione tra atto di commercio e fatto della navigazione sono tese a mettere in evidenza la centralità della funzione svolta dalle comunità marittime portuali nel campo del diritto marittimo e nella stessa costruzione e teorizzazione di un ordinamento giuridico marittimo generale.

Un certo ordine giuridico come quello delle città marinare risulta essere la manifestazione e il riflesso dell'ordine relativo conseguito in un determinato contesto economico, commerciale, marittimo e portuale, e quindi la proiezione di quell'equilibrio relativo a forze economiche.

Dalle analisi condotte prima sull'ordinamento marittimo fenicio, poi sulle realtà statuali delle repubbliche marinare, si delinea una funzione del diritto marittimo volta ad esprimere e riflettere in termini di valore

⁴² E.O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridico marittima- Storia del concetto del diritto marittimo*, cit., p.181.

giuridico un ordine economico marittimo già attinto e conseguito nella concretezza della vita e della storia.

La sfera sociale costituita dalle comunità marittime e portuali sostanzia il punto di partenza per la costruzione scientifica di un ordinamento giuridico marittimo generale che, unitamente ai concetti di persona fisica, di persona giuridica, come soggetti a se stanti, e di norme giuridiche, pone in essere la formazione di superiori unità soggettive e di centri complessi di imputazione giuridica. Tutti questi sono già soggetti delle comunità marittime e portuali e dell'ordinamento interno che si mostra così funzionale alla libertà del diritto marittimo di creare ed attecchire la soggettività giuridica e di riferire le sue norme a chi voglia⁴³.

Raffigurato il fenomeno giuridico marittimo in questi termini si introduce anche una chiave di lettura che dovrebbe orientare l'attività creativa del legislatore statale dinanzi alle trasformazioni, alle evoluzioni e ai mutamenti degli ordinamenti giuridici marittimi in funzione delle nuove esigenze o di nuovi rapporti di forze economiche e quindi degli assetti imprenditoriali marittimi e portuali fondati su basi differenti a quelle pregresse.

CAPITOLO SECONDO

PRASSI MARITTIMA E MERCANTILE COME FONTE DI DIRITTO IN UN SISTEMA DI FONTI DEGERARCHIZZATE

1. *Degerarchizzazione delle fonti del diritto marittimo e spontaneità del diritto*

Deputato all'elencazione delle fonti del diritto della navigazione è l'art. 1 c. nav., che, derivante storicamente dall'abrogato codice del commercio, dispone come segue al primo comma: «In materia di navigazione marittima, interna e aerea, si applicano il presente codice, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi ad essa relativi», formulazione perfettamente in linea con l'art. 1 disp. prel. al cod. civ.; il secondo comma invece afferma «ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabili per analogia, si applica il diritto civile».

Gaeta è fra i primi studiosi a ritenere non solo che tale articolo si occupi delle norme piuttosto che delle fonti ma anche che in realtà non venga introdotta alcuna gerarchia, la quale andrebbe invece ricavata dalle *Disposizioni sulla legge in generale*; tale asserzione viene supportata anche dalla descrizione del termine gerarchia elaborato da Crisafulli nei seguenti termini: «Gerarchia delle norme significa che le norme costituenti l'ordinamento non stanno tutte sul medesimo piano, per modo che quelle

43 E.O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridico marittima - Storia del concetto del diritto marittimo*, cit., p. 202.

anteriormente poste siano sempre e indiscriminatamente modificabili e abrogabili con l'entrata in vigore delle successive, ma sono invece distribuite in strati diversi, tra loro sopraordinati e rispettivamente subordinati: con la conseguenza di un diverso grado di durezza, secondo la pittoresca immagine di Calamandrei, delle varie norme in ragione appunto della loro appartenenza a uno o a un altro strato. Più precisamente, questa distribuzione e graduazione gerarchica delle norme viene fatta derivare, nella concezione dominante, dalla gerarchia delle loro fonti rispettive, in quanto dotate di una forza od efficacia creativa del diritto, non omogenea ma diversa (maggiore o minore) col variare dei tipi entro i quali sono raggruppabili.»⁴⁴.

Ma ciò che preme mettere in luce sempre in relazione a tale articolo è il richiamo generale agli usi (sono diversi all'interno del c.nav. i richiami specifici effettuati da singole norme, cito pertanto a titolo esemplificativo gli artt. 442 e 444, 1° comma, che parlano di *patto, regolamento portuale od uso locale*, gli artt. 444, 2° comma, e 449 che rimandano al *patto, regolamento o uso locale*, o ancora l'art. 468 in relazione ai contratti di utilizzazione dell nave nella navigazione interna) per effetto del quale l'uso acquista in materia di navigazione, mediante la prevalenza sull'analogia e sul diritto civile, una posizione gerarchicamente superiore a quella che gli è normalmente riservata nel sistema generale del nostro diritto. La *ratio* di tale norma risiede proprio nell'intento del legislatore di adattare il sistema dell'art. 1 dell'abrogato cod. comm., del quale ne è immagine, al settore marittimo, incentrato fin dai suoi primi vagiti sulla particolare vitalità della fonte consuetudinaria che ha consentito agli operatori portuali e marittimi di usufruire di uno strumento che permettesse loro di soddisfare le particolari esigenze del commercio marittimo⁴⁵.

Tuttavia Gaeta si dimostra meno sensibile a questa prospettiva di quanto non lo sia Pavone La Rosa o Balossini, il quale si spinge al punto di affermare la pleonasticità di un tale articolo, ritenendo che le norme giuridiche prodotte dagli usi si applicano con precedenza su quelle poste da qualsiasi legge o regolamento, per il principio: «*lex specialis derogat generali*», principio che secondo l'autore opera sia in caso di espresso richiamo che in quello di maggiore specificità, attraverso il raffronto tra il contenuto degli usi e quello delle altre norme, così che nel codice della navigazione la consuetudine va a riempire le fila delle fonti *dirette* anzicchè di quelle *sussidiarie*, come nel diritto civile⁴⁶.

44 Gaeta, *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, 1965, p. 183-184.

45 Gaeta, *Le fonti del diritto della navigazione*, cit., pp. 203-204.

46 C.E. Balossini, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, p. 809-811.

Conferma di questi assunti può derivare anche dal rinvio operato dell'art.1885 c.c.⁴⁷ al codice della navigazione e da ultimo al codice civile cosicché l'uso marittimo assicurativo potrebbe prevalere sulle norme del codice civile, le quali diverrebbero applicabili solo una volta accertata l'assenza di norme della navigazione scritte e non scritte. Questa interpretazione, pur non condivisa dalla maggior parte della dottrina assicurativa tradizionale, ha però consentito di mettere in luce la natura intrinsecamente transnazionale dell'uso marittimo rilevando così un'apertura mirata dal legislatore verso il riconoscimento dell'efficacia degli usi nel diritto positivo italiano⁴⁸.

Questi assunti e queste posizioni non possono che indurre a rilevare l'operatività del c.d. diritto vivente nell'ambito della discussa gerarchia delle fonti, un'operatività già sapientemente descritta dallo Scialoja che, dissuadendo studiosi e giuristi marittimisti dalla polarizzazione della loro indagine solo su formule legislative, li invita pertanto ad occuparsi del diritto che viene effettivamente osservato ed applicato in un dato momento. «La rinnovazione sostanziale dell'ordinamento di molti istituti, come il noleggìo, il trasporto, le avarie comuni, le assicurazioni, il contratto di arruolamento, è stata attuata in massima parte mediante l'immissione di principi e di norme sorte dalla vita stessa dei traffici, attraverso accordi tra gruppi di interessati, contratti-tipo, usi e pratiche degli affari, contratti collettivi di lavoro»⁴⁹.

Solo partendo da un'ottica così "reale" è possibile fare un passo successivo e approdare ad una concezione del tutto innovativa, capace di smantellare ogni costruzione gerarchica, come quelle finora illustrate, e di ridefinire il complesso delle fonti attorno a un criterio supremo che permetta di stabilire l'appartenenza di una norma all'ordinamento giuridico marittimo generale e che venga così a coincidere con il fondamento di validità di tutte le norme del sistema.

Si tratta della postulazione di una *Grundnorm*, di una norma monade⁵⁰, capace di conferire autonomia e autosufficienza all'ordinamento giuridico che regge, governa e finalizza, e che si concretizza nel commercio marittimo internazionale. Questo ἀρχή non solo individua la linea metodica per il marittimista, ma realizza anche un coordinamento fra una pluralità

47 Tale norma afferma che le assicurazioni contro i rischi della navigazione sono disciplinate dalle norme del capo XX del c.c. "per quanto non regolato dal codice della navigazione".

48 F. Marrella, *La nuova lex mercatoria- Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., p. 211-212.

49 A. Scialoja, *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1943, pag. 43. Sul progressivo superamento del principio di gerarchia veda anche F. Modugno, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 561 ss.

50 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo-Definizione e concetti giuridici fondamentali*, Trieste, 1999, p. 84.

di norme di comportamento, anch'esse dotate di natura fondamentale, che operano in un particolare ambito marittimo, portuale, commerciale e finanziario⁵¹ e che risultano pertanto tutte subordinate al comando giuridico di attuare il libero commercio nei traffici marittimi.

Il commercio marittimo internazionale è costituito da molteplici fatti giuridici che acquistano rilievo all'interno dell'ordinamento marittimo internazionale poiché producono delle conseguenze che a loro volta si traducono in una modifica della norma, della convenzione, delle consuetudini e della prassi marittima internazionale, che si fa e si disfa tutti giorni, e si caratterizza come produzione per intrinseca energia⁵². Questo opera inoltre realizzando un processo di soggettivizzazione o di funzionalizzazione oggettiva che si esplica in quella particolare situazione soggettiva dell'obbligo giuridico di svolgere liberamente il programma normativo dello sviluppo e potenziamento del commercio medesimo così da fungere da meccanismo fondamentale dell'economia mondiale ed essenziale fattore di prosperità di tutti i paesi marittimi e continentali.

Questa cristallizzazione di una norma di riconoscimento all'interno dell'ordinamento giuridico marittimo generale, capace di fornire un criterio distintivo tra ciò che è marittimo e ciò che non lo è, realizza una totale attrazione di tutto il contesto storico attorno al perno essenziale del libero esplicarsi del commercio marittimo internazionale, in un mondializzato sistema di traffici di navi e di merci, dalla circolazione distributiva allo scambio di beni sempre su basi globali.

Ma tale valore assume particolare rilevanza anche in quanto attribuisce al giurista marittimista lo strumento per istituire e salvaguardare il sistema, assicurando sia l'evoluzione che la prevedibilità della disciplina giuridica e, senza ricorrere ad espresse formulazioni, si colloca nel punto di incontro tra il sistema delle fonti di diritto marittimo, che opera come criterio di riconoscimento delle norme, e il criterio dell'effettività, o anche con il criterio di effettualità dell'intero ordinamento giuridico marittimo che è capace di far venire meno ogni questione di validità in virtù della sua natura fattuale⁵³.

51 Questa tesi si mostra in perfetta sintonia con le concezioni dell'ordinamento pluralistico prospettato da Santi Romano e ripreso da Giannini M.S. e dal suo allievo Aldo Piras.

52 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo*, cit., p. 89.

53 E.O. Querci, *Evoluzione nel diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridica marittima*, cit., p. 173. L'autrice sottolinea inoltre come nell'atto di elevazione del c.d. principio di effettività a canone giuridico nell'ordinamento giuridico marittimo generale, il quale è storicamente e positivamente munito di una propria e autonoma base sociale, rappresentata dalle comunità marittime e portuali, l'attingimento o il ritrovamento della giuridicità nella natura stessa dei fatti, non costituisce un'espressione c.d. giusnaturalistica, ma è riconducibile a quella visuale che ricava presunte norme che si atteggiano a massime attraverso l'estrazione degli stessi fatti ripudiati come giuridicamente non rilevanti (Bobbio, Giuliano, Piras.A.).

Da questo apparato degerarchizzato ne discende una costruzione dei rapporti tra fonti eterogenee come tra fonti con competenza più o meno estesa, che, sulla base dell'attitudine degli uomini a creare, si presenta come un sistema in costante apertura ai flussi inarrestabili del diritto vivo e vitale che si afferma fuori e contro le regole, un diritto oggettivo che ritrova il suo fondamento di validità nel fatto stesso della sua affermazione. Come già autorevolmente sostenuto, ci troviamo dinanzi a un diritto essenzialmente consuetudinario, in cui la consuetudine stessa unitamente all'uso e alla prassi mercantile costituiscono, diversamente da quello che accade negli ordinamenti statali, vere e proprie fonti formali di produzione giuridica, e non una semplice irruzione del "reale"⁵⁴.

L'ordinamento marittimo si presenta pertanto aperto e caratterizzato da una pluralità di fonti coesistenti, non concorrenti e gerarchizzate che vanno dalla norma legale fino alla stessa natura delle cose e alla tecnicità stessa dei rapporti singoli giuridici e marittimi ideati ed instaurati sino a formare la prassi mercantile diaria.

In relazione a quest'ultima un autorevole contributo arriva da Falzea che, mettendo in correlazione questo concetto con quello di un flusso dell'interazione tra individui di una data società, tale da sostanzarsi in un fenomeno economico portuale-marittimo sociale e impersonale, definisce la prassi come «via obbligata per l'affermazione dei valori fondamentali che nutrono la sostanza del diritto», introducendo inoltre una triplice classificazione di questo fenomeno giuridico, nelle categorie concettualmente distinte di prassi *genetica*, *adeguatrice* e *realizzativa* della norma giuridica⁵⁵, così da confermare la sussunzione della pratica diaria mercantile al rango di fonte formale del diritto marittimo.

La natura delle cose invece intesa non come complesso di principi e di valori, ma come struttura individuale e concreta del problema che consente di offrire all'interprete e al giudicante le indicazioni dei principi e dei valori, capaci sia di determinare la risoluzione dei problemi che di operare come canoni del giudizio pratico, viene elevato a fonte formale dell'ordinamento marittimo in virtù non solo del nesso di interdipendenza tra diritto e vita sociale ma anche della sua attitudine a suggerire la norma giuridica più adatta a regolare i rapporti della vita marittima e portuale; si tratta cioè di un regolamento giuridico spontaneamente sorto in questa comunità e fortemente sentito dai suoi operatori, dai suoi arbitri, dai suoi interpreti e dagli stessi studiosi di cose marittime. La norma giuridica derivante dalla natura delle cose attesta così la creazione di una nuova fonte di diritto marittimo, la cui ammissione, a pari grado, nel novero delle fonti ol-

54 E.O. Querci, *Evoluzione nel diritto marittimo - Sistematica e dogmatica giuridico marittima*, Trieste, 1999, p. 169.

55 A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 451.

tre a costituire un fatto di sicura visibilità esterna e normativa costituisce un'insopprimibile istanza insita nella storicità e nel farsi del diritto marittimo in quanto volta a rappresentare e tutelare interessi indubbiamente rilevanti all'interno di questa comunità⁵⁶. Il procedimento di applicazione della norma desunta dalla natura delle cose che si realizza mediante il riferimento al caso concreto da cui dovrebbe ricercarsi la rispondenza all'ipotesi di fatto (fattispecie tipica), può delle volte risolversi in una parziale mutilazione e adattamento del fatto reale per estrarre e cristallizzare la fattispecie tipica, originando così una frattura tra la natura delle concrete realtà e la norma; per neutralizzare queste conseguenze la soluzione risiede nel ricorso a delle *fictiones iuris* attraverso le quali si può ricondurre la norma alla più vasta coscienza giuridica della comunità marittima e portuale da cui essa promana, fingendosi l'esistenza dei presupposti di diritto e di fatto, o, la non esistenza di elementi di fatto e di diritto⁵⁷.

Quanto sopra detto configura un'ipotesi di attuazione spontanea del diritto, intesa come prodotto del senso o del sentimento di questo, si tratta cioè di un'intuizione di natura psicologica che deve rapportarsi con la dialettica interna del pensiero e che non ha nulla da spartire con l'automaticità conservatrice dell'istinto, il quale, presupponendo sempre e costantemente l'identità del fatto, non è in grado di creare nuovi valori ma solo fatti nuovi. Si realizza, volendo usare un ossimoro, una conformità innovatrice data dall'incontro tra la volizione astratta o tipica che è la norma e la volizione concreta che può essere la sentenza di un giudice.

Il diritto mostra così il suo reale meccanismo di funzionamento: ci troviamo davanti a una materia viva e fluente, che è tutta permeata di vita spirituale che tende a disfare la sua rigidità logica nella più profonda logica della vita, non c'è una natura dei fatti che reagisce sul diritto ma c'è un diritto che vede diversamente con occhi più nuovi i fatti, che sa cogliere nuove esigenze e nuovi fermenti. Basti pensare alla realtà economica, che rappresenta il substrato del diritto, la quale risulta fortemente dipendente dal diritto stesso, in quanto tutto il campo economico di produzione, trasformazione ed appropriazione di beni è un campo in cui opera il diritto, attuando scelte e imponendo criteri, così il fatto economico inteso nella sua reale concretezza grava sul diritto così come questo agendo attraverso la legge e l'attuazione spontanea determina l'economia stessa che si manifesta come correlazione al diritto⁵⁸.

Questa impostazione spontanea dei rapporti giuridico-marittimi si riconnette alle idee formulate dalle teorie evoluzionistiche, elaborate da

56 E.O. Querci, *Evoluzione nel diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridica marittima*, cit., pp. 88-89.

57 E.O. Querci, *Evoluzione nel diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridica marittima*, cit., p. 96.

58 E. Paresce, *La genesi ideale del diritto*, Milano, 1956, pp. 79-107.

grandi esponenti del liberalismo classico quali Leoni e Hayek, che, in una prospettiva del tutto provocatoria, hanno auspicato il ritorno al diritto spontaneo, intenzionalmente prodotto dai giudici e dai giuristi, a discapito di un diritto costruito dal legislatore; l'autore di *Libertà e Diritto*, in un attacco alle legislazioni che, in quanto espressione di soli obbiettivi politici, avrebbero determinato il deperimento delle idee del liberalismo classico e l'imposizione di una concezione interventistica, redistributiva e assistenziale dei compiti dello Stato, non propugna la totale eliminazione delle codificazioni, ma propone di «ridurre la vasta area attualmente occupata dalle decisioni collettive nella politica e nel diritto» al fine di «stabilire uno stato di cose simile a quello che prevale nell'ambito del linguaggio della *common law*, del libero mercato [...]»⁵⁹. Ma queste idee antilegislativistiche si riconnettono necessariamente alla suggestiva analogia del giusevoluzionismo tra diritto e mercato, in base alla quale la somiglianza principale sarebbe costituita proprio dalla spontaneità comune fra questi due fenomeni, oltre che dal rischio di degenerare in ordine costruito, dal quale deriva la necessità di ricorrere a meccanismi impersonali capaci di conoscere ed utilizzare le acquisizioni disperse, al fine di neutralizzare l'imposizione esterna di pretese monopolizzatrici e pianificatorie; fra questi meccanismi emergono quello dei prezzi nell'economia di mercato e quello dei precedenti tipico della *common law*, poichè anche questo ultimo, attraverso le sentenze rese dai giudici americani e inglesi si accumulerebbero conoscenze maggiori e migliori di quelle vantate dal legislatore⁶⁰.

Nonostante queste tesi provocatorie non superino il vaglio della critica, ma anzi offrono più interrogativi che risposte, esse tuttavia sono feconde di spunti e di nuove prospettive che, soprattutto in relazione alla tematica delle fonti del diritto marittimo, confermano la produttività euristica di tale accostamento alla plausibilità tecnica dei rapporti giuridico-marittimi spontaneamente instaurati e assunti al rango di fonte⁶¹.

Analizzato così il modo di produzione del diritto marittimo e considerate le sue fonti atipiche come gli usi, le consuetudini, la prassi mercantile e i principi deducibili dalla natura delle cose, che come tali risultano insuscettibili di una gerarchizzazione aprioristica, ne deriva l'attribuzione per il diritto marittimo di una posizione di realismo in relazione al problema delle fonti, tale da non negare l'esistenza di un assetto di regole ma da considerare gli effetti concreti dell'operatività di questo sistema, ovvero di muovere da un giudizio *a posteriori*.

59 B. Leoni, *Freedom and the Law* (1961), trad. it. *La libertà e la Legge*, a cura di R. Cubeddu, Macerata, 1994, p.145.

60 M. Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, 1997, pp. 47-51.

61 E. O. Querci, *Evoluzione nel diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridica marittima*, cit., p. 65.

Il problema delle fonti tuttavia non è una questione recente, tale tematica ha visto infatti dibattere e scontrarsi una fitta schiera di giuristi e teorici di diritto, dai sostenitori della teoria dell'istituzione e della tesi della pluralità degli ordinamenti, propugnata da Santi Romano, alle teorizzazioni sul diritto libero di Coviello, capace di mettere in discussione l'unicità della classificazione di diritto alle sole norme emanate dallo Stato. Si realizza invece un'equazione tra «fatto normativo» e teoria delle fonti nell'idealrealismo di Gurvitch che, ponendo tale nozione a fondamento del sistema normativo, supera l'impianto delle fonti formali che risulterebbero ricognitive della «fonte creativa»⁶².

Operano poi un recupero temperato del normativismo le concezioni del Radin e del Ross, quest'ultimo infatti associa l'ideologia delle fonti del diritto all'ideologia che di fatto guida le Corti così che la dottrina delle fonti del diritto diviene la dottrina relativa al modo con cui di fatto i giudici si comportano, perseguendo così quel processo di purificazione della scienza del diritto attraverso il trasferimento ai giudici, che divengono legislatori, del punto cruciale, propugnando pertanto una dottrina scientifica delle fonti che in quanto tale è, per il filosofo del giurismo scandinavo, meramente descrittiva e non espressiva di norme. Egli propone inoltre una classificazione di tre categorie di fonti sulla base dei criteri detti di «oggettivazione», a seconda cioè che queste siano in grado di fornire al giudice una norma già formulata o la possibilità di formularne una con maggiore o minore elaborazione da parte del giudice stesso. Ne deriva che il sistema di fonti è solo un sistema di norme che può fungere da schema di interpretazione di un sistema corrispondente di azioni sociali, così che la validità del diritto, sintesi di comportamenti esterni e di interni processi di motivazione, finisce per coincidere con la teoria delle fonti.

Ma la riduzione del diritto alle decisioni dei giudici è per Paresce, insigne filosofo della scuola di Messina, una distorsione della realtà, poichè questo fa perdere di vista la natura viva e fluente del diritto che si afferma nella vita sociale indipendentemente dall'intervento dei giudici, il cui intervento ha invece la funzione unica di cristallizzare quel complesso fenomeno dell'esperienza giuridica considerata nella dinamica delle sue complesse strutture. L'errore di queste teorie sta nei distorti tentativi di scientificizzazione dei contenuti psicologici, che finiscono così per perdere di vista la globalità della struttura del fenomeno giuridico e per occuparsi di un solo frammento di essa, costituito da quel settore in cui operano i tribunali, al fine di effettuare delle generalizzazioni logiche e scientifiche⁶³.

62 E.O. Querci, *Evoluzione nel diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridica marittima*, cit., p. 176.

63 E. O. Querci, *L'evoluzione nel diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridico marittima*, cit., p. 175-178;

Anche Kelsen si è occupato di definire il concetto di fonte, mediante un elenco dei vari significati che questa di volta in volta assume, comprendendo la consuetudine, la legislazione in senso lato e anche la norma fondamentale del diritto, a prescindere da qualsiasi uso proprio o improprio, giuridico o non. Ma aggiunge che ogni norma giuridica superiore è fonte della norma giuridica inferiore, in quanto costituisce metodo di creazione di quest'ultima, cosicché la fonte del diritto è sempre il diritto stesso. Solo in un secondo momento il pensiero del filosofo si fa carico di una prospettiva più ampia e globale del problema delle fonti che viene così ricondotto al problema della validità, proponendo pertanto una dottrina pura del diritto che appare essenzialmente volta alla ricostruzione di una gigantesca teoria delle fonti e che, attraverso una struttura gerarchica e una norma fondamentale, propone un imperversante approccio normativista che neutralizza alla base qualsiasi rischio di contaminazione esterna.

L'innovativa costruzione scientifica introdotta invece dalla corrente marittimistica moderna cerca invece di uscire dagli impigli della formulazione kelsiana, postulando la *norma fondamentale* come fondamento di validità e principio unificatore delle norme dell'ordine giuridico marittimo. Si tratta cioè di una *norma di riconoscimento*, volendo usare l'espressione di Hart, che si presenta come fonte primaria, reale e spontanea capace di esplicitarsi come l'unico diritto valido vivente poichè, muovendosi nella molteplicità delle fonti e attingendo il suo valore giuridico dalla ricca fenomenologia del commercio marittimo internazionale, scaturisce in maniera diretta dalla realtà socio economica della comunità marittima e portuale.

E così anche il processo di giuridificazione del diritto marittimo nelle molteplici sfaccettature della realtà nautica, derivante dalle singole comunità marittime e portuali, finiscono per assorbire il fatto giuridico marittimo così che la venuta ad esistenza di quest'ultimo implica già sistemazione giuridica⁶⁴. La coesistenza di questi strumenti di giuridificazione realizza un equilibrio tra ciò che è già formalizzato come diritto marittimo e le nuove istanze, le nuove esigenze e i nuovi interessi che sprigionano dalle formazioni sociali marittime e portuali; questo equilibrio consente di non annoverare come fonte del diritto la sola legge, ma di far concorrere con assoluta parità di grado e dignità la consuetudine, gli usi, le convenzioni internazionali e la prassi marittima internazionale, ovvero dal punto di vista diario, la natura delle cose insita nelle varie evoluzioni dei rapporti.

Trova così conferma la spontanea affermazione e attuazione del diritto marittimo attorno al suo principale campo operativo rappresentato, occorre ancora sottolinearlo, dal commercio marittimo internazionale che opera quotidianamente nella vita dei singoli operatori economici, nelle

64 E.O.Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., pp. 162-163.

comunità marittime e portuali, nei tribunali giudiziari, nei consessi arbitrali, trasferendo sul piano internazionale del diritto i valori giuridici che vengono man mano imponendosi attraverso la trama delle contrattazioni e delle transazioni, dei titoli di utilizzazione delle navi, di messa in circolazione di titoli di pagamento internazionali. Cosicché questo magma scaturente dall'incessante esperienza giuridica marittima si assesta e si consolida attraverso la formalizzazione normativa, collocandosi nell'ordinamento marittimo internazionale senza la predisposizione di un criterio gerarchico⁶⁵.

Non può passare inosservata la constatazione che ci troviamo dinanzi a una rivoluzione copernicana della dogmatica marittimistica che propone una nuova visione e un nuovo metodo capace di inquadrare ed indagare entro limiti ben definiti la massa fenomenica delle sparse e distinte realtà marittime e portuali, così da porre le basi per una moderna scienza del diritto marittimo avente ad oggetto un diritto in rapida evoluzione.

2. Metodologia della scienza giuridica marittima

La metodologia della scienza giuridica marittima, nonostante il rimarchevole ritardo a livello di scientificità cagionato dalle notevoli posizioni antidogmatiche e antisistematiche nel diritto marittimo di appassionati e studiosi di diritto marittimo maggiormente avvezzi a porre la loro attenzione sulla casistica della prassi e dell'esperienza marittima e portuale anziché sull'indagine sulla scienza e su un metodo stesso, si caratterizza per una connaturale duplice impostazione data da una facciata dogmatico-pubblicistica e da una sistematico-privatistica. L'interazione fra questi due movimenti, uno statico e l'altro dinamico, si presenta come la chiave di volta della conoscenza scientifica marittima: per mezzo del primo, infatti, la sistematica definisce i valori in funzione dei quali si formano gli insiemi normativi che compongono l'ordinamento giuridico marittimo generale, con il secondo invece la dogmatica attribuisce ai suoi postulati la dimensione di generalità. Il sistema del diritto marittimo si determina sia con i suoi principi e valori generali sia con le sue categorie fenomeniche. Solo temperando queste due diverse istanze metodologiche scientifiche si può giungere a una compiuta conoscenza dell'intera positività giuridica marittima, intesa come sistema di valori inerenti all'agire delle comunità marittime, e consentire, al tempo stesso di fornire adeguate risposte alle nuove esigenze che man mano l'esperienza giuridica prospetta⁶⁶.

65 E. O. Querci, *L'evoluzione del diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridica marittima*, cit., pp. 188-189.

66 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo -Definizione e concetti giuridici fondamentali-*, Trieste, 1999, pp. 10-17.

Si determina così uno sbocco della metodologia giuridica nel diritto marittimo che procede alla sistematizzazione di un ordinamento giuridico capace di identificare i principi sostanziali che lo informano. Inoltre grazie a queste duplici istanze si crea un'unica regione composta da profili pubblicistici e da profili privatistici che consente alla dogmatica di fissare i criteri di valore per l'effettiva conoscenza scientifica della giuridicità marittima e il fissaggio di alcuni principi generali e fondamentali, espressione dei valori dell'ordinamento giuridico marittimo generale.

Sorge così l'esigenza di collegare il dogma al principio, e questa connessione assurge a divenire postulato irrinunciabile del moderno pensiero giuridico marittimo. Cioè principi come quello della navigazione, del bene nave, delle merci, delle persone, il quale oltre a risolversi in un dogma diviene elemento fondante dell'intera area pubblicistica.

A questa peculiarità si aggiunge la tensione della scienza giuridica marittima verso un processo unificatorio del diritto medesimo, verso la generalizzazione e la razionalità dei suoi principi, dei suoi prodotti legislativi e delle convenzioni internazionali, legittimando la stessa a quell'opera di ricostruzione del sistema reale del diritto marittimo, in contrasto con l'arretramento culturale delle posizioni antidogmatiche di molti giuristi.

È stato affermato che il diritto marittimo è *“una scienza per l'arte”*, e questa definizione mette in luce la costante metodologica che governa tale diritto che risulta il frutto dell'esperienza e della reiterazione storica di comportamenti confluiti in un impianto normativo-consuetudinario suscettibile di continui e nuovi apporti⁶⁷.

Proprio l'uso della dogmatica in funzione storica consente di ricercare la concezione e l'intima essenza degli istituti nell'epoca allora vigente, sempre con il dovuto senso diacronico, così da poter pervenire a «un'attenta e organica decifrazione della realtà sociale in un armonico e logico rapporto con le relative esigenze che essa prospetta»⁶⁸. Il fenomeno giuridico infatti non è mai autonomo e isolato, ma si presenta, in quanto prodotto della vita come mutevole e progressivo e la sua storia ci offre una spiegazione logica e concreta del suo essere e del suo legame necessario tra antecedente e conseguente⁶⁹.

Tuttavia il problema del metodo, che inevitabilmente si riflette su quello delle fonti, si caratterizza per una diversità di posizioni da parte dei giuristi marittimisti. All'atteggiamento agnostico positivo del pensiero giuridico tradizionalista e conservatore, che attribuisce maggiore rilievo alla pratica quotidiana dei tribunali, si contrappone infatti il pensiero innovativo di importanti esponenti di teoria generale del diritto, qua-

67 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo - Definizione e concetti giuridici fondamentali*-, cit., p. 20.

68 S. Pugliatti, *La Trascrizione*, Milano, 1957, p. 34.

69 G. Paratore, *La responsabilità dell'armatore*, Athenaeum, 1914, p. 4.

li Pugliatti, Pescatore e Betti, che hanno fatto riemergere l'impostazione storiografica e dogmatica da sempre confinata ai margini dell'indagine metodologica. In particolar modo il contributo di Pescatore con la sua analisi delle varie eccezioni del termine "principio", in relazione alla materia della navigazione, introduce una nuova impostazione che assegna a questo elemento una duplice funzione di norma organizzativa da un lato e di fine superiore immanente all'ordinamento dall'altro⁷⁰, tracciando così il sentiero per la riscoperta di un metodo scientifico autentico che porti alla ribalta le esigenze metagiuridiche e che possa assurgere a divenire una scienza giuridica costruttiva.

Questi tentativi e queste intuizioni sono la premessa ideale per la formulazione di una critica gnoseologica della giurisprudenza marittima e la contestuale proposta di un nuovo programma di lavoro mai attuato e mai elaborato in tutta la dottrina, che non si limita a introdurre la problematica della genesi ideale del diritto marittimo, ma si propone anche di stimolare i giuristi al recupero della coscienza marittima, portuale, emporiale nella sua dimensione storica e reale⁷¹. Non tarda così a delinearsi una vocazione di ampio respiro alla rappresentazione di un ordinamento giuridico marittimo globale e sintetico, capace di cogliere non solo gli elementi più manifesti, ma anche quelle istanze più interne e potenziali. L'impianto teorico così prospettato dalla nuova dogmatica, elaborato dalla Scuola di Trieste, dischiude la strada a nuove possibilità per un diritto marittimo in continua evoluzione e sempre bisognoso di nuovi strumenti capaci di rispondere alle esigenze della comunità marittima internazionale.

CAPITOLO TERZO

RICONOSCIMENTO E APPLICAZIONE DI UNA NUOVA LEX MERCATORIA

1. Problematiche connesse all'efficacia e alla natura della prassi contrattuale e degli usi commerciali

Per l'individuazione di una nozione generale e astratta dell'uso occorre far riferimento a delle regole di condotta non scritte e di origine statutale, osservate uniformemente e costantemente dai membri di un gruppo sociale con la convinzione di obbedire a un imperativo giuridico. Nella maggior parte dei sistemi giuridici contemporanei ricorrono due elementi costi-

⁷⁰ Pescatore, *Diritto della navigazione e principi generali*, in *Foro it*, II, 1994, V, p. 434 e ss.

⁷¹ E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo –Definizione e concetti giuridici fondamentali-*, cit., p.62, l'autrice prima in ambito nazionale e internazionale si fa precursore di una nuova scuola, che, ispirandosi ai principi del positivismo filosofico, vuole "consegnare" ai suoi giuristi una teoria generale del diritto marittimo che consenta a questi di svolgere un'indagine sempre critica e realista in ordine all'oggetto della loro disciplina, al fine di soddisfare le esigenze e gli interessi correlati alla vita delle comunità marittime e portuali.

tutivi dell'uso: un elemento oggettivo determinato dall'apprezzamento della ripetitività di un dato comportamento nel tempo ; un elemento soggettivo dato invece dall'*opinio iure sive necessitatis*, ovvero la constatazione dell'elemento della necessità degli atti o della loro obbligatorietà giuridica per coloro che appartengono a un certo gruppo sociale. La prassi invece, mancando dell'elemento soggettivo, consiste in quel modo di comportarsi consueto degli operatori di un dato settore, qualora in capo ad essi manchi la convinzione dell'obbligatorietà di quel comportamento.

Un'interessante definizione degli usi contrattuali la possiamo invece ritrovare nell'*Uniform Commercial Code* degli Stati Uniti, che li descrive come «qualsiasi pratica o modo di comportarsi che abbia una regolarità di osservanza in un dato luogo o in un dato commercio tale da giustificare l'aspettativa che verrà osservato anche nel contratto in questione», ponendo quindi in evidenza come i contraenti siano vincolati da simili usi, non perchè si tratta di regole non scritte di diritto oggettivo, bensì perchè si è davanti a clausole, non scritte, del contratto, sulla cui osservanza l'altro contraente fa legittimo affidamento⁷².

Usi e prassi del commercio internazionale, assieme a tecniche particolari come la «delocalizzazione» del contratto (ovvero l'inserzione di clausole nel contratto che richiamano l'applicazione di principi e di norme giuridiche di origine extrastatale), o l'elaborazione di regole oggettive (condizioni generali, modelli *standard*) vanno a costituire quella particolare disciplina "transnazionale" dei contratti internazionali posta in essere dalla parti che, secondo alcuni esponenti della dottrina, sarebbe riconducibile a uno specifico sistema giuridico a sè stante, distinto sia dal diritto statale che da quello internazionale⁷³. Questo complesso normativo di produzione spontanea in ambito commerciale, dotato di coerenza e autonomia rispetto agli altri ordinamenti giuridici e di propri strumenti di garanzia quali le sanzioni di carattere professionale e l'arbitrato commerciale che ne assicura il rispetto in sede contenziosa, ha determinato non pochi dibattiti circa la sua rilevanza come sistema autonomo.

Da queste discussioni sull'ordinamento giuridico che, sotteso a quest'insieme di regole, deve essere preso come punto di riferimento per stabilire l'efficacia e il fondamento delle medesime, emergono due questioni preliminari: la prima in relazione all'individuazione di tale ordinamento giuridico oggettivo e generale in cui si esplicano tali regole, la seconda, strettamente connessa all'altra, sul fondamento giuridico e sulla validità degli usi oggetto di codificazione ed elaborazione da parte di organismi internazionali.

72 F. Galgano, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992, p. 44.

73 N. Boschiero, voce *Obbligazioni Contrattuali* (*Diritto Internazionale Privato*), in *Enciclopedia del diritto*, *Aggiornamenti volume IV*, Milano, 1988.

Così a quella parte della dottrina che sostiene la necessaria presenza di un ordinamento statale volto a disciplinare i rapporti commerciali internazionali, secondo la classica impostazione internazionalprivatistica della “localizzazione” dei rapporti giuridici in un ambito statale, si contrappone la dottrina di chi invece ritiene di poter ricondurre questo tipo di produzione normativa ad ordinamenti giuridici privati sopranazionali o transnazionali, dal carattere giuridicamente originario e autonomo. La prima concezione muove dall’esclusione degli usi commerciali internazionali dall’ambito del diritto oggettivo consuetudinario in quanto, a differenza di questi, non si presenterebbero come il prodotto di una pratica generale e prolungata accompagnata dall’*opinio iuris*, ma sarebbero riconducibili solo alla natura di usi negoziali. Quest’ultima argomentazione non può essere accolta poichè, anche se attualmente le parti non si riferiscono a queste clausole con la convinzione del loro carattere obbligatorio, ciò non esclude che in futuro si possa determinare quell’*opinio iuris ac necessitatis* che unito all’elemento materiale dell’uso costante e ripetuto nel tempo, ne determini il passaggio alla forma di usi normativi⁷⁴.

In relazione agli usi del commercio internazionale occorre poi osservare che vi sono delle ipotesi in cui l’intervento di organismi internazionali nel processo di rilevazione e codificazione di questi appare particolarmente incisivo in quanto volto a predisporre per gli operatori commerciali, di cui tali organismi sono espressione, una serie di norme caratterizzate da efficacia normativa diretta e vincolante, quali le *Condizioni Generali di Consegna*, elaborate dal Consiglio della Mutua Assistenza Economica (CMEA) ; anche se per queste valgono le medesime difficoltà classificatorie nelle tradizionali categorie giuridiche proprie dei sistemi statali, tuttavia occorre sottolineare come attualmente, in virtù della loro applicazione obbligatoria, la loro natura normativa è riconosciuta sia dalla dottrina che dalla corti arbitrali di tutti Paesi membri del CMEA⁷⁵.

Così, alla luce di un contesto come quello del commercio internazionale, caratterizzato da una prassi degli affari che tende a svilupparsi autonomamente al di sopra di frontiere nazionali e dove gli stessi usi del commercio sono destinati ad assumere un’importanza sempre maggiore in relazione all’esigenza degli operatori economici di poter fare riferimento a regole autonome e uniformi, si fa pressante in questa discussione dogmatica l’esigenza di respingere qualsiasi presupposto statualista che fonda l’efficacia e la validità degli usi commerciali sulla base di parametri internazionalprivatistici; già parte della dottrina prende posizione negando la “localizzazione” di queste figure nell’ambito di un unico

74 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 114 ss..

75 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p. 120.

ordinamento statale, sia per evitare l'attribuzione di una validità e di un'efficacia cangiante a seconda dell'ordinamento scelto come punto di riferimento, sia per rispettare la "genuina internazionalità" sostanziale delle contrattazioni tipiche del commercio internazionale che impedisce di considerare tali rapporti come quelli statali caratterizzati da qualche elemento di internazionalità⁷⁶.

Si è rilevato inoltre come queste regole oggettive, sorte e sviluppate all'interno delle rispettive categorie professionali o dei settori merciológicos, abbiano sempre presentato una vocazione e una diffusione nella pratica universale o quanto meno trascendente l'ambito territoriale dei singoli Stati, tale da far apparire la pretesa di localizzazione come problematica e discutibile; ma un altro rilievo importante, sottolineato da questa dottrina, è rappresentato dalle conseguenze che deriverebbero da un approccio statalista in ordine all'interpretazione e alla valutazione della disciplina di volta in volta prevista da tali regole: basti pensare alla distorsione del significato tipico e al grave pregiudizio per la certezza del diritto in ordine alla pretesa delle singole dottrine e giurisprudenze nazionali di voler interpretare, ad esempio, clausole di consegna o di pagamento in uso nella contrattazione tipica del commercio internazionale alla luce dei concetti e degli istituti propri dei rispettivi sistemi positivi. Ancora più evidenti sono le conseguenze di una differente valutazione giuridica che potrebbe portare alla paradossale situazione di un giudizio di senso opposto circa la validità del medesimo strumento normativo della prassi commerciale internazionale validamente stipulato da due operatori economici⁷⁷.

Ecco che allora una corretta classificazione di queste fenomeniche può essere operata solo attraverso la semplice osservazione della realtà dei fatti, ovvero lo svolgersi quotidiano di operazioni commerciali con caratteristiche costanti, poste in essere quotidianamente e in massa sulle principali piazze o borse dei traffici internazionali dislocate nelle varie parti del mondo tra operatori di tutte le nazionalità e riguardanti gli scambi di beni e di servizi tra paesi anche molto lontani: e se di volta in volta questi presentano dei punti di contatto con questo o con altro ordinamento statale, tali collegamenti sono da considerarsi del tutto casuali e in alcun modo decisivi o determinanti. Basti pensare all'ipotesi di una vendita-cif stipulata a Londra tra un esportatore argentino e un importatore italiano ed avente ad oggetto una merce attualmente in viaggio tra New York e Genova su una nave battente bandiera panamense: ebbene nonostante in tale ipotesi un contratto del genere presenterebbe un collegamento diverso con sei ordinamenti, statali diversi, difatti nessuno di questi può considerarsi in qualche modo predominante e quindi caratterizzante, e

76 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., pp. 124-125.

77 M. J. Bonell, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, pp. 200-203.

nonostante queste possibili connessioni la struttura dell'operazione economica-giuridica resta totalmente invariata⁷⁸.

Tutto ciò deve necessariamente portare a rigettare l'istanza di localizzazione e ad abbracciare una concezione del tutto autonoma e indipendente delle contrattazioni tipiche del commercio internazionale, che si svolgono all'interno dei singoli settori del traffico, e che possono essere così ricondotte a un ordinamento o a un sistema oggettivo e generale.

2. La nuova *lex mercatoria*

Un volta stabilita l'inadeguatezza dei diritti statali a rispondere a nuove esigenze transnazionali del commercio internazionale, si fa pressante la ricerca e la determinazione di un quadro normativo che tenga nel dovuto conto il dinamismo e l'inventiva delle nuove forze economiche private in un sistema uniforme capace di assicurare omogeneità di valutazione e certezza del diritto. I tentativi di dare un nome a questo fenomeno sono stati molteplici: si è passati da definizioni come "*international commercial law*", "*the transnational law of international trade*" o ancora "*droit transnaional*" o "*droit spontané*" o "*lex mercatoria*". Infatti l'emergere della prassi del commercio internazionale darebbe vita a un "terzo ordinamento" giuridico distinto e autonomo sia dal diritto interno degli Stati che da quello del diritto internazionale, un ordiamento costituito dal c.d. "diritto internazionale dei commercianti", volto a regolare i loro rapporti e originato al tempo stesso dalla medesima classe mercantile.

Non è certo una constatazione infondata affermare che ci troviamo davanti a una nuova *lex mercatoria* del moderno commercio internazionale, caratterizzata da ampi complessi normativi di produzione spontanea in settori particolari del commercio internazionale, quali soprattutto la vendita internazionale, il trasporto marittimo e le operazioni bancarie, dotate di propri strumenti di garanzia costituite essenzialmente dalle sanzioni di carattere professionale e dall'arbitrato commerciale che ne assicura il rispetto in sede contenziosa.

I fattori che sicuramente hanno consentito di parlare di un "ritorno" del diritto del ceto mercantile, sono riconducibili innanzitutto all'universale riconoscimento alle parti contraenti di un ampio potere di autonomia in tale materia oltre che all'uso costante che queste ne hanno fatto, quasi da potersi sostituire ai singoli legislatori nella regolamentazione dei loro interessi elaborando una propria disciplina dettagliata e adeguata alle esigenze dei rispettivi settori commerciali. Così la diffusa adozione nella prassi, con carattere di uniformità, di questo insieme di norme costituite essenzialmente da condizioni generali del contratto, da contratti-tipo (si

⁷⁸ M. J. Bonell, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, cit., p. 210 in nota n.37.

pensi a quelli formulati in precedenza dalle organizzazioni professionali o addirittura quelli frutto di accordi conclusi su scala internazionale, come i contratti elaborati dalla London Trade Associati o dalla Borsa dei cotone di Brema o ancora il lavoro svolto con gli *Incoterms* in tema di crediti bancari) e da clausole standards, avrebbe poi mutato la loro efficacia giuridica: da norme a carattere negoziale avrebbero così acquisito la forza obbligatoria tipica delle norme oggettive generali e vincolanti tutti gli operatori del settore interessato⁷⁹.

Occorre tuttavia premettere che a riguardo non vi è un pensiero concorde della dottrina, ma che vi sono posizioni volte a negare la prospettazione di un terzo *genus*, distinto dall'ordinamento statale e da quello internazionale. Si tratta di una discussione che dura da oltre settant'anni e non è un caso che i primi studi proprio in tema di *lex mercatoria* risalga- no a opere, degli anni Venti, di specialisti del diritto della vendita e dei trasporti internazionali.

C'è chi ritiene infatti che vi siano circostanze tali da determinare un *handicap* nella formazione di una nuova *lex mercatoria* a cominciare dalla molteplicità e dal frazionamento degli organi arbitrali che sarebbero deputati alla creazione di tale diritto. Non vi è infatti un sistema organico e gli organismi esistenti risulterebbero mal coordinati, mal ripartiti dal punto di vista geografico ed a volte esageratamente soggetti alla tutela statale altre volte invece completamente avulsi da questa, dando vita alla formazione di una giurisprudenza poco coerente e frequentemente nazionalizzata; a questo si aggiunge la pratica, seguita in numerosi Paesi, di non motivare le sentenze arbitrali, oltre alle molteplici riserve in ordine alla loro pubblicazione. Queste considerazioni hanno messo in dubbio la possibilità di parlare di una *lex mercatoria* generale e universale, come quella che si era affermata nel Medioevo (salva la possibilità per le associazioni di certi settori commerciali di consentirne uno sviluppo limitato a quell'ambito) in quanto non occorre più supplire una carenza legislativa dell'ordinamento statale ma stabilire se e in che misura i legislatori nazionali autorizzino i privati ad elaborare regole che appaiono come integrate nei diritti nazionali e non più autonome rispetto a questi⁸⁰. Si aggiungono poi i rilievi in ordine alla difficoltà di individuare con precisione i membri della *societas mercatorum*, e che in assenza della determinazione di un corpo sociale propriamente detto, si è affermato che ci si troverebbe per lo più dinanzi a un ordine normativo caratterizzato prevalentemente da un insieme di regole di condotta volte più a disciplinare la prevenzione e la soluzione delle controversie, la cui applicazione è estremamente utile

79 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p. 138 e ss.

80 R. David, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria*, in "Rivista di diritto civile", 1976, pp. 586-588.

per la celerità e la sicurezza degli scambi commerciali, ma che non riescono a costituire un ordinamento giuridico autosufficiente⁸¹.

In antitesi a queste argomentazioni è stato invece propugnato che ci troviamo davanti a una vera e propria *societas mercatorum* che costituisce un gruppo sociale specifico ed identificabile, che dispone di un'organizzazione completa, che risulta dotato di mezzi specifici di elaborazione, codificazione ed applicazione del diritto e che infine è dotata di suoi mezzi coercitivi⁸². Si tratta della *business community* che si erige a ordinamento sovrano, cioè di una società che tende a superare i particolarismi politici e che aspira a porsi come diritto universale, senza enfatizzare lo spirito predicatorio di fratellanza che aveva invece caratterizzato le aspirazioni cosmopolitiche dell'antica *lex mercatoria*, proponendosi invece come l'immagine di un futuro possibile e auspicabile. Questa consolida le sue dimensioni planetarie accentrando in sé le funzioni di normazione e, con le camere arbitrali, le funzioni di giustizia: ne emerge così un quadro che vede contrapporre questa *societas mercatorum* alla moltitudine delle società nazionali, organizzate a Stato e portatrici di quegli interessi che non trovano rappresentanza nella prima. Probabilmente si potrebbe asserire che attualmente ci troviamo in una fase di quel percorso che gli Stati hanno intrapreso per superare queste disarticolazioni attraverso la creazione di organismi di governo mondiale dell'economia quali, il Fondo Monetario Internazionale o il Gruppo della Banca Mondiale, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, l'Organizzazione Mondiale del Commercio, l'Organizzazione Mondiale per la Sanità. Ma un'osservazione realistica non può che mettere in luce come nei fatti questo percorso sia approdato solo a dei risultati parziali o comunque settoriali rispetto ai grandiosi obiettivi prefissati⁸³.

Altre questioni sorgono invece in relazione all'individuazione delle norme che compongono questo diritto non statale del commercio internazionale e della loro fonte. Alcuni autori vi ricomprendono accanto agli usi del commercio internazionale il diritto convenzionale o altri testi legislativi internazionali o statali che presentino un'attinenza con il commercio internazionale; altri ancora annoverano tra le sue fonti anche i principi generali di carattere obbligatorio come quello di eseguire il contratto secondo buona fede, o quello espresso dal broccardo *pacta servanda sunt*, o ancora il dovere di cooperazione, di informazione, di responsabilità, oltre a quello che impone alla parte danneggiata di minimizzare il danno, in aggiunta poi ai diversi testi predisposti dalle organizzazioni internazio-

81 C. Gialdino, *L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1972-III, t. 137, p. 794 ss. .

82 E. Salvatore, *La nuova lex mercatoria*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 769.

83 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., pp. 239-240;

nali, come i codici di condotta, le raccomandazioni, le guide giuridiche. Ma non mancano quelli che invece ritengono impossibile l'elencazione esaustiva di tutte le fonti e si limitano indicativamente a menzionare le norme del diritto internazionale pubblico (Convenzione di Vienna, sul diritto dei trattati, Convenzione di Washington per la soluzione delle controversie relative ad investimenti tra Stati e cittadini di altri stati), le convenzioni di diritto materiale uniforme e le leggi uniformi annesse a tali convenzioni; i principi generali di diritto riconosciuti dalla Nazioni commerciali; le raccomandazioni, le risoluzioni, i codici di consumo e le guide giuridiche elaborate dalle varie organizzazioni internazionali; gli usi (codificati e non); i contratti standards e le condizioni generali del contratto; le sentenze arbitrali. La maggior parte della dottrina invece ritiene che solo le fonti definite "spontanées", a differenza di quelle interstatali o statali, siano suscettibili di essere oggetto della *lex mercatoria*: rilevano quindi i principi generali di diritto che emergono dalla pratica e dagli usi del commercio internazionale, risultato della sintesi dei tratti fondamentali comuni ai vari sistemi giuridici nazionali, e le clausole che mirano a prevenire e a risolvere le difficoltà che possono sorgere nell'esecuzione del contratto (ad esempio le clausole di *harship*). Sempre all'interno di questa categoria di fonti spontanee ritroviamo nuovi tipi di contratto che danno luogo alla creazione e alla messa in circolazione delle "euro-obbligations"; infine assumono rilievo anche le sentenze arbitrali in quanto strumento della rilevazione e sistemazione organica dei principi di dettaglio della *lex mercatoria*, relative tanto a questioni di procedura e di giurisdizione quanto a questioni sostanziali concernenti l'interpretazione del contratto, la revisione dello stesso in conseguenza di mutamenti rilevanti di circostanze, l'obbligo di negoziare e di rinegoziare in buona fede, la responsabilità ed il *quantum* del danno⁸⁴.

Proprio la dottrina che nega l'autonomia di questo ordinamento mercantile contesta, in relazione al sistema delle fonti, la mancanza sistematica di suoi elementi costitutivi ritenendo necessario, per il passaggio da un complesso di norme di comportamento a un sistema normativo, la presenza di principi generali propri del diritto mercantile. Tale questione è tra le più controverse nell'ambito di questa discussione, alla luce della constatazione che con l'inclusione di tali principi, la *lex mercatoria* disporrebbe di una solida base normativa dalla quale gli arbitri, in assenza di norme precise desunte dalla pratica del commercio internazionale, potrebbero attingere per colmare le inevitabili lacune di questo sistema. Così, non condividendo l'introduzione di tali principi, in quanto privi della positività che caratterizza invece quelli dei diritti statali, ne arrivano a dedurre la conseguente impossibilità di parlare di un ordinamento giuridico positivo.

84 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p. 139.

Tuttavia queste critiche, per certi versi logiche e perfino condivisibili, sono viziate da un presupposto errato: partono infatti dall'idea che i principi generali indicati come elemento costitutivo della *lex mercatoria* siano solo quelli del diritto internazionale, quindi di un ordinamento giuridico fra Stati e non operatori del commercio internazionale, indicati dall'art. 38 n.1, lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia⁸⁵. Tale norma fa riferimento proprio a quei principi di cui può disporre la Corte Internazionale di Giustizia per risolvere le controversie che gli Stati d'accordo decidono di sottoporle e che rappresentano in una certa misura il *jus gentium* dei Romani⁸⁶, ovvero quell'insieme di principi di diritto privato comuni alle differenti Nazioni civili. Tuttavia occorre rilevare che il contenuto dei principi generali richiamati dal sopramenzionato articolo non si limita solo a questi ma ricomprende anche i "principi generali del diritto internazionale" specificatamente applicabili alle relazioni interstatali che non si confondono, nè con le norme convenzionali, nè con le norme consuetudinarie, ai quali si fa riferimento sia nei contratti tra Stati esteri e privati, sia nelle sentenze arbitrali.

Ecco che allora per poter configurare i principi generali del diritto come fonte della *lex mercatoria* è invece sufficiente partire dalla premessa in base alla quale proprio quei principi richiamati nei contratti internazionali e nelle sentenze arbitrali sono quelli applicabili ai contratti di commercio internazionale e, come tali riconosciuti dagli ambienti interessati e non da quelli propri del diritto internazionale. Così, salvo volere negare a priori l'esistenza di principi comuni ai vari sistemi giuridici, non si vedono ostacoli di ordine teorico nell'ammettere che essi possano costituire il fondamento di un ordinamento mercantile e servire ai tribunali arbitrali transnazionali nella risoluzione di problemi inerenti alle lacune di questo particolare ordinamento giuridico oppure per individuare gli elementi strutturali di un nuovo spazio transnazionale.

Solo rivendicando l'annessione dei principi generali del diritto a un ordinamento transnazionale è possibile ricondurre la *lex mercatoria* a un ordinamento giuridico autonomo⁸⁷.

3. Ruolo della *lex mercatoria* nella prassi arbitrale e giudiziale

Secondo una parte della dottrina occorrerebbe riconoscere nell'attività di ricognizione ed elaborazione degli usi e pratiche del commercio internazionale operata dagli arbitri una fase di formulazione e cristallizzazione di nuovi elementi costitutivi della *lex mercatoria*. Qualora sia prevista,

85 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p. 138 ss.

86 Rousseau, *Droit International public*, t.I, Parigi, 1970, p. 371.

87 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p. 143;

come frequentemente accade in tali rapporti, la competenza degli arbitri a giudicare le controversie nascenti da questi rapporti contrattuali, essi possono giudicare anche nel merito della controversia facendo applicazione di regole e principi non coincidenti con quelli appartenenti a dati sistemi giuridici statali. Inoltre la possibilità che un contratto sia disciplinato da norme diverse da quelle positive statali risulta garantito anche a livello interno quantomeno da tutti quegli Stati che, come l'Italia, abbiano aderito a convenzioni internazionali sul riconoscimento delle decisioni arbitrali, quali la Convenzione di New York e quella di Ginevra, rispettivamente del 10 giugno 1958 e del 21 aprile 1961; nessuna delle due infatti impone un controllo diretto o indiretto sulla normativa applicata dagli arbitri al merito della controversia, fatto salvo il rispetto del limite dell'ordine pubblico. Inoltre, sempre in tema di normativa uniforme del diritto internazionale privato europeo, la Convenzione di Roma del 1980, attribuisce rilievo all'applicazione di qualcosa di diverso dalla legge statale nella valutazione delle obbligazioni contrattuali, consentendo alle parti di non solo di realizzare un parziale "delocalizzazione" della disciplina applicabile al rapporto contrattuale medesimo, ma riconoscendo anche all'autonomia delle parti la possibilità di svolgere una funzione "sostanziale", al di là di quella funzione squisitamente internazionalprivatistica di inquadramento del rapporto contrattuale nell'ambito di un ordinamento determinato⁸⁸.

A livello legislativo italiano la conferma di questa facoltà accordata alle parti di prescindere dalle leggi degli ordinamenti statali per la disciplina dei propri rapporti contrattuali, discende anche dal testo della formulazione dell'art. 834 c.p.c. , introdotto dalla legge del 5 gennaio 1994, n.25, recante «Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale» che lasciando alle parti la possibilità di designare le norme applicabili al merito della controversia, si parla appunto di «norme di diritto» che le parti hanno scelto e dunque non necessariamente una legge statale.

L'arbitrato commerciale internazionale è uno degli strumenti più utilizzati dalla pratica delle relazioni commerciali internazionali come mezzo di risoluzione delle controversie e riconosciuto come il più idoneo per valutare le fattispecie transnazionali e comporre le liti sorte in questo ambito. Ma questo istituto ha il notevole pregio di contribuire alla formazione, al riconoscimento e alla coesione degli usi del commercio internazionale (non a caso le norme poste dalla Convenzione di Ginevra del 1961 e i regolamenti arbitrali più recenti impongono agli arbitri di tenere in considerazione anche le consuetudini commerciali) sviluppandone istituti caratteristici e assicurandone l'interpretazione e l'applicazione uniforme.

88 N. Boschiero, voce *Obbligazioni Contrattuali (Diritto Internazionale Privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamenti volume IV*, cit.

In relazione a tale analisi occorre mettere in luce la stretta connessione che è stata rilevata tra il contributo dato allo sviluppo di una regolamentazione “transnazionale” del commercio internazionale e il grado di autonomia che le corti arbitrali presentano rispetto ai sistemi giuridici interni dei vari paesi per ciò che concerne la disciplina arbitrale e la determinazione della legge applicabile al merito della controversia: avremo così un notevole contributo all’incrementazione della *lex mercatoria* quando le decisioni vengono prese sotto gli auspici di istituzioni che operano a livello internazionale ma separatamente dagli Stati, come ad esempio la Camera del Commercio Internazionale di Parigi che organizza un arbitrato istituzionalizzato tra i più diffusi. Situazione inversa si riscontra invece nelle Corti d’arbitrato dei Paesi dell’Est che tendono a sviluppare un diritto mercantile denominato “legislativo” o imperativo, vista la forte dipendenza per gli altri aspetti ai principi territorialistici⁸⁹.

Il riconoscimento della *lex mercatoria* da parte degli arbitri internazionali, opera in tre situazioni distinte: quella in cui le parti abbiano espressamente scelto di sottoporre il loro contratto a tale legge o ai principi generali del diritto; quella in cui le parti l’abbiano inequivocabilmente sottoposta a una determinata legge nazionale; infine quello in cui manchi la scelta nell’uno o nell’altro senso.

Quanto alla prima, pur essendo rara come ipotesi, vincola gli arbitri a seguire tale indicazione⁹⁰ (più frequente è invece l’ipotesi in cui le parti designino di comune accordo la *lex mercatoria* in combinazione con una determinata legge statale); nel secondo caso invece gli arbitri non potranno che attenersi alla scelta dei contraenti anche nelle ipotesi in cui ritengano più adatta le norme transnazionali.

Maggiori perplessità derivano invece proprio dal supposto terzo caso che consente agli arbitri di optare per due strade opposte; fare riferimento a una legge nazionale, anche se con maggior flessibilità del giudice statale, e con la costante possibilità nel contesto della legge così individuata di dare rilievo agli usi, alle pratiche del commercio internazionale e a interpretazioni tali da tener conto delle particolari esigenze del commercio transnazionale⁹¹, oppure far riferimento ai principi e agli usi della *lex*

89 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., pp. 149-151;

90 si segnala tuttavia come in realtà siano più frequenti le ipotesi in cui tale scelta viene effettuata più frequentemente nel corso della procedura arbitrale; casi esemplificativi sono la sentenza CCI n.1985 (in JARVIN, DERAIS, ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*) in cui le parti concordavano proprio nel corso della procedura arbitrale, di applicare alla controversia il diritto libico e in via sussidiaria la *lex mercatoria*;

91 si riporta il caso estrapolato dalla sentenza CCI 2090 del 1976 (in *Yearbook*, VI-1981, pag. 131 e ss) relativo a un contratto, soggetto alla legge francese, tra un venditore francese ed un compratore pakistano. Il venditore sosteneva di non essere stato costituito regolarmente in mora dalla controparte secondo le prescrizioni dell’art. 1139 del c.c. francese, ma gli arbitri applicarono le prescrizioni di tale norma con maggiore flessibilità.

mercatoria. Sono frequenti infatti le ipotesi in cui l'applicazione di questa viene richiesta da una parte nel corso del procedimento arbitrale e poi contestata dall'altra.

Con la sentenza CCI n. 3131 del 1979 nel caso *Norsolor*, ci si trovava davanti a un contratto di agenzia tra una società preponente francese e una società turca (agente di commercio), cui la prima aveva messo fine osservando il termine di preavviso pattuito contrattualmente; l'agente turco chiedeva l'indennità di clientela che però era prevista nel diritto francese ma non dalla legislazione turca. Gli arbitri argomentando che le norme di diritto internazionale privato non consentivano di raggiungere una soluzione, decidevano di applicare proprio la *lex mercatoria* e, nel contesto di questa, facevano riferimento al principio di buona fede, giungendo alla conclusione che la società francese non aveva tenuto un comportamento compatibile con il mantenimento di buone relazioni commerciali ed era quindi responsabile per aver posto fine al contratto. Così su tale base gli arbitri riconoscevano all'agente un risarcimento del pregiudizio causatogli dalla cessazione del contratto per un ammontare a prima vista abbastanza vicino a quello ottenibile in base al diritto francese.

Un altro caso è invece quello delle sentenza CCI n. 5953 del 1988, nel caso *Valenciana*, relativo a un contratto di forniture triennale di carbone sudafricano tra una società statunitense e una società spagnola, il quale prevedeva che il prezzo venisse rinegoziato ogni semestre. Dopo aver concordato il prezzo per i primi due semestri, le parti non riuscivano ad accordarsi per i semestri successivi e il fornitore, ritenendo che il mancato raggiungimento dell'accordo fosse imputabile all'acquirente, iniziava la procedura arbitrale. Poiché il contratto non prevedeva la legge applicabile e le parti sostenevano ciascuna l'applicabilità della legge del proprio paese, l'arbitro dopo aver sottoposto il contratto alla legge di una delle parti, ne deduceva l'impossibilità di decidere sulla base della legge nazionale e di conseguenza invocava l'applicazione della *lex mercatoria*, facendo riferimento al principio «*pacta sunt servanda bona fide*», anche se a causa della parzialità della sentenza non è stato possibile sapere in che modo tale principio è stato applicato alla fattispecie concreta⁹². In questa situazione l'arbitro, con un'interpretazione sicuramente "forzata", fondata sul disaccordo nelle norme nazionali, ha dedotto una volontà implicita delle parti di veder risolta la controversia sulla base di un terzo diritto intrinsecamente transnazionale, quale è appunto la *lex mercatoria*, e il fatto che l'abbia considerata più "appropriata" è indice della maggiore conformità di tale

92 F. Bortolotti, *La «nuova» lex mercatoria. Costruzione dottrinarica o strumento operativo?*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 750 e ss..

normativa rispetto al carattere proprio di queste transazioni commerciali internazionali⁹³.

Altre manifestazioni della *lex mercatoria* si sono verificati anche nei procedimenti delle corti arbitrali minori, come è accaduto in un lodo emesso dalla Corte arbitrale di Parigi nel 1996, ove la *lex mercatoria* ha ricevuto applicazione alla stregua di *lex contractus* sempre nell'ipotesi di assenza di scelta del diritto applicabile ad un contratto di agenzia tra un preponente egiziano e un agente austriaco.

Assistiamo così al contestuale sviluppo di arbitrati settoriali che rispondono alle esigenze degli operatori commerciali di risolvere tipologie di controversie non giuridiche. Quando si parla di arbitrato settoriale ci si riferisce oggi ad alcune branche dell'attività economica privata che risultano coordinate da un'associazione di settore dotata di statuto di diritto interno, ma con un'attività che può dispiegarsi sul piano transnazionale. Suo carattere peculiare è l'elevata specializzazione cui si accompagna l'agglomerazione degli operatori attorno all'associazione di categoria, fatto di particolare rilevanza in relazione all'esecuzione spontanea del lodo. Inoltre alcuni di questi sono caratterizzati anche dal "secondo grado di giurisdizione" che resta interno all'associazione, si pensi all'arbitrato FOSFA (*Federation of Oils, Seeds and Fats Association Limited*), restano invece legate al principio di unicità del procedimento arbitrale le associazioni londinesi del commercio dello zucchero (SOAL e RSA), il *London Metal Exchange* e certi mercati concernenti i *futures* degli stessi prodotti, quali zucchero, caffè, cacao e gomma⁹⁴.

Occorre infine esaminare l'atteggiamento tenuto dai giudici nazionali chiamati a prendere posizione sul complesso e dibattuto problema della *lex mercatoria*, sia quando sono investiti direttamente dalle controversie in relazione alle quali si fa esplicito riferimento all'insieme di usi e pratiche commerciali, sia quando sono chiamati a pronunciarsi nei confronti delle decisioni arbitrali che si fondano a loro volta sulla medesima *lex*. Nel primo caso è evidente la difficoltà nel configurare ipotesi di corti nazionali che, direttamente investite dalla volontà dei soggetti contraenti, consentano a queste di delocalizzare e/o transnazionalizzare la disciplina del contratto, o di escludere le eventuali modifiche legislative delle leggi richiamate.

Più frequenti sono invece i casi riconducibili alla seconda ipotesi, in cui gli organi statali sono chiamati a pronunciarsi su sentenze arbitrali rese in applicazione di complessi di norme e di principi non coincidenti con un determinato sistema giuridico nazionale, che si sono venuti sviluppando a livello internazionale.

93 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p. 173.

94 F. Marrella, *La nuova lex mercatoria- Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, volume XXX, cit., pp. 89-93;

Un primo esempio in questo senso lo troviamo nella famosa sentenza n. 722 dell' 8 febbraio 1928, resa dalla Corte di Cassazione, tra la Ditta dei fratelli Damiano s.n.c. e la Ditta August Topfer & Co. GmbH⁹⁵, in seguito alla questione relativa alla possibilità di riconoscere un lodo arbitrale non motivato, emesso dal collegio arbitrale dell'Associazione per lo zucchero raffinato di Londra, conformemente al regolamento della stessa che non prevede la necessità di motivazione. Tale requisito era invece previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1961, la quale però non risultava applicabile nel caso di specie, non avendo il Regno Unito ratificato tale convenzione. La Suprema Corte riteneva però che l'attenzione andasse portata sulla natura della disciplina dell'arbitrato cosiddetto «mercantile», che, secondo la stessa, è proprio di quello instaurato con la Convenzione di Ginevra. La Cassazione con assoluta modernità e innovativa originalità afferma che: «nell'arbitrato mercantile [...] deve ritenersi che transnazionale sia il diritto in cui l'arbitro si colloca ed opera, 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 dell'*opinio necessitatis* che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè della convinzione (prevalente fra di loro) che essi siano vincolanti. Nella misura in cui si constata che quegli operatori [...] consentono su valori basilari inerenti al loro traffico e quindi mostrano di nutrire l'*opinio necessitatis*, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, *pro tempore*, determinati)». I contributi in questo senso sono particolarmente rilevanti a cominciare dal rilievo svolto sulla *societas mercantile*, composta da quei soggetti che nutrono la convinzione di valori cogenti, nella quale, secondo la Suprema Corte, è possibile individuare, laddove manchino strutture organizzative ed enti esponenziali, il diritto allo stato «diffuso», mentre in presenza di quelle strutture, quali *in primis* la giustizia arbitrale, il “diritto mercantile” mantiene sempre la sua natura. Ciò porta la Corte stessa ad affermare che le norme che disciplinano l'arbitrato mercantile, collocandosi nell'ambito del diritto medesimo, devono essere considerate costituite da altrettanti valori recepiti (con convinzione di cogenza) da parte dei soggetti della società mercantile. In questo modo la Corte argomenta affermando la necessità di considerare implicitamente richiamata la Convenzione di Ginevra del 1961 nelle situazioni contrattuali stipulate da operatori economici appartenenti a Stati ratificanti, che

95 in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1982, pag 829 e ss. . La controversia arrivò in Cassazione poiché i fratelli Damiano risultarono soccombenti dalla sentenza resa dalla Corte d'Appello di Messina, la quale dichiarò l'efficacia del lodo arbitrale reso fra le parti il 18 agosto 1976 dal Consiglio dell'Associazione per lo zucchero raffinato di Londra, che aveva a sua volta accolto la domanda risarcitoria proposta dalla Ditta Topfer in seguito alla mancata esecuzione di una fornitura di quattromila tonnellate di zucchero bianco cristallino per fatto dell'acquirente della Società Damiano che ne aveva dedotto l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

deferiscano a istituzioni arbitrali permanenti la risoluzione di vertenze insorte relative a vicende commerciali disciplinate dalla *lex mercatoria* fra essi intervenute e così la sua incidenza nell'ambito di queste controversie deve ritenersi operante indipendentemente dall'appartenenza del collegio arbitrale a uno stato che abbia ratificato la Convenzione.

Non ci si può certo esimere, per correttezza della trattazione, dal rilevare le critiche e i dubbi che ha suscitato tale decisione della Corte di Cassazione, impegnata "con tranquilla sicurezza in tutta un'ardua e controversa problematica", potendo usufruire invece di maggiore cautela "nel dare per acquisite concezioni così moderne e rivoluzionarie rispetto a quelle comunemente condivise da dottrina e giurisprudenza"⁹⁶. Ma la forza innovativa di questa decisione sta proprio nell'aver preso le mosse dalla constatazione che gli operatori economici, quale sia la loro nazionalità o l'ubicazione della loro impresa nutrono l'*opinio necessitatis* di determinate regole, ossia la convinzione che esse siano vincolanti. In questo modo gli usi del commercio internazionale vengono assunti come veri e propri usi normativi, ovvero vere e proprie fonti di un diritto oggettivo espressione appunto della *societas mercatorum*⁹⁷.

Sempre in relazione a questo tema il panorama internazionale processualistico ha visto molti altri esempi di "battaglie giudiziarie" passate alla storia per aver affrontato il problema della *lex mercatoria* e aver preso posizione sulla sua natura, giungendo ad affermare, come nella nota decisione giudiziale sull'affare *Norsolor*, che, la *lex mercatoria* unitamente ai principi generali del diritto in essa compresi, nelle specie il principio di buona fede, rappresentano una vera e propria fonte di diritto, distinta dall'equità, che gli arbitri possono validamente applicare anche se non investiti del potere di compositori *amiables*. Allo stesso modo nel caso *Fougerolle*, in cui la giurisdizione statale era stata chiamata a decidere se gli arbitri, risolvendo la controversia sulla base della *lex mercatoria*, avessero statuito secondo diritto o seconda equità, dovendo in quest'ultimo caso annullare la decisione in assenza di un esplicito potere previsto dalle parti.

Nella stessa direzione ma su questione differente interviene la sentenza della Corte d'Appello di Parigi nella già citata causa *Compagnia Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*, la quale prende posizione su una serie di importanti questioni a lungo dibattute, quali la natura della *lex mercatoria*, il suo contenuto e la sua posizione in rapporto all'ordinamento giuridico statale, finendo per dichiarare la legittimità dell'operato dell'arbitro che aveva applicato la *lex mercatoria* al merito della controversia. A questa decisione era giunta sulla base di un'interpretazione esten-

96 A. Giardina, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 829 ss. .

97 F. Galgano, *Atlante di diritto privato comparato*, cit., p. 43.

siva del termine “legge” come comprensiva anche di quei principi e di quelle regole di dettaglio del commercio internazionale che non hanno bisogno di alcun aggancio con un sistema giuridico statale per poter regolare le relazioni commerciali internazionali, prendendo così posizione su uno dei punti più discussi quale l’inclusione dei principi generali di diritto tra gli elementi costitutivi della *lex mercatoria*, e arrivando ad affermare che oltre agli usi del commercio internazionale, fra le sue fonti si annoverano i principi generali del commercio internazionale, quali il principio di buona fede e il principio *pacta sunt servanda*, sulla base dei quali l’arbitro ha risolto la controversia, dopo aver constatato la mancanza di usi specifici nel settore del commercio del carbonio⁹⁸.

In conclusione si può rilevare che a prescindere dalle polemiche dogmatiche che hanno tenuto impegnati giuristi nazionali e internazionali da oltre settantanni a schierarsi dal lato dell’esistenza o da quello del mito di una nuova *lex mercatoria*, occorre mettere in luce un fatto di particolare rilevanza, ovvero l’esplicarsi di una tendenza che, seppure ancora tenue, ha piano piano iniziato a farsi strada non solo nelle sedi arbitrali, ma anche nella giurisprudenza Europea di Paesi come Francia e Austria, e soprattutto nell’organo giurisprudenziale superiore italiano. Si tratta di una tendenza che per quanto discussa e per quanto ancora situata ad uno stadio primordiale, consente di riconoscere e affermare l’esistenza della *lex mercatoria*, intesa proprio come espressione di una società di mercanti e di operatori economici, capaci di dare vita a un vero e proprio ordinamento giuridico che, anche se incompleto o diffuso, si presenta come specificatamente preposto a regolare le relazioni commerciali internazionali, contrapponendosi quindi in maniera autonoma agli ordinamenti giuridici nazionali⁹⁹.

Emerge così un consenso generale alla presenza, nella moderna realtà del commercio internazionale, di complessi settoriali di norme che formano “un insieme coerente di norme transnazionali”, particolarmente adatte a reggere quei rapporti contrattuali internazionali che per la loro natura non possono essere soddisfacentemente regolati da alcun sistema giuridico statale dato. Si tratta di norme “autonome” in quanto prodotto spontaneo degli ambienti mercantili interessati o di organismi internazionali di vario carattere e in quanto si collocano in un sistema proprio di fonti, costituite principalmente dagli usi del commercio internazionale, dai principi generali di diritto comune, dai principali sistemi giuridici del mondo e dalla giurisprudenza arbitrale, nonchè da autonomi strumenti di risoluzione delle controversie. Si tratta di norme effettive, ma la cui effettività non discende dalla tolleranza degli ordinamenti nazionali, ma dalla realtà giuridica di cui essa è espressione.

98 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p. 196-197.

99 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., pag. 200.

4. Principi di UNIDROIT

Espressione tra le più moderne e autentiche della nuova *lex mercatoria* può essere dato da quell'insieme di principi e regole comuni ai principali sistemi giuridici e socioeconomici esistenti, conosciuti come «Principi dei contratti commerciali internazionali», elaborati sotto l'egida di un'organizzazione intergovernamentale, ovvero l'Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT) e pubblicati nel 1994.

Si tratta di un insieme di norme prive di per sé di efficacia normativa vincolante che, enunciando principi comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici esistenti, si propone di fornire le soluzioni meglio corrispondenti alle peculiari esigenze del commercio internazionale¹⁰⁰.

Le applicazioni di questi Principi sono state numerosissime nell'ambito dei contratti commerciali già a cominciare dalla loro presentazione ufficiale nel maggio 1994, sia nel quadro dell'arbitrato amministrato dalla CCI, che nel quadro di altri arbitrati; inoltre la loro funzione rileva anche «per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme»¹⁰¹.

Tuttavia nonostante il proposito dei compilatori, essi hanno ricevuto applicazione in sede di contenzioso arbitrale sostanzialmente in tre contesti: alla stregua delle norme regolatrici della sostanza contrattuale, come mezzo d'integrazione e di interpretazione del diritto nazionale altrimenti applicabile, e infine come mezzo d'interpretazione e di integrazione del diritto uniforme di origine interstatale¹⁰².

Proprio nell'ambito del primo contesto è emersa la portata innovativa dei Principi non solo in quanto oggetto di una scelta esplicita delle parti, ma anche sotto il profilo della teoria della volontà implicita: questi possono infatti risultare applicabili a titolo di una scelta implicita negativa, nel senso che gli arbitri, in assenza di una manifestazione di volontà delle parti in merito al diritto applicabile, dovranno verificare che non sussista una volontà implicita a chè non vengano applicate determinate norme. Da questa premessa potrà discendere, secondo le circostanze della fattispecie, l'applicazione della *lex mercatoria* o Principi Unidroit, previa verifica del presupposto secondo il quale il silenzio delle parti in merito alla *lex contractus* dipende dalla volontà di evitare l'applicazione della legge di una di queste oppure di quella di un ordinamento statale "terzo".

100 N. Boschiero, voce *Obbligazioni Contrattuali (Diritto Internazionale Privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamenti volume IV*, cit.

101 Preambulo dei principi di Unidroit, *Finalità dei Principi*.

102 F. Marrella, *Lex mercatoria e Principi di Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, Padova, 2000, p. 34.

La portata innovativa può essere colta dall'angolazione dell'integrazione e dell'interpretazione delle leggi applicabili, che ha fatto operare i Principi utilizzati dall'arbitro come un vero e proprio *test* di transnazionalità di una soluzione raggiunta una volta applicato l'ordinamento statale richiamato dalle norme di conflitto; si è evidenziato così come nella totalità dei casi l'applicazione del diritto nazionale ha portato ad una soluzione convergente con quella cui si sarebbe giunti applicando i Principi. Resta però da verificare se in futuro gli arbitri riconosceranno ai Principi un tale valore cogente facendo riferimento a un approccio dogmatico che si trova in numerose controversie dottrinali¹⁰³.

Tuttavia l'entusiasmo dei benefici finora rilevati, è controbalanciato dal timore del pericolo che può scaturire dall'ampiezza dei Principi che, unitamente all'esigenza di costituire un tessuto connettivo delle tradizioni giuridiche di tutto il mondo, può portare gli arbitri, privi della cultura internazionale necessaria, a un approccio prettamente nazionalistico, tale da evitare la ricerca della norma più appropriata alla soluzione del conflitto sotto il pretesto della «sostanziale convergenza con i principi di Unidroit».

Da tutto ciò emerge un'evoluzione della tecnica conflittualistica che però deve fare i conti con l'ipotesi di un probabile conflitto tra principi codificatori della disciplina dei contratti internazionali, tratto peculiare dello sviluppo del diritto del commercio internazionale che si esplica con il moltiplicarsi di raccolte di principi, improntate tutte a perseguire la massima ambizione di codificare la *lex mercatoria*.

CAPITOLO QUARTO

LA LEX MERCATORIA MARITIMA E I RAPPORTI GIURIDICI DI VOLTA IN VOLTA IMPOSTATI

1. I rapporti giuridici tra operatori marittimi

Nell'analisi dell'ordinamento marittimo ci siamo imbattuti, nel capitolo secondo, in una costruzione delle fonti degerarchizzate nella quale la prassi marittima e la natura delle cose entrano a pieno titolo nel novero di fonti del diritto marittimo, con la stessa dignità e parità di grado della legge, dei regolamenti e delle altre consuetudini volte a disciplinare l'universo marittimo. Si è visto l'operare di una *norma di riconoscimento* che trova la sua massima espressione e vitalità nell'obbligo, per i soggetti di tale ordinamento, di esplicitare liberamente il programma normativo dello sviluppo e potenziamento del commercio marittimo internazionale

¹⁰³ F. Marrella, *Lex mercatoria e Principi di Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, Padova, 2000, p. 71;

come meccanismo fondamentale dell'economia ed essenziale fattore di prosperità dei paesi marittimi continentali.

Analizzata poi la diatriba dottrinale in relazione all'autonomia o alla mitologia di una nuova *lex mercatoria*, discussione che peraltro perde rilievo e motivo di essere laddove si dia per assodato il valore fondante di quella norma monade ovvero di quella norma di riconoscimento che si presenta come criterio fondamentale di qualificazione giuridica deducibile dall'intero sistema normativo marittimo e, tenuta ferma la sua operatività come unità di misura di valori sottesi alla vita dei traffici e quindi alle azioni coscienti e unitarie del singolo e del corpo sociale della comunità marittima, portuale e commerciale nel mondo, occorre invece fare un passo ulteriore e guardare da vicino proprio quegli scambi marittimi e quelle operazioni commerciali che esprimono l'essenza del diritto marittimo.

Bisogna quindi entrare nel vivo della *lex mercatoria maritima* e valutare la sua incidenza e il suo ruolo in quel sistema di fonti del diritto marittimo che la Scuola di Trieste, con estrema intuizione, ha rinnovato smantellando quell'impalcatura gerarchica che da sempre ha caratterizzato il sistema medesimo.

I presupposti iniziali di questa trattazione non possono prescindere da un'analisi che prenda necessariamente le mosse da particolari assunti di teoria generale e in particolare dall'insegnamento crociano dell'ordinamento giuridico come istituzione che devono pertanto dissuadere il giurista marittimista dal perdere il contatto con la realtà storico-economica dei traffici marittimi e indurlo invece a comprendere la vita e il divenire del diritto marittimo stesso e del suo articolarsi in forme sempre più comprensive, rigettando così l'idea di un ordinamento chiuso e limitato alle forme statualistiche del codice della navigazione. Si tratta di abbandonare del tutto quell'approccio arbitrario ed empirico che impedisce di penetrare il mondo marittimo e di dominare le sue forme capaci di svelare valori di una realtà giuridica sempre in continuo movimento.

Solo così si può mettere in luce la rilevanza e l'operatività delle formazioni sociali marittime, ovvero di quelle comunità portuali dislocate e disseminate nel mondo capaci di forgiare e di attuare quel linguaggio giuridico che si risolve nella prassi diaria mercantile caratterizzata dalla formazione delle consuetudini, degli usi marittimi, dall'atteggiarsi della natura delle cose marittime e soprattutto dall'instaurazione di volta in volta dei rapporti giuridici marittimi, dando vita a quei processi di giuridificazione dell'ordinamento giuridico marittimo stesso, attraverso i quali le formazioni sociali e gli operatori economici marittimi internazionali legittimati esplicano le loro pretese di protezione della propria attività marittima commerciale e portuale, intendendo attuarla o configurarla a propria discrezione.

L'attenzione va quindi su tutti quei rapporti giuridici di volta in volta instaurati tra operatori marittimi così da poter dare la giusta rilevanza e

idonea collocazione all'interno dell'ordinamento marittimo alle peculiari e specifiche esigenze di quell'incessante realtà nella quale si attua e vive l'esperienza giuridica marittima.

A riguardo si è affermato che questi movimenti danno vita a un circolo vitale, a una *translatio* dal concreto della prassi all'astratto della norma e viceversa, che si presenta strettamente connessa a quei motivi e a quei valori che trovano espressione nelle forme tipiche della legge, della consuetudine, degli usi e delle convenzioni, che confluiscono a loro volta nella prassi marittima internazionale, ovvero in tutto quel mondo dell'azione e della volontà degli operatori economici marittimi caratterizzato da una ricca complessità e varietà incomponibile e da un'insopprimibile ricchezza di motivi, esigenze e tensioni non aprioristicamente tipizzabili¹⁰⁴.

Con l'instaurazione dei rapporti giuridici fra operatori marittimi stabiliti in paesi differenti assume immediata evidenza la situazione soggettiva rappresentata dall'obbligo giuridico che incombe su tutti gli operatori di esplicitare il libero programma normativo dello sviluppo e del potenziamento del commercio marittimo internazionale, obbligo che si presenta in realtà più come un onere o come una semplice situazione soggettiva all'interno dell'ordinamento marittimo per l'attuazione di tale finalità.

In questa situazione giuridica soggettiva è possibile distinguere da un lato un potere nell'esercizio della funzione commerciale e dall'altro una posizione di soggezione, legati tra loro da quel nesso organico che congiunge diritto e obbligo e che dà vita a quel fenomeno di subbiectivizzazione della norma monade che, come detto, non si esprime solo e unicamente in termini di obbligo, ma si concreta anche nella tutela puramente obbiettiva di un fascio articolato e sempre vario di interessi economici, svelando così l'esistenza di una situazione di diritto soggettivo¹⁰⁵.

L'ipotizzazione e la configurazione sostantiva della tavola di situazioni giuridiche¹⁰⁶ ha proprio lo scopo di offrire gli strumenti idonei a cogliere la realtà quale essa è, e di far intravedere quali vie si sono aperte o si stanno aprendo al conseguimento di risultati fecondi, nell'interesse superiore, di valore generale, alla protezione del commercio marittimo internazionale che si sostanzia nella tutela dell'attività marittima commerciale e portuale e quindi nelle pretese, nei titoli e nei doveri giuridici marittimi internazionali fatti valere dagli operatori economici marittimi.

Il fenomeno della subbiectivizzazione consente così di raccogliere, classificare e unificare tutto quel magma fenomenico che sprigiona incessantemente dalle comunità marittime e portuali sulla base del superiore

104 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 65-66.

105 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 103 e ss..

106 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 94 e ss..

interesse tutelato da tale norma e consistente, ripetiamo, nell'attuazione, nello sviluppo e nel potenziamento della libera esplicazione degli atti del commercio marittimo internazionale come strumento essenziale e insostituibile della libera circolazione delle merci.

Al termine di questo processo di subbiettivizzazione, quando cioè la norma dopo essere traslata da un modo di essere astratto a uno concreto e divenuta quindi un comando attuale che conferisce a tale situazione il significato giuridico e la legittimazione operativa alla concretizzazione dei rapporti giuridici successivamente e consequenzialmente concretizzati o concretizzabili, si creano qualificazioni soggettive nuove in capo ai soggetti e quindi si realizza negli stessi la situazione giuridica soggettiva. Si parla così di "effetto qualificatorio puro" in relazione all'atto di commercio che in quanto conforme al postulato della norma monade, si impregna di un rigoroso formalismo giuridico capace di segnare le posizioni di venditore, di compratore, di noleggiante, di noleggiatore, di vettore e di terzo destinatario della polizza di carico¹⁰⁷.

La concretezza della norma nei rapporti economici marittimi, dei quali esprime il dover essere conforme alle esigenze del diritto, ai principi fondamentali del suo formalismo, dà vita proprio ai rapporti giuridici, alle situazioni giuridiche soggettive, conferendo al sistema la c.d. legittimazione continua¹⁰⁸. Ma a questo processo di concretizzazione non vi concorre solo il fatto, l'atto di commercio, bensì anche il soggetto, ovvero l'operatore marittimo il quale individua a sua volta tra le direzioni possibili (ad esempio vendite marittime, noleggio, trasporto) in cui una identica volontà normativa può ritrovarsi valida, quella che risulta maggiormente conforme ai loro interessi e alle loro esigenze. Questi centri di riferimento soggettivo con la loro volontà, che trova espressione proprio nella norma, determinano una configurazione dei fatti commerciali marittimi congruente all'intuizione delle forme giuridiche proprie dell'ordinamento giuridico marittimo così da atteggiare gli interessi economici coesistenti in una data atmosfera storica del commercio marittimo internazionale in modo conforme al formalismo giuridico marittimo.

Ecco che allora emerge come le situazioni giuridiche soggettive nella loro necessaria correlazione, concretamente realizzano proprio la funzione del diritto marittimo, ovvero quella di tutelare interessi economici delle più diverse e remote comunità marittime portuali internazionali, stabilendo un'equilibrata ed armonica giustapposizione di tutela e di limitazione di un interesse¹⁰⁹.

107 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 103.

108 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 105.

109 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 110.

Così, in adesione all'impostazione espressa da Santi Romano, Ago, Giuliano, Piras A., che riconoscono una precisa rilevanza alle realtà sociali nella caratterizzazione del fenomeno giuridico, si può constatare come la nascita, la modificazione o l'estinzione di una situazione giuridica soggettiva o oggettiva siano essenzialmente riconducibili al concetto di effetto giuridico la cui funzione si puntualizza e si esaurisce nella qualificazione delle varie attività garantite (o del potere) o rese necessarie (nella forma dell'obbligazione e del dovere) che consentono di soddisfare gli interessi tutelati dalla legge¹¹⁰.

Se quindi, così come appare da questa ricostruzione, la giuridicità della norma discende dal concetto di effetto giuridico, risulta coerente l'attribuzione di questa giuridicità a qualsivoglia giudizio sociale soggettivabile, rappresentato proprio dai rapporti giuridico-marittimi individuati nel libero instaurarsi, e questo in quanto la giuridicità di una norma altro non è che la sua idoneità a tradursi in situazioni soggettive socialmente riconosciute.

Il diritto soggettivo diviene così mezzo di tutela e, a differenza dell'angolazione teorica Kelsiana, non si presenta come distinto dal diritto oggettivo, il quale ricomprende la norma monade e le altre norme fondamentali e che rappresenta la forza e l'energia determinante il dato ordinamento marittimo internazionale degli operatori economici, ma appare in una posizione di identità sostanziale in quanto sia riferito a un dato ed identificato soggetto-operatore economico divenendo così il mezzo necessario di tutela di questo, ovvero la forma in cui la garanzia si esplica.

Alla luce di ciò appare chiaro come sia necessario per la norma monade avere un riferimento a un soggetto, a un operatore, e che questo sia investito dal valore della norma, cosicché l'essenza della situazione giuridica soggettiva sia data dall'imprescindibile collegamento tra norma e operatore e quindi il suo elemento costitutivo risulta rappresentato da un potere, ovvero da un dover essere normativo che fa riferimento all'operatore marittimo. Questo elemento legittima un complesso di attività e di omissioni facenti capo all'operatore marittimo stesso titolare dell'interesse e, correlativamente, introduce la nuova situazione giuridica dell'obbligo che esprime e cristallizza la necessità del porsi di attività o di omissioni di un altro operatore marittimo obbligato che, limitando i propri interessi, consente uno sviluppo di quelli avuti di mira dall'altro.

Pertanto se una situazione giuridica si origina al meccanico verificarsi di una fattispecie collegata all'operatore marittimo, con il quale la norma entra in rapporto, occorre allora necessariamente specificare questa connessione e scorgere come la subbiettivizzazione della norma si realizzerà solo in costanza di un preciso interesse che essa intende tutelare

¹¹⁰ E. O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p.123.

direttamente, proprio perchè sarà quest'ultima a delimitare l'interesse da proteggere non solo nella sua oggettività di bene ma anche nel suo momento soggettivo¹¹¹.

Inoltre all'interno dell'ampia categoria del diritto soggettivo non appare requisito essenziale ai fini dell'esistenza del diritto soggettivo l'azione, ovvero il riconoscimento in capo al soggetto operatore interessato del potere di volontà per l'attuazione della tutela in caso di violazione. Sono sicuramente ricomprese nella definizione di diritto soggettivo quelle situazioni che in caso di inadempimenti o di illeciti assegnano al titolare l'iniziativa per la messa in moto di un meccanismo processuale, mentre sembrano sicuramente escludibili quegli interessi economici che non vengono tutelati in modo diretto e intenzionale ma occasionalmente protetti in via di fatto.

A conclusione di questa ricostruzione della situazione soggettiva che si crea in capo agli operatori marittimi in relazione all'attuazione dei loro negozi e dei loro traffici e della funzione svolta dalla norma tendente a realizzare un ordinamento di interessi economici secondo congruenze di mercato, equità, giustizia e usi, risulta che proprio la necessità del rapporto che tale norma stabilisce con i soggetti diviene la connotazione tipica dell'obbligo giuridico che emerge nei meccanismi di soggettivazione del diritto marittimo internazionale. Si tratta di una necessità di certi contegni a cui l'operatore marittimo è tenuto e che unitamente ad altri vanno a realizzare il risultato di conformazione di interessi economici che la norma deve conseguire al cospetto di una data coordinazione negoziale operativa.

Si rivela così un concetto di diritto marittimo saldamente fondato sulle rilevazioni dei dati comuni e caratteristici di quei fenomeni che l'esperienza ritagliata sulle concrete realtà sociali proprie delle comunità marittime e portuali, presenta e ci offre come schemi di tipizzata ma originaria giuridicità. Così la nozione generale del fenomeno giuridico marittimo sublima e attinge la propria giuridicità nel fatto "validante" dell'ordinamento giuridico marittimo generale e il proprio invernamento nella natura delle cose marittime e portuali, come contrassegno distintivo insito ed inscindibile in ogni fenomeno giuridico¹¹².

2. *La lex mercatoria maritima nell'ordinamento giuridico marittimo*

Analizzata la struttura di quelle situazioni soggettive prodotte dall'instaurazione dei rapporti giuridici tra operatori e la necessaria correlazione che si crea tra una situazione di diritto e una di obbligo, tutte tendenti alla realizzazione dell'interesse economico programmato, il passo successivo

111 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 134.

112 E.O. Querci, *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 115.

da fare è capire come queste situazioni e quindi come quell'insieme di rapporti giuridici di volta in volta instaurati tra operatori marittimi possa non solo essere ricondotto a quel sistema di usi e di prassi mercantile forgiata dagli "addetti ai lavori" dell'ambiente portuale e marittimo e che prende il nome di *lex mercatoria maritima*, ma anche di vedere come questa possa operare a pieno titolo in quel sistema degerarchizzato delle fonti del diritto marittimo.

È stato autorevolmente affermato¹¹³ che il diritto marittimo è essenzialmente un valore per la libertà dei popoli, per il loro sviluppo sociale, economico, per le libertà dei commerci e della libertà della circolazione delle merci, e del transito delle navi in tutti i porti del mondo. Questo "fascio di libertà" da un lato risulta limitato dalle condizioni limitatrici e dalle leggi inerenti alle diverse sfere del reale, e quindi appartenenti a campi differenti dal diritto marittimo, come l'analisi economica, l'economia dei trasporti e il commercio internazionale, facendo sì di elevare queste sfere di realtà giuridica da "campi di esperienza a campi di studio", dall'altro costituisce una potenza costruttiva indipendente e autonoma che assegna al diritto della navigazione una posizione centrale e peculiare della quale è sempre più opportuno che la scienza giuridica marittima prenda una consapevolezza storico-critica.

L'ordinamento giuridico marittimo si mostra non solo come indipendente ma anche come aperto a nuove integrazioni e a parziali creazioni del sistema giuridico marittimo, portuale e commerciale in cui trovano sempre posto nuovi istituti giuridici marittimi, risultanti dalla combinazione di quel fascio di libertà, del loro potere e delle loro scelte, dai quali si dischiudono infinite possibilità. Un sistema senza lacune, senza necessità di procedimenti analogici, essendo fondato su una pluralità di fonti non gerarchizzate, tutte volte a provvedere alla giuridificazione, alla costituzione e al funzionamento di tale ordinamento.

Ma per comprendere a pieno queste potenzialità e per avere gli strumenti idonei alla classificazione delle nuove fenomeniche che di volta in volta si presentano dinanzi agli operatori giuridici, occorre rigettare senz'altro le posizioni arbitrarie ed empiriche e attribuire ai principi e alle fonti di questo ordinamento l'obiettività e il riconoscimento universale che tengano lontana la minaccia dello snaturamento del diritto marittimo e del suo programma di attuazione del commercio marittimo internazionale. Ecco perchè si è sostenuto che la "nuova dogmatica giuridica marittima" deve prendere coscienza dei suoi strumenti di lavoro, delle sistemazioni degli istituti giuridici in armonia con le esigenze della vita dei traffici marittimi, commerciali, portuali e della realtà giuridica non irrelata.

113 F.A.Querci, *Metodologia evolutiva nel diritto della navigazione della post-modernità*, in "Trasporti", 2006, p. 58.

Si tratta di saper forgiare concetti in continuo movimento aderenti allo sviluppo dei rapporti concreti della vita giuridica marittima, portuale, commerciale e all'evoluzione della coscienza storica del diritto marittimo, consentendo così di reagire e di ricondurre all'unità del sistema l'incessante magma fenomenico scaturente dall'esperienza marittima, portuale e commerciale.

Anche le fonti plurali rivestono un ruolo di grande rilievo per la giuridicità dell'ordinamento marittimo come esclusive di valutazione giuridica e, volte a regolare *ab extra* l'attività di una molteplicità di soggetti, mettono anche in luce la necessità di una revisione di contenuto di concetti determinati e di rinnovazione e creazione di nuove posizioni in relazione all'inadeguatezza dei concetti tradizionali con i fini della cooperazione commerciale, della solidarietà di individui e di gruppi per lo sviluppo e il bene delle comunità singole e dei popoli.

Si è già visto come il ricorso a fonti tecnicamente non formali, quali la consuetudine, gli usi, la prassi marittima, portuale, commerciale, la natura delle cose, la simultaneità dell'instaurazione dei rapporti, è un'esigenza che si pone in correlazione proprio con la fase di radicale trasformazione degli istituti e che si avverte maggiormente in questo periodo di crisi di rinnovamento. Non ci si può esimere in questo contesto dal sottolineare come la Scuola di Trieste, conducendo una critica serrata all'empirismo e all'arbitrarietà, abbia assunto un ruolo direttivo e di impulso nel formulare una risposta aderente alle esigenze e alle nuove tendenze scaturenti dalla realtà e abbia saputo altresì scrollarsi di dosso lo stretto legalismo e l'infertile tecnicismo che avevano immobilizzato tutto il diritto marittimo alla legge del codice della navigazione. Codice che mostra già da tempo di aver esaurito la sua opera creativa, propulsiva, di registrazione, di classificazione e di generalizzazione dei grandi mutamenti che l'evoluzione dell'esperienza marittima, portuale e commerciale aveva impresso al mondo dei traffici¹¹⁴, e che oggi va pertanto inteso come punto di riferimento normativo di avvio per la conoscenza della disciplina del diritto marittimo ed aeronautico effettivamente vigenti nell'ordinamento italiano, al quale però vanno aggiunte le tecniche di rilevazione rintracciabili nelle pratiche mercantili e nelle regole giurisprudenziali, così da introdurre una nuova ed alta dogmatica per la scienza giuridica marittimistica costruttiva¹¹⁵.

Ed ecco che proprio le nuove esigenze, le nuove spinte e i nuovi motivi che colorano l'esperienza giuridica marittima, portuale, commerciale esplicano tutta la loro rilevanza e la loro fecondità proprio in quei rapporti giuridici che gli operatori delle più sparse e lontane comunità marittime

114 F.A. Querci, *Metodologia evolutiva nel diritto della navigazione della post-modernità*, in "Trasporti", 2006, p. 72;

115 G.A. Querci, *Vendita marittima e credito documentario*, Trieste, 1999, p. 41 ss. .

pongono in essere di volta in volta in conformità all'esigenza fondamentale, all'interesse superiore rappresentato dal commercio marittimo internazionale e dal potenziamento e dallo sviluppo dei grandi mercati globali.

Già si è detto a proposito della presa di coscienza di una nuova *lex mercatoria*, oltrepassando anche le polemiche che si sono addossate sulla questione di un ordinamento di mercanti terzo e autonomo da quello statale e internazionale, manca invece ancora da vedere come l'insieme di operatori marittimi che contrattano da piazza in piazza e che rappresentano la riaffermazione di quel cetto mercantile che alla fine del Medioevo aveva portato alla formazione e al consolidamento di un diritto che non conosceva mediazioni politiche, nè incontrava confini politici, ma che si proponeva come interamente orientato a realizzare in forza delle sue consuetudini, dei suoi statuti e della giurisprudenza dei tribunali, l'unità del diritto entro l'unità dei mercati, abbia tessuto e continui a tessere le fila di quella fitta trama rappresentata della *lex mercatoria maritima*.

Bisogna considerare infatti che il *ius mercatorum* nasceva come un diritto creato direttamente dalla classe mercantile, ovvero un diritto imposto in nome di una classe e che riconduceva il proprio presupposto universale di applicazione alla semplice circostanza di essere entrato in rapporto con un mercante e in ragione del quale si imponeva senza distinzione alcuna ad ecclesiastici, nobili, militari e stranieri. La giustificazione data a questa efficacia extra-corporativa di un diritto e di una giurisdizione corporativa era all'inizio una *fictio iuris*: si presumeva infatti che chiunque trattasse con un mercante fosse necessariamente un mercante, ma poi si sviluppò l'idea del privilegio in base al quale il diritto commerciale vincola tutti in virtù del *privilegium mercaturae*, testimoniando l'ascesa di quella potenza politica assunta dalla classe mercantile all'interno delle dinamiche comunali.

Le fonti di questo *ius mercatorum* consistevano essenzialmente negli statuti delle corporazioni mercantili, nelle consuetudini mercantili, nella giurisprudenza della «curia» dei mercanti; nei primi in particolare confluivano vari materiali normativi quali ad esempio il giuramento dei mercanti, eletti consoli della corporazione, contenente il programma del loro mandato, le deliberazioni del consiglio formato dai mercanti anziani, quello dell'assemblea generale dei mercanti e ancora i principi consolidati dalle consuetudini e dalla giurisprudenza mercantile. Le consuetudini nascevano dalla costante pratica contrattuale dei mercanti: il modo di contrattare da essi ritenuto vantaggioso diventa diritto e le clausole, una volta generalizzate, si trasformano in contenuto legale dei contratti¹¹⁶.

Non è un caso che in relazione a questo fenomeno il sommo giurista di Venezia, Cesare Vivante¹¹⁷, affermò che proprio attraverso queste vie

116 F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, p. 40.

117 C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1922-1926, I, p.5 e ss. .

nasce il diritto, un diritto che si deduce dall'esperienza quotidiana degli affari e che percorre quello stesso «circolo vitale», quella *traslatio* dal concreto della prassi all'astratto della norma e viceversa, che si è già visto caratterizzare lo stesso l'ordinamento giuridico marittimo.

È un *Law Merchant*¹¹⁸ che si concretizza nelle negoziazioni svolte in tutte le piazze del mondo, che trova il suo terreno elettivo dell'attività mercantile proprio sui contratti e sulle obbligazioni da contratto, e che si mostra così capace di rispondere lucidamente e prontamente a quelle esigenze e a quei mutamenti che avevano innescato la crisi del sistema feudale e che iniziavano a far vacillare lo stesso sistema economico fondato sul latifondo. Siamo dinanzi agli albori dell'accumulazione capitalistica, in cui il contratto assume rilievo e funzione a sè stante e la ricchezza non è più preordinata al consumo, ma alla creazione di nuova ricchezza. Questa concezione finisce per dominare non solo i rapporti contrattuali tra mercanti ma anche i rapporti interni alla classe mercantile, portando a compimento l'elaborazione di una nuova visione generale degli interessi di classe, interessi volti a valorizzare gli scambi e quindi il capitale¹¹⁹.

Questa breve digressione sulle dinamiche inerenti all'affermazione del diritto mercantile del Quindicesimo Secolo scaturente proprio dalla prassi quotidiana e da quelle esigenze che scalpitano e vivono nella relazioni commerciali, non può non mettere in luce quelle costanti che ritroviamo anche nella concreta realtà storico-evolutiva del diritto marittimo internazionale e che necessitano oramai di un approccio più realista e di un'intuizione sciolta dalla storicità e dalla positività della legge codicistica.

Il ruolo svolto dai tribunali mercantili nella cristallizzazione della pratica degli affari, nella compilazione e nel contestuale aggiornamento degli statuti fa sentire il suo eco nell'istituto dell'arbitrato commerciale internazionale, capace non solo di comporre liti transanzionali, ma anche di contribuire notevolmente alla formazione, al riconoscimento e alla coesione degli usi del commercio internazionale¹²⁰. Così come l'aspettativa di guadagno che aveva indotto la borghesia medioevale e poi anche quella rinascimentale a incoraggiare i viaggi alla scoperta di nuove rotte per il commercio di materie prime, allo stesso modo la medesima aspirazione ha determinato agli inizi del secolo scorso, anche in seguito all'introduzione della marina mercantile, uno sviluppo del capitalismo marittimo, portuale e commerciale su larga scala nel trasporto dei beni economici prodotti che ha a sua volta innescato un'espansione dell'economia mondiale a ritmo vertiginoso.

Ma i protagonisti di questa *lex mercatoria maritima* sono operatori appartenenti a determinati gruppi sociali, a comunità che esistono e vivono

118 G. de Malynes, *Consuetudo vel Lex mercatoria, or the Ancient Law Merchant*, London, 1685.

119 F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 43.

120 N. Boschiero, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, cit., p.150.

fuori dagli Stati e i cui rapporti marittimi, portuali, commerciali non hanno bisogno di venire riconosciuti dallo Stato in quanto sono già dotati di un vero e proprio valore giuridico originario. Ed è qui che ritorna in modo preponderante la lezione romanista, in base alla quale questi “gruppi organizzati”, queste istituzioni possono essere considerate comunità “organiche” capaci di diritto marittimo: ogni ente e ogni corpo sociale, che nella vita dei traffici marittimi internazionali ha un’esistenza obbiettiva e completa, un’ individualità sicuramente esteriore e visibile, indipendente dal diritto statale, è capace di porre in essere un diritto e una disciplina giuridica che regola il commercio marittimo internazionale che non può essere ricercato nè nell’istituzione statale nè in quella comunitaria¹²¹.

Queste comunità marittime portuali, agenti nei più disparati e remoti porti del mondo con i loro rapporti giuridici che instaurano di volta in volta nella simultaneità storico-giuridica, non sono dei semplici contenitori di norme, ma assurgono a divenire delle autorevoli e feconde fonti di diritto che si pongono su un piano del tutto autonomo e incondizionato da quello statale. Si viene così a realizzare un’importante coincidenza tra le attività e le negoziazioni che intervengono fra i componenti di queste organizzazioni e la trama della *lex mercatoria maritima*.

Il concetto di organizzazione non deve rimandare erroneamente a quello di subordinazione, bensì all’idea di coordinamento, di coesistenza spazio-temporale di questa pluralità di organismi economici giuridico-marittimi, portuali, commerciali, distinti e indipendenti dagli Stati, che vanno a comporre quell’unitario sistema marittimo mondiale, capace di sintetizzare e di ricomprendere tutte le molteplicità e i particolarismi degli ordinamenti statuali, trascendendoli e riducendoli a unità nell’attuazione del programma del commercio marittimo globale.

Ecco che la prospettazione della c.d. teoria realistica da parte della Scuola di Trieste supera i limiti e le chiusure di quelle mutilate ricostruzioni esegetiche e restituisce la giusta dignità e l’esatto valore all’agire produttivo, economico e all’attività pratica regolata dalle organizzazioni degli operatori economici marittimi portuali, dalle loro consuetudini di affari, di commercio, di viaggi e di vendite marittime.

Tutto questo coacervo di relazioni, di scambi e di traffici facenti capo a questi stessi organismi e corpi sociali riempie e modella le forme del diritto positivo marittimo, un diritto sempre vivo, capace di esprimere la complessità di un fenomeno non solo giuridico, ma anche e soprattutto economico, sociale e a vocazione universale. Così se la vita dei traffici è l’assoluto del diritto marittimo allora il commercio internazionale ope-

121 Risulta evidente l’opzione per una qualificazione del diritto marittimo come “organizzazione sociale”, planetaria, globale, resa possibile da norme non solo obbligatorie, ma anche organizzative di organi, di qualifiche, di poteri, e di competenze necessarie per il funzionamento delle strutture istituzionali dell’ordinamento giuridico marittimo generale.

ra come l'unità di misura dei valori sottesi alla vita e all'attività delle comunità marittime, portuali, commerciali, rilevabili nel mondo e quindi come oggetto del diritto marittimo che trova espressione nell'imperativo di «rispettare e promuovere sempre il valore assoluto dell'onesto, spedito commercio nella vita dei traffici marittimi»¹²².

In questo principio si cristallizzano i valori assoluti della circolazione e dello scambio dei beni della vita che si sviluppano e si attuano nell'ordinamento giuridico marittimo attraverso categorie in movimento, capaci di superare lo sterile normativismo e di cogliere le costanti e le variabili della multiforme realtà marittima e commerciale.

3. Spunti per una nuova riflessione

In un'epoca in cui i mercati globali prospettano la relazione tra commercio, libera circolazione dei beni, libero transito delle navi e le regole giuridiche essenziali, la norma primaria del diritto marittimo indica le modalità con le quali tali interessi devono essere riconosciuti e tutelati giuridicamente: il dover-essere della situazione economica data corrisponde all'interesse giuridico realizzato e si prospetta come un dover-fare rivolto alla generalità di agenti interessati allo scambio dei beni della vita¹²³. Così quando ci troviamo davanti a un fenomeno marittimo, portuale, commerciale in una situazione formalmente non prevista da alcun enunciato normativo e tuttavia giuridicamente rilevanti, se ricadono nel raggio dell'interesse fondamentale, scatta quel processo di integrazione dell'ordinamento giuridico che consente di identificare una situazione d'interesse nel contesto normativo mediante un processo di astrazione dalle circostanze contingenti e variabili e di fissazione delle circostanze costanti e invariabili. Si cerca in questo modo di arrivare a dare qualificazione giuridica al fatto nuovo sempre con la mediazione necessaria della norma.

E le fenomeniche che si presentano ogni giorno al cospetto di operatori marittimi portuali e aereoportuali sono molteplici e imprevedibili, e introducono nell'ordinamento giuridico delle nuove problematiche e delle intricate questioni che non si prestano a facile soluzione, se non ci si avvale di una metodologia avanzata, impregnata di quella consapevolezza "filosofica" dell'esperienza giuridico marittima, idonea ad affrontare le più delicate questioni che nascono dal cuore della recentissima esperienza giuridica marittima funzionalizzata alle esigenze della globalizzazione dei mercati.

Si tratta dunque di affermare un ruolo di centralità del diritto marittimo all'interno delle scienze giuridiche marittime: «un prezioso salvataggio che

122 F.A. Querci, *Metodologia evolutiva nel diritto della navigazione della post-modernità*, in "Trasporti", cit., p. 83.

123 F.A. Querci, *Metodologia evolutiva nel diritto della navigazione della post-modernità*, in "Trasporti", cit., p. 86.

conferisce spessore alla riflessione giuridica, che immerga nella storia e le impedisca di degradarsi a mera strumentazione tecnica, solcando lo scenario ormai desertificato dall'imperversare del relativismo, e dell'arbitrarietà, e dello strisciante decostruzionismo, tipico dell'incontrollata esegesi, che non rappresentano certo la cifra indispensabile per vivere dal di dentro e capire fino in fondo il diritto marittimo»¹²⁴.

Senza necessità di dover andare a recuperare fenomeni remoti e lontani, basti pensare agli accadimenti che solo pochi mesi addietro hanno paralizzato l'intera comunità viaggiante e commerciante. Il più recente ha avuto luogo nei mari del Golfo del Messico, di fronte alla Louisiana, dove una piattaforma petrolifera appartenente alla British Petroleum è esplosa provocando un disastro ambientale senza precedenti. La perdita si è rivelata più grave di quanto inizialmente previsto (circa 5 mila barili di petrolio si sono riversati in acqua ogni giorno, pari a 800 mila litri), con conseguenze che hanno superato quelle del disastro Exxon Valdez del 1989 in Alaska; ancora nel maggio scorso gli spostamenti di una nube vulcanica proveniente dall'Islanda hanno bloccati la maggior parte degli aeroporti Europei piegando l'intera comunità mondiale a una situazione d'emergenza che ha mostrato il lato volubile dei Paesi Sviluppatori che hanno ormai fatto degli spostamenti aerei un bisogno primario.

Anche il blocco, nel Marzo scorso, di quasi cinquanta navi, per lo più da trasporto, nel congelato Mar Baltico, in particolare tra la Svezia e la Finlandia, ha creato un'insolita situazione di allarme che ha costretto le autorità marittime a lanciare operazioni di emergenza come non accadeva da tempo, a cominciare dai porti tedeschi di Stralsund e Wolgast che si erano limitati a funzionare soltanto grazie a una corsia in mare tenuta aperta dal continuo lavoro delle navi rompighiaccio. Questa anomalia del gelo sul Nord Europa, e soprattutto sulla Scandinavia e sul Mar Baltico, ha inevitabilmente prodotto delle ripercussioni in tutta l'Europa, compresa l'Italia, disvelando così le forti connessioni che il trasporto marittimo crea fra le varie comunità mondiali.

Da ultimo, ma non per importanza, è il fenomeno, ben noto al nostro Paese, dell'immigrazione clandestina che interessa tuttora l'Europa Occidentale nel suo insieme e che ha mostrato di potersi manifestare in due modalità, entrambe transitanti per l'Italia: o con il ricorso alle c.d. carrette del mare, ovvero imbarcazioni a perdere che trasportano un numero incontrollato di migranti provenienti dal continente africano e diretti a sbarcare sulle coste siciliane (prima fra tutte Lampedusa), oppure sfruttando la rotta ordinaria dei traghetti che collegano i porti della Grecia con quelli principali dell'Adriatico. In quest'ultima ipotesi i migranti, provenienti prevalentemente dall'Iraq e dall'Afganistan, nascondendosi clandestinamente nei T.I.R. caricati sulle imbarcazioni di trasporto e sfruttando la minore

124 F.A. Querci, *La storia nella dogmatica marittima*, in "Trasporti", n.101, 2007, p. 39.

intensità dei controlli italiani, in virtù degli accordi di Schengen, cercano di eludere la sicurezza del nostro Paese per proseguire il viaggio in Europa. Nel primo caso la soluzione è stata offerta da un accordo tra Libia e governo Italiano, stipulato nel 2009, che si occupa di realizzare un controllo dell'immigrazione irregolare, sulla stessa linea del sistema SIVE (Sistema Integrato di Vigilanza Esterna) instaurato tra Spagna e Marocco per un rinforzo del pattugliamento marittimo per la riduzione degli sbarchi attraverso lo stretto di Gibilterra. In questa situazione si è così provveduto a colmare una lacuna del diritto internazionale marittimo attraverso un trattato amichevole che è stato il bersaglio di numerose critiche relative alla violazione dei diritti umani, quali il diritto all'asilo e alla protezione internazionale.

La seconda problematica invece è stata appianata mediante una prassi intervenuta tra distinti operatori marittimi, rappresentati dagli organi di Polizia di frontiera dei porti di Venezia, Ancona, Bari e Brindisi, dalla società marittima di navigazione, dall'agenzia marittima di riferimento e dal comandante della nave, che prevede in aggiunta alla responsabilità di persone e di merci trasportate in capo al comandante, la responsabilità di questo ultimo per i passeggeri clandestini, rinvenuti durante gli ordinari controlli eseguiti alla dogana, dal quale ne discende poi il relativo obbligo di ricondurre nel porto di provenienza i passeggeri irregolari.

Dinanzi a queste nuove fenomeniche, gli operatori marittimi hanno così mostrato, mediante l'instaurazione di quei rapporti giuridici di volta in volta impostati, di poter introdurre nell'ordinamento giuridico marittimo continue risposte, contestuali al momento storico, e suscettibili di diventare i fili necessari di quella fitta trama costituente la *lex mercatoria maritima*, capace di operare a pieno titolo come fonte del diritto marittimo vivente.

Così l'esperienza diviene struttura permanente del diritto marittimo ovvero il diritto consuetudinario marittimo creato dalle comunità sociali marittime e portuali, soggette esse stesse al diritto da loro stesse creato, e quindi a una generale impostazione dei rapporti tra la realtà socio-economica e il fenomeno giuridico, ad aspetti ordinamentali di una determinata comunità marittima e portuale che si risolve sempre nell'insieme di norme giuridiche, di cui si possa sempre constatare il dato di fondo, ovvero l'appartenenza di quelle norme giuridiche a quella determinata comunità. Da ciò emerge che il fatto giuridico non risulta astratto, ma attinge la propria giuridicità nel fatto «validante» dell'ordinamento giuridico marittimo generale e, per certi aspetti, nella natura delle cose marittime e portuali, contrassegno insito del fenomeno giuridico¹²⁵. Ecco che la “giuridicità” di una norma non deriva da una particolare struttura di essa o dal gruppo a cui appartiene: norma giuridica è solo quella che in immediato

125 E. Volli, prefazione a *Introduzione alla scienza giuridica marittima*, E.O. Querci, cit., p. 7.

ed esclusivo riferimento a una o più attività pratiche viene assunta come loro unica regolatrice.

CAPITOLO QUINTO

I SIGNORI DEL COMMERCIO MARITTIMO INTERNAZIONALE

1. *Soggettività giuridica marittima internazionale*

La costituzione di gruppi è un evento che si è verificato storicamente infinite volte, basti solo pensare alle associazioni dei lavoratori portuali, degli imprenditori, dei caricatori, dei ricevitori, nelle varie partizioni mercologiche, degli armatori riuniti in conferences, in cartelli dei lavoratori marittimi attraverso l'operazione dell'equipaggiamento, e che continuerà ad attuarsi senza la possibilità di introdurre dei limiti alla configurazione di nuove datità soggettive necessarie al funzionamento ordinamentale, superstatale, con ambientazione ed articolazione nello scenario planetario della comunità internazionale.

Come già precedentemente esposto le formazioni sociali, marittime e portuali costituiscono l'elemento base di questo ordinamento in cui la pluralità di organizzazioni sociali, economiche, marittime, portuali e commerciali vengono equiparate al diritto marittimo stesso, inteso come quel fenomeno economico, sociale e di portata planetaria che opera come meccanismo essenziale per la formazione e per lo svolgimento delle dinamiche dei mercati globali¹²⁶.

L'ordinamento giuridico marittimo se è davvero originario, prescinde o include la giuridicità, come di ogni diverso ordinamento così anche di quelli interni, in particolare di quei soggetti marittimi internazionali nel cui novero vanno ascritti i Porti franchi nel Mondo.

Con i Porti franchi l'ordinamento marittimo estende la sua efficacia sino a regolare i rapporti intercommerciali su certi territori, quali ad esempio Singapore, Malta, Hong Kong, Abu Dhabi, Panama, che in quanto estranei all'amministrazione statale, sono dei territori soggetti al potere istituito dall'ordine giuridico marittimo internazionale e regolati da questo, la cui esclusività e unicità quale ordinamento originario sono concettualizzazioni tutt'altro che empiricamente formulate.

In questa elaborazione la soggettività giuridica marittima internazionale viene ad occupare una posizione soggettiva indeclinabile nell'ordinamento giuridico marittimo comune internazionale che impedisce qualsiasi qualificazione o produzione di un effetto giuridico senza la preliminare presupposizione di un ente, o di un soggetto capace di risultare destinatario di quell'effetto.

¹²⁶ F.A. Querci, *Metodologia evolutiva nel diritto della navigazione della post-modernità*, cit., p. 78.

Come precedentemente affermato in relazione alla “tavola” di situazioni soggettive dell’ordinamento marittimo internazionale comprensive delle diverse capacità, potestà, diritti e doveri, può accadere che nel sistema giuridico marittimo subentrino nuovi principi economici, nuovi interessi, nuovi istituti e quindi nuove situazioni giuridiche, cosicché la necessità di operare un’interpretazione che faccia ricorso alla figura della connessione sistematica appare un motivo irrinunciabile. Intuizione che è sicuramente venuta a mancare nell’adattamento storico in termini generali del Trattato di Parigi del 1947, e soprattutto del diritto consuetudinario-marittimo portuale internazionale, che si caratterizza per essere il fatto di un uso generale e uniforme, protratto per un certo tempo, e accompagnato dall’*opinio iuris*, e che come tale richiede un’interpretazione storica capace di accertare la persistenza sia del suo elemento oggettivo che di quello soggettivo.

Avremo così una personalità internazionale marittima *ipso iure* ogni volta che ci troviamo davanti all’esistenza di un complesso di soggetti, di beni, di istituti, di organi, i quali abbiano una propria disciplina e una loro organizzazione ed esercitino un imperio in un determinato ambito territoriale. Sono tre i requisiti necessari alla nascita della personalità marittima internazionale: a) l’esistenza di fatto di un’organizzazione, un’istituzione, un ente; b) l’esercizio in fatto di un impero, di una potestà di comando per il perseguimento delle sue finalità da parte di questa organizzazione; c) la territorialità dell’impero senza necessità dei caratteri di indipendenza o sovranità¹²⁷.

Il Porto Franco, come soggetto marittimo internazionale non incontra alcun limite internazionale nel modificare la propria organizzazione interna e nel trasformare tale sua costituzione, tuttavia non si tratta di un diritto internazionale ma di una mera libertà di fatto: l’ente esiste per la sua organizzazione, si conosce, si definisce attraverso la sua organizzazione; e poichè ogni ordinamento giuridico costitutivo del porto franco procede in modo autonomo alla determinazione e alla definizione del suo regime giuridico, ne deriva che è solo dall’esame delle norme internazionali marittime e portuali e delle consuetudini determinanti l’organizzazione dei soggetti internazionali marittimi-porti franchi, che può ricavarsi come questi vadano concepiti e definiti. Restano fermi e stabiliti a monte invece gli impegni che devono seguire per assicurare l’ordine marittimo internazionale, quali riguardano essenzialmente la libera circolazione delle merci, il libero accesso delle navi e l’immunità da ogni sindacato giurisdizionale, amministrativo, interno o esterno che non sia identificato con regole costituzionali del soggetto per mezzo delle quali abbiano acquistato la per-

127 F.A. Querci, *Sulla funzione organizzativa del diritto marittimo internazionale (I Porti Franchi nel mondo nella teoria dei soggetti marittimi internazionali)*, in “Trasporti”, 2001, n. 84, p. 11.

sonalità marittima internazionale, sia dal punto di vista territoriale che da quello inerente alla socialità delle relazioni commerciali.

Per l'ordine marittimo internazionale rilevano essenzialmente la reale esistenza di queste organizzazioni interne, non solo per farne derivare la personalità marittima internazionale, ma anche per determinare quali siano gli organi di ciascun porto franco. Per tale ordinamento l'organizzazione interna dei soggetti internazionali-porti franchi rileva come organizzazione di questi facendo in modo che le persone fisiche che agiscono e operano all'interno di questi soggetti internazionali esercitando un'autorità o un pubblico potere rendano i soggetti internazionali capaci di volere e di agire. Questo riferimento alle organizzazioni dei singoli porti franchi consente di attribuire un'identità autonoma a questi, individuandoli sia nel loro diritto interno sia nel diritto marittimo internazionale, tenendo ben presente che però per lo stesso ordinamento marittimo internazionale non rilevano solo gli organi esterni di questa, bensì tutta l'organizzazione interna del porto franco. Gli organi interni infatti sono organi anche per il diritto marittimo internazionale, potendo questi in ogni caso porre in essere atti giuridicamente validi, anche se in linea teorica la loro attività viene in considerazione solo come mera attività materiale che dà origine a semplici fatti giuridici e non ad atti giuridici marittimi internazionali.

Gli organi esterni hanno invece il compito di esercitare i diritti pubblici internazionali marittimi, definiti come "diritti di funzione o funzionali", si tratta cioè di una posizione che a un soggetto di un organo deve spettare di fronte ad altri, ovvero una condizione stabile e permanente che può essere la fonte e la causa di una serie indefinita di rapporti riconducibili a tre modelli: quello di superiorità, quello di subordinazione e infine quello di indipendenza¹²⁸. A questi diritti si aggiungono inoltre un'ulteriore categoria di diritti pubblici internazionali, detti anche di "prestazione", che prevedono o il diritto del soggetto a una certa prestazione come potrebbe essere quella di riscossione dei canoni, oppure il diritto di un altro soggetto nei confronti di chi esercita la funzione pubblica marittima internazionale.

A completamento del quadro così delineato vanno menzionate le altre due categorie di compiti attribuibili agli organi esterni: i diritti pubblici marittimi reali, identificabili nel diritto di affidamento dei beni patrimoniali immobiliari da destinarsi a una specifica funzione pubblica marittimo-portuale commerciale, e i diritti pubblici marittimi portuali di monopolio, il cui oggetto consiste nell'impedire ad altri il possesso di beni economici o l'esercizio di attività lucrativo-imprenditoriale già riservata ad altri soggetti.

128 F.A. Querci, *Sulla funzione organizzativa del diritto marittimo internazionale (I Porti Franchi nel mondo nella teoria dei soggetti marittimi internazionali)*, in "Trasporti", cit., p.16;

La costruzione di un ordinamento giuridico marittimo internazionale forgiato da molteplici e varie situazioni giuridiche soggettive e comprensivo di ordinamenti interni autonomi, pone l'accento sui mutamenti in corso relativi alla composizione e alla identificabilità dei gruppi sociali, delle formazioni portuali, marittime e mercantili, territorialmente dislocate in ogni parte del mondo e quindi sul nesso stringente, su quell'equazione esistente tra corpi sociali e ordinamento giuridico marittimo.

La fecondità di queste elaborazioni mostra la sua applicazione più evidente sia nella comprensione dei fenomeni marittimi e portuali che nell'analisi delle modifiche prodotte nella struttura del mondo marittimo contemporaneo che consente a sua volta di attribuire la giusta rilevanza alla questione della "soggettività", superando le impostazioni tradizionaliste degli assetti statuali. Prende forma così quel gruppo sociale, chiamato comunità mercantile marittima e portuale, e assume contorni sempre più nitidi quell'entità-Porti Franchi nel Mondo, ovvero quegli ordinamenti territoriali investiti dall'ordine giuridico marittimo della soggettività marittima internazionale.

Si tratta di "entità giuridiche territoriali" che mettono in risalto l'esistenza di una autonoma capacità di determinarsi in riferimento alla provvista di risorse tecniche ed economiche ed alla loro allocazione tra fini liberamente scelti dal gruppo portuale marittimo, mercantile di riferimento, ma sempre conformi e compresi nel programma di attuazione del commercio marittimo internazionale. I Porti Franchi rappresentano una varietà in via di profonda trasformazione secondo i principi di identità riferiti e imposti dalla "costituzione economica del commercio marittimo internazionale" e secondo i rapporti tra le stesse realtà riferiti ai principi della intersoggettività a fondamento economico, marittimo portuale e commerciale. Le trasformazioni in atto della struttura del mondo marittimo, portuale mettono in luce la centralità di quella costituzione economica e normativa del commercio marittimo internazionale, base essenziale ai fini della conoscenza dell'ordinamento giuridico marittimo e così le realtà territoriali infrastrutturali acquistano un valore rilevante nell'assurgere ad ambito spaziale di rilevazioni di bisogni, di risposta recettiva, e di apprestamento nelle soluzioni invocate sia dalla dinamica dei traffici internazionali, sia dalla struttura del sistema finanziario ed assicurativo che governa e presiede tutto il loro svolgimento.

Le mutili visioni normativiste non sono pronte a cogliere nè il fermento sempre più vivo e pressante emergente nella contrapposizione tra diritti marittimi statuali e diritto marittimo internazionale, nè tanto meno l'affermazione di imperative e travolgenti forme giuridiche marittime di transnazionalità e di mondialità che il graduale allargamento della comunità mondiale, con la globalizzazione ed integrazione dei mercati, con l'internazionalizzazione sempre più marcata dei traffici marittimi e delle

correlative transazioni dei beni, con la libera circolazione delle merci, con il libero accesso alle gigantesche ed estese infrastrutture portuali rese immuni dai sindacati giurisdizionali dei singoli Stati, con la concentrazione armatoriale imposta dalla connessa e intensa finanziarizzazione propria delle politiche di sostegno organico e ancora con l'allocazione imprenditoriale in chiave di razionalizzazione dei servizi portuali e di collegamento strategico e di attrazione dei traffici e delle organizzazioni terminalistiche, hanno necessariamente orientato lo studioso marittimista scevro delle limitate premesse empiriche e arbitrarie, ad un superamento delle tradizionali direzioni in vista di nuove frontiere e di nuovi orizzonti che rivelano la loro matrice proprio nel concetto di struttura.

2. I Porti Franchi nel Mondo e la globalizzazione dei mercati

Dalla così delineata teoria dei soggetti marittimi internazionali si rende necessario uno sviluppo argomentativo nella direzione dei Porti franchi nel mondo e in particolare del vicino Porto Franco di Trieste, la cui inclusione fra tali soggetti e il riconoscimento della sua personalità giuridica, che si identifica totalmente con la sua soggettività giuridica, derivano dal suo sorgere storico come soggetto o ente sia in forza di un atto giuridico internazionale, sia per fatto giuridico correlativo della costante prassi marittima internazionale, in virtù della quale non può essere negata l'esistenza di una norma giuridica consuetudinaria in questo senso e di conseguenza la soggettività giuridica dura per tutta l'esistenza dell'ente o del soggetto.

L'istituto internazionale del Porto Franco è un meccanismo di commercio marittimo internazionale, nonchè strumento di liberalizzazione delle merci nell'ambito della globalizzazione ed internazionalizzazione dei mercati, ragion per cui la sua tematica è strettamente connessa a quella della politica marittima e portuale che si sta evolvendo da offerta statica dei servizi a politica di organizzazione della domanda dei servizi portuali presenti e futuri, cosicchè l'istituzione materiale dei Porti Franchi dovrebbe riconnettersi automaticamente alla creazione di moderni "servizi di terziario avanzato".

In ragione di questa stretta connessione con l'evoluzione della politica marittimo-portuale e soprattutto alla luce dell'esame comparato dei figurini giuridici degli statuti di alcuni dei più importanti Porti Franchi nel mondo (Hong Kong, Panama, Emirati Arabi Uniti, Malta, Isole Mauritius, Giordania)¹²⁹, negli ultimi anni si è acceso il dibattito sulla necessità di operare una radicale reimpostazione di questo istituto che involga sia la sua struttura che la sua funzione, nel più ampio contesto dei traffici marittimi internazionali.

¹²⁹ F. Trampus, *I porti franchi nel mondo – Strumenti essenziali per l'attuazione di una moderna politica marittimo-portuale*, Facoltà di giurisprudenza, Università degli Studi di Trieste, 1997, p. 317;

Negli ultimi 20 anni si è infatti assistito a una fioritura di Porti franchi, Zone franche, Punti franchi, Depositi franchi e Zone industriali franche arrivando da un numero ridotto di 25 Zone Franche negli anni '50 a ben 839 ai nostri giorni. Ma il dato ancora più eloquente è rappresentato dalla percentuale di traffico internazionale attraverso i Porti franchi che ha visto e continuerà a vedere una forte crescita.

Questi numeri altro non rappresentano che i meccanismi in cui si articola, sui mercati internazionali dei traffici marittimi, la proposta e la sfida marittima portuale, le profonde trasformazioni che hanno caratterizzato lo *shipping*, i suoi giganteschi processi di concentrazione e i mutamenti imposti dal sistema globale di distribuzione che hanno reso necessaria la creazione di *zone speciali elette ad economia marittima*¹³⁰.

All'interno dei porti franchi infatti si sono inoltre diffuse delle importanti case di commercio, che hanno dato vita a nuovi centri economici stanziati, i c.d. grandi empori mercantili, ovvero degli importanti centri di affari marittimi conosciuti nel mondo antico e moderno, funzionali alla raccolta e allo smistamento di materie prime di largo consumo e di prodotti finiti, e caratterizzati da immensi depositi di alimentazione di tutto il mondo e di *terminals* portuali muniti di gigantesche attrezzature ricettive. Il loro rilievo economico nella dinamica dei mercati non è diminuito poiché si sono rese possibili relazioni dirette tra la produzione e il consumo, spingendo così il sistema industriale verso ritmi e cicli unitari di lavoro intensi e continui, portandolo al massimo della produzione ed alla massima utilizzazione degli impianti, con rese industriali nettamente superiori alle rese commerciali di fatturato, diventando simile *surplus* inesitabile nei circuiti ordinari¹³¹. Ed è proprio nei Porti franchi, ove vige il principio sovrano della libera circolazione delle merci, del loro stoccaggio, della libera trasformazione industriale dei semilavorati, che le merci, certificate e "assistite" da polizze di carico girabili attendono che il venditore imprima alle stesse le destinazioni finali verso il compratore.

In questi immensi centri di raccolta, e nei c.d. *terminals*, magazzini siti appunto nei porti franchi, si determinano le condizioni favorevoli per il dominio del mercato mondiale, in quanto in ordine al gigantesco *surplus* produttivo, che devia sempre più la traiettoria della merce dai luoghi di origine a quelli di consumo, si qualificano per l'estensione della loro organizzazione mercantile come centri "regolatori" del commercio marittimo internazionale, in virtù delle relazioni economiche e finanziarie che vi fanno capo, del potere, e dell'ascendente che godono le loro istituzioni commerciali, mettenti capo a potenti *trading* di materie prime.

130 F.A. Querci, F. Trampus, F. Lodato, *Internazionalità e storicità del porto franco di Trieste*, Trieste, 2000, p. 170;

131 G.A. Querci, *Navigazione e commercio-Vendita marittima e credito documentario*, cit., in nota n. 44, p. 154;

Un esempio estremamente indicativo della funzionalità di questi centri «regolatori» del commercio marittimo internazionale è storicamente rappresentato dalla *Colon Free Zone*, nella Repubblica di Panama, istituita con Decreto Legge n.18 del 17 giugno 1948, che prevedeva tutta una serie di vantaggi geografici, fiscali, monetari per gli esportatori, gli importatori e i turisti. L'obiettivo di tale istituto era quello di centralizzare tutti i prodotti dell'emisfero e quindi non solo di introdurli negli altri mercati ma anche di importare prodotti dagli altri mercati e redistribuirli nell'emisfero, il tutto esente da dazi doganali o da altri controlli¹³².

L'analisi comparata dei vari sistemi del Porto franco nel tessuto infrastrutturale possono mettere in luce la fisionomia complessiva di questa figura giuridica.

A cominciare dal loro inquadramento, i Porti franchi possono essere ricondotti alla figura dei territori internazionali, il cui tratto essenziale è dato dalla funzione che il territorio assume nell'ambito del diritto internazionale, rispondendo perciò a un interesse dell'intera comunità internazionale. Questa funzione si sostanzia nell'attuazione del libero commercio marittimo internazionale, che in ultima analisi involge solo ed esclusivamente la libera circolazione delle merci, le quali sono state solo di recente riportate alla ribalta dopo che per anni il centro di ogni dibattito marittimo-portuale era rappresentato esclusivamente dalla nave. Le merci sono così diventate il cardine fondamentale di una moderna e ravveduta politica marittima e portuale e costituiscono un elemento insopprimibile nell'ottica della globalizzazione e internazionalizzazione dei mercati.

La fonte primaria della disciplina dei Porti franchi non è rappresentata dai trattati internazionali, che pur essendo costitutiva del Porto Franco di Trieste non lo è per quello di Panama, Singapore o di Malta, ma è ravvisabile nella superiore funzione di garanzia dell'inviolabilità e dell'intangibilità del principio consuetudinario della libertà del commercio marittimo internazionale, secondo i principi consuetudinari di uguaglianza, libertà e non onerosità.

Tutte le navi, a prescindere dalla bandiera o dalla provenienza, possono accedere al Porto franco in condizioni di uguaglianza e senza restrizioni, salvo le restrizioni non ritenute discriminatorie relative a merci pericolose, petrolio o esplosivi; all'interno dell'infrastruttura tutte le operazioni di sbarco, introduzione, deposito, manipolazione, trasformazione, trattamento industriale, negoziazione e riesportazione per mare delle merci avvengono in esenzione dai dazi doganali e dal regime di formalità e di sorveglianza doganale ordinariamente applicabile sul territorio dello Stato. Così la libertà di circolazione delle merci porta con sé infatti una serie di divieti in capo allo Stato sul cui territorio è situato il Porto Franco,

132 F.A. Querci, F.Trampus, F. Lodato, *Internazionalità e storicità del porto franco di Trieste*, Trieste, cit., p. 171;

di esercitare controlli sulla provenienza, proprietà, natura, proprietà intrinseche, finalizzazioni e destinazioni delle merci, che potranno invece aver luogo solo nell'ipotesi in cui tali merci varchino i confini del Porto franco per essere immesse nel territorio dello Stato.

Inoltre, all'interno del Porto franco, le merci possono essere oltre che temporaneamente depositate nei magazzini senza formalità documentali o controlli doganali, anche manipolate, trasformate in conformità con la domanda di mercato al fine di migliorare il loro aspetto e la loro qualità commerciale, e possono infine essere anche esposte, negoziate, vendute e redistribuite.

Fra gli altri aspetti importanti di questa figura vi è la possibilità di prevedere, nei vari statuti, degli specifici illeciti quali potrebbero essere quelli inerenti al rifiuto di fornire le informazioni richieste dall'autorità portuale, la produzione di documenti falsi, l'ostacolare un dipendente dell'autorità portuale nello svolgimento dei suoi compiti e le relative sanzioni che vanno dall'ammenda alla reclusione.

Ma l'elemento sicuramente più caratteristico è rappresentato dal regime di agevolazioni ed incentivi fiscali previsti dagli statuti per le imprese commerciali, industriali e produttrici di servizi operanti nella zona del Porto franco (si tratta delle esenzioni dai dazi doganali, da imposte all'importazione ed esportazione, da imposte sui redditi personali e societari, o consistente riduzione dell'aliquota, da imposte sul valore aggiunto, da tasse sui dividendi azionari di società estere, da tasse locali, o ancora dal pagamento di imposte per il trasferimento di azioni in caso di morte dell'azionista possessore) unitamente ai vantaggi non fiscali che possono andare dalla consistente riduzione degli adempimenti burocratici per la procedura di concessione delle licenze, al diritto di stabilimento delle imprese licenziate operanti nel Porto franco con possibilità per le società straniere di partecipazione azionaria al 100%, o ancora all'istituzione di registri navali che consentono agli armatori di fruire di sconti, di semplicità delle procedure di registrazione e di flessibilità in tema di reclutamento del personale (non è un caso che la bandiera di Panama venga internazionalmente utilizzata come «*flag of convenience*»). Senza poi tralasciare le agevolazioni consistenti nell'istituzione di società armatoriali, delle agevolazioni relative al pagamento di canoni di locazione, le prestazioni effettuate dall'*Authority* del Porto franco (consulenze legale-amministrativa, fornitura d'acqua e di energia elettrica, rilascio di certificati di origine e di non manipolazione) e l'accesso alle moderne ed efficienti reti di trasporto stradale, marittimo, aereo e di telecomunicazione e telematiche.

IL Porto franco assurge così a divenire categoria giuridica fondamentale del diritto marittimo generale, in quanto meccanismo fondamentale di attuazione del commercio marittimo internazionale, nonché strumento di liberalizzazione delle merci nell'ambito della globalizzazione ed internazionalizzazione dei mercati.

Così se le formazioni marittime e portuali costituiscono la base dell'ordinamento giuridico marittimo generale, inteso come il prodotto naturale e sociale di queste, in una concezione in un certo senso «organica» del diritto marittimo che lo assimila ad un organismo vivente in tutte le sue parti, allora le infrastrutture introdotte da queste rappresentano il necessario sviluppo, il supporto e la concretizzazione di quella continua tensione verso la mondializzazione dei mercati, verso il superamento delle localizzazioni del commercio marittimo internazionale, che vede i suoi protagonisti agire su un piano di autonomia attuale, che non è concessione dello Stato e non ne richiede la tutela. Le comunità dei mercanti marittimi esibiscono questa autonomia ogni qualvolta impongano ai loro componenti delle regole di condotta, a prescindere dal consenso dello Stato e a volte perfino in contrasto con la legge del medesimo, e di tali regole i singoli operatori rispettano professando in ordine ad essi la «*opinio iuris vel necessitatis*», dando vita a quell'ordito di rapporti e di scambi confluenti nella trama della *lex mercatoria maritima* che opera in modo sempre più fitto e penetrante nel sistema delle fonti del diritto marittimo.

3. Il Porto Franco di Trieste e il rilancio della commercialità nella rideterminazione del Porto di Venezia

Come precedentemente accennato il Porto Franco di Trieste ha, in aggiunta all'elemento territoriale, qualcosa in più che sancisce e convalida la sua personalità marittima internazionale, ovvero il sopra menzionato Trattato di Parigi del 1947 e in particolare l'articolo 2, comma 2°, dell'Allegato VIII¹³³, considerata norma chiave, che vincola in questo modo l'Italia, essendo parte contraente, e gli Stati terzi al regime di internazionalità, caratterizzato non solo da un regime di libertà ma anche da un complesso di norme che ne disciplinano l'utilizzazione. È stato così istituito in quelle zone, esclusione fatta per la città di Trieste, un regime internazionale che assicuri l'uso del Porto e degli impianti in condizione di parità al permanente e istituzionale servizio del commercio internazionale.

Ma questo soggetto marittimo internazionale si esplica anche in un altro elemento importante, dato dalla relazione di socialità e di commercialità con gli altri porti transoceanici e con i signori del commercio marittimo internazionale, espressione di quella norma fondamentale dell'ordinamento giuridico marittimo internazionale, ovvero quell'imperativo universale che impone agli operatori marittimi e commerciali di attuare il programma del commercio marittimo internazionale.

133 "Tutti beni italiani statali e parastatali entro i limiti del Porto Franco, che, ai sensi della disposizione del presente Trattato, passeranno in proprietà al Territorio Libero, saranno trasferiti senza pagamento al Porto Franco".

Le zone denominate Porto Franco di Trieste integrano un territorio internazionale libero al commercio, posto realmente all'estero, al di fuori della linea doganale italiana e di quella comunitaria, ove è vietata ogni forma di controllo e di ingerenza da parte dello Stato Italiano, in questa struttura ricorrono tutti gli elementi costitutivi di questo istituto, quali la fonte internazionale (trattato internazionale), la composizione internazionale del suo organo di governo (si rimanda alla configurazione di una Commissione Internazionale con funzione consultiva accanto al direttore del Porto Franco), e soprattutto la funzione internazionale, ovvero quella di assicurare che il porto e i mezzi di transito siano utilizzati in condizione di uguaglianza da tutto il commercio internazionale, secondo le consuetudini internazionali vigenti negli altri Porti Franchi del mondo¹³⁴.

Il Porto Franco può anche essere considerato un ordinamento derivato ma autonomo: l'autonomia non deriva dallo Stato Italiano, bensì dal diritto internazionale pubblico, ovvero da un trattato di rango costituzionale privilegiato perchè di pace e che ha avuto l'ordine di esecuzione ed è stato ratificato.

I principi cardine del regime internazionale del Porto Franco di Trieste riguardano prevalentemente la devoluzione dei beni del demanio al Porto Franco, senza pagamento e con il divieto di creare zone di giurisdizione esclusiva a favore di qualsivoglia Stato, compresa l'Italia; l'accessibilità del Porto Franco in condizioni di uguaglianza, secondo le consuetudini vigenti negli altri porti franchi del mondo, che nel nostro ordinamento ricevono immediato riconoscimento grazie all'articolo 10 della Costituzione¹³⁵. Ancora altri elementi peculiari di questo istituto sono rappresentati dalla libertà di transito delle navi e delle merci, con soste e manipolazioni, in base alla disciplina contenuta nelle Convenzioni Internazionali di Barcellona del 1921, di Ginevra del 1923, di New York del 1965, di Montego Bay del 1982, cosicchè tutti gli Stati gravitanti sul Porto Franco di Trieste devono facilitarne i traffici, assicurandone la rapidità e il buon andamento: sono vietate la percezione di dazi e di gravami che non costituiscono il corrispettivo di servizi effettivamente prestati e tutte le misure discriminatorie in materia di tariffe, servizi, dogane, regolamenti sanitari, di polizza o di altra natura; e il diritto di immatricolare le navi in Registri marittimi speciali, di costruire società di armamento internazionali, banche, assicurazioni, la libertà di telecomunicazioni, il diritto di atterraggio per rifornimento e riparazioni o ancora il diritto di sorvolo senza scalo.

Le norme dell'Allegato VIII sono tuttora vincolanti per lo Stato Italiano, tenuto conto dei molteplici rinvii contenuti in molti atti normativi ed am-

134 Articolo 1, Allegato VIII al Trattato di Pace di Parigi del 1947.

135 Tale articolo prevede come segue: "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alla norem del diritto internazionale generalmente riconosciute";

ministrativi interni a questa fonte internazionale sempre vigente e produttiva di obblighi internazionali relativi alla condizione del Porto Franco. Con Il Memorandum di Londra del 1954 invece il Trattato è stato modificato in modo opponibile *erga omnes* agli Stati contraenti e agli Stati terzi.

Sarebbe inoltre errato affermare che il Trattato sia soggetto a desuetudine o che questo non corrisponda più alla realtà fattuale: basti pensare all'interesse che permane all'attuazione del libero commercio internazionale e alla posizione strategica di questo porto soprattutto per quei Paesi dell'Europa centrale privi di litorale costiero. Inoltre occorre sottolineare come il Porto Franco di Trieste conserva oggi la sua condizione giuridica originaria e, non essendo soggetto alla deroga di cui all'art. 234, 1° comma del Trattato di Roma del 1957¹³⁶, introduce nel nostro ordinamento norme direttamente invocabili anche dai privati nei confronti della pubblica amministrazione in caso di violazione dei principi fondamentali del regime giuridico del Porto Franco¹³⁷.

Si registra oggi uno scenario che ha stravolto e penalizzato con conseguenze irreparabili la potenzialità e la grandiosità di un patrimonio storico internazionalmente irretrattabile, accumulato dalla sagace politica di alcuni personaggi quali Carlo Sforza e Alcide De Gasperi. Si sarebbe dovuto operare un processo di ristrutturazione del sistema portuale triestino, indirizzato da un lato alla massima rivalutazione del Porto Nuovo e dall'altra nella riconversione dell'antica funzione emporiale e industriale del Porto Vecchio. È venuta a mancare cioè una programmatica liberalizzazione in Trieste e nei Punti franchi del commercio marittimo internazionale, attraverso la costituzione e l'insediamento di appositi «centri operativi di commercializzazione integrata» che, rappresentanti la variante moderna degli antichi «fondachi» veneziani dell'età medioevale, fungerebbero sia da poli di attrazione della domanda di servizi sia da strumenti di richiamo per le merci.

Da questo programma di «integrale liberalizzazione del commercio marittimo internazionale» consistente nella possibilità di rendere la merce e ogni altra operazione irrelata commerciale, industriale, movimentata ed eseguita in tutti i Punti Franchi esistenti «libera valutariamente, fiscalmente, assicurativamente e bancariamente» emerge tutta la fecondità di un prezioso strumento operativo nuovo, capace di riadattare e di reinterpretare un'antico istituto come quello costituito dai fondachi medioevali

136 Tale articolo prevede come segue: "Le disposizioni del presente Trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato stesso, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra".

137 Per la concreta determinazione dei principi fondamentali potranno sovvenire le norme delle Convenzioni Internazionali sul libero transito e soprattutto le consuetudini internazionali cristallizzate negli statuti dei più importanti Porti Franchi nel mondo, i quali consentono tutti di fissare i tratti essenziali della figura giuridica del Porto Franco.

alla luce delle attuali caratteristiche e problematiche dei traffici internazionali, nonché dell'evoluzione delle tecnologie dei trasporti, dovute all'avvento dei sistemi di unitizzazione dei carichi e dei sistemi intermodali¹³⁸.

La consapevolezza di questo spreco ridonda ancora più preponderante nel confronto umiliante con i dati dei traffici attuali con la vicina e competitiva Capodistria che in una decina di anni ha sbaragliato la concorrenza con il porto triestino, accaparrandosi un posto più alto nella classifica dei traffici marittimi. Capodistria garantisce infatti meno tasse (il 23% fisso in tutto) e un costo del lavoro dimezzato, le cifre parlano chiaro: 41 mila euro per pagare un operaio nel capoluogo friulano contro i 23 mila della ex Jugoslavia, o ancora il vantaggio dello scarico di un container a 72 euro anziché 90 e così a proseguire per l'ancoraggio o per il costo di un rimorchiatore¹³⁹. L'allarme era stato già lanciato mezzo secolo fa e forse una maggiore responsabilità da parte degli amministratori avrebbe potuto esplicarsi, non nel senso di soffocare la grandiosa portata internazionale e commerciale di questo glorioso strumento, ma in modo tale da sviluppare e potenziare anche le libere attività esplicabili da un terziario avanzato, finanziario assicurativo, bancario, di *trading*, per sedi di compagnie armatoriali internazionali, per l'istituzione di registri di immatricolazione e per industrie collegate al commercio marittimo internazionale.

Ma il provincialismo tutto italiano che ha intaccato non solo il porto di Trieste ma anche quello strategico di Venezia e la continua mancanza di una politica dell'innovazione in relazione alle strutture marittimo-portuali dovrebbero indurre a una riflessione sull'impellente necessità di riqualificare la vocazione naturale transitoria dei due porti del Nord Adriatico verso una politica dell'innovazione che sappia concepire potenziali scientifici e tecnologici capaci di garantire il successo di strategie aggressive dinanzi alla concorrenza delle strutture portuali estere. Ogni tentativo di ristrutturazione e di riorganizzazione dell'infrastruttura portuale non può però prescindere dalla complessiva situazione economico-politica e quindi dall'analisi delle grandi correnti di traffico marittimo. La diagnosi attuale vede la riaffermazione dell'importanza e del ruolo strategico che assume ogni giorno quel "laboratorio di politica internazionale" del Mediterraneo, e che di recente, in virtù della maggiore consapevolezza assunta dagli esponenti politici sulla necessità di un raccordo più stretto tra società della sponda del Sud Europa (in primis l'Italia) e società della sponda del Nord Africa, ha portato alla fondazione del progetto MESAURO, ovvero il Centro delle Fondazioni per l'Europa

138 F.A. Querci, F. Trampus, F. Lodato, *Internazionalità e storicità del porto franco di Trieste*, Trieste, 2000, p. 16.

139 S. Rizzo, G.A. Stella, *L'Italia, il mare e la lotta di Trieste contro il declino*, in *Corriere della sera* 3 Aprile 2010.

del Mediterraneo, il cui obiettivo è principalmente quello di riannodare i fili del dialogo di pace in Medio Oriente, considerati il vero tallone d'Achille della cooperazione tra Europa e Mediterraneo¹⁴⁰.

Sulla base di queste premesse è facile capire come i porti italiani e in particolare quello di Venezia fungano da anello per la costruzione di un nuovo ordine economico internazionale, rivestendo una funzione transitoria di grande rilievo. Che la posizione geografica del porto di Venezia, la sua formazione geoeconomica e la sua posizione geopolitica nel Mare Adriatico, se adeguatamente valorizzati, potessero rendere questo porto uno degli scali più competitivi, in ambito europeo ed internazionale, a servizio delle grandi correnti merceologiche in transito nel Mediterraneo non è un'intuizione così recente. Il ritardo culturale che accompagna il nostro Paese infatti ha portato alla piena consapevolezza e allo sviluppo di queste potenzialità con un ritardo di quasi trent'anni, che si è ripercosso inevitabilmente nel grande *business* della logistica mondiale, lasciando sempre l'Italia in un piano inferiore rispetto agli altri Paesi del Nord Europa.

Le esigenze infatti di ridefinizione del ruolo e delle finalità delle Autorità portuali, di determinazione dei compiti manageriali dei loro presidenti, del rilancio degli investimenti nel settore, della riqualificazione dell'infrastruttura portuale veneziana coerente con la sua vocazione privilegiata di anello di congiunzione tra Oriente e Europa e ancora della stabilizzazione del lavoro portuale erano state individuate con lungimiranza quasi quarant'anni¹⁴¹ fa e solo oggi sono diventate gli obiettivi di un disegno di legge volto a rinnovare l'ordinamento della portualità¹⁴² e le linee guida di una politica marittima economica più consapevole della posizione strategica e dell'importanza che il Porto di Venezia assume ogni giorno come crocevia dei traffici marittimi mondiali¹⁴³.

Risale infatti a solo a pochi mesi fa l'inagurazione della prima linea di collegamento, introdotta dalla *Visemar Line*, tra Venezia, Alessandria d'Egitto e Tartus per il trasporto di merci tra l'Egitto, la Siria e l'Italia in 72 ore circa. La necessaria rapidità delle operazioni economiche è un elemento irrinunciabile del commercio mondiale e, se si vuole davvero competere con i porti del Nord Europa, non si può più continuare a subordinare le necessità del mercato globale all'arretratezza burocratica e organizzativa del nostro Paese, così come non si può sottovalutare la posizione strategica dell'Italia e la sua possibilità di rifornire con i prodotti provenienti

140 M. Mauro, G. Pittella, *Nel Mediterraneo il futuro dell'Italia*, in "Il Giornale", martedì 4 maggio 2010.

141 F.A. Querci, *Quale porto per Venezia?*, in "Quaderni del Giornale Economico", n.1, 1981.

142 A. Matteoli, *La nuova politica della portualità*, in "Porto di Venezia", n. 17, 2010.

143 P. Costa, *Cinque sfide da vincere*, in "Porto di Venezia", cit., p.1.

dal Medio Oriente i più grandi mercati della Svizzera, dell'Austria, della Germania e perfino quelli del Regno Unito e dei Paesi Bassi¹⁴⁴.

Acquisire questa consapevolezza vuol dire capire che al di là delle discussioni sull'esistenza di un vero e proprio terzo ordinamento di mercanti, la comunità degli operatori marittimi, portuali e commerciali deve poter essere garantita e tutelata in quelle che sono le sue imprescindibili esigenze connesse al mercato globale, esigenze che non possono essere costrette dal formalismo statale entro griglie normative predeterminate.

Il diritto marittimo generale deve allora, attraverso il meccanismo plurale delle sue fonti di giuridificazione, rilevare e proteggere i nuovi bisogni, le nuove richieste di libertà, di attribuzione di poteri e i nuovi riconoscimenti di titolarità di diritti e correlative nuove imputazioni di obblighi e di doveri che emergono ogni giorno dallo sviluppo della tecnica, dalle trasformazioni economiche e sociali degli Stati di riferimento delle formazioni marittime, portuali e commerciali, dall'ampliamento delle conoscenze e dall'intensificazione dei mezzi di comunicazione che portano a loro volta a profonde modificazioni nell'ordine delle relazioni commerciali marittime e dei rapporti di oltremare. Il diritto marittimo non deve quindi procedere all'affermazione o alla proclamazione dei nuovi diritti delle formazioni sociali marittime, portuali e commerciali quanto alla loro protezione, attraverso la previsione di misure idonee a far fronte allo sviluppo globale della civiltà dei trasporti marittimi, del commercio internazionale in un dato momento storico.

In conclusione, riprendendo quanto detto in esordio a questa trattazione sui soggetti marittimi internazionali, e in particolare in relazione alla costruzione di un ordinamento giuridico marittimo generale fondato sulle formazioni marittime e portuali, come centro basilico di questo, si delinea sempre più nitidamente l'operatività della *lex mercatoria maritima*, intesa proprio come quel pluralismo giuridico prodotto dai signori del commercio marittimo internazionale che hanno elevato ad insostituibile principio guida del loro determinismo economico «la massima libertà dei traffici marittimi e portuali nel mondo», esprimendo così le aspirazioni e le tendenze della comunità mercantile a conseguire la “transnazionalità” dei traffici.

Unitamente alla teoria delle fonti plurali non gerarchizzate, l'ordinamento giuridico marittimo può essere considerato come la più grande prova storica che sia mai stata somministrata, del *consensus omnium gentium maritimarum*, circa così la cristallizzazione di un determinato sistema di valori, nel processo di crescita del commercio marittimo internazionale, e verso la stabilizzazione della comunità marittima generale, fatta non di Stati, bensì di libere e uguali formazioni sociali marittime e

144 P. Costa, *Venice, Bridge between Europe and the Middle East*, discorso tenuto in occasione dell'inagurazione della nuova linea Venezia-Alessandria-Tartus, Venezia, 20 maggio 2010.

portuali dislocate nel mondo, che si confrontano nella sfida commerciale internazionale sullo scenario dei mercati globali.

Si tratta cioè di un sistema di principi e di regole fondamentali nella condotta delle formazioni sociali marittime e portuali liberamente ed espressamente accettato, attraverso la produzione di consuetudini marittime internazionali, degli usi portuali e commerciali, della prassi mercantile, delle convenzioni internazionali, dei trattati di commercio e di navigazione, e del libero e spontaneo radicamento di rapporti giuridico-marittimi impostati secondo la natura delle cose marittime e portuali¹⁴⁵.

CONCLUSIONE

La positività giuridico marittima non realizza esclusivamente un sistema legale, ma soprattutto un sistema consuetudinario, caratterizzato dalla prassi giuridica, dalla natura delle cose marittime e portuali e dai rapporti giuridici liberamente instaurati di volta in volta, realizzando quindi un ordinamento fondato sull'attuazione spontanea.

Inoltre si è messo in luce come l'ordinamento giuridico marittimo generale si presenti come un sistema culturale aperto, dinamico, in relazione e in reciproca simbiosi con le nuove problematiche scaturenti dal contatto con i vari sistemi culturali, sistema che trova pertanto la massima rappresentazione ed esplicazione nelle formazioni portuali e marittime, planetariamente dislocate, così conformate per il divenire degli interessi inerenti la vita economica e sociale delle stesse.

Ma con la problematizzazione del sistema delle fonti, che la Scuola di Trieste, in particolar modo la Querci, ha saputo elegantemente ridefinire, si è compiuto un passo importante verso una concezione innovativa e più conforme dell'ordinamento giuridico marittimo a fini generali e quindi anche della sua civiltà giuridico marittima, così da far emergere quei caratteri di autonomia, di storicità, di originalità, di universalità e di internazionalismo connaturali a questo ordinamento.

Da sempre si è avvertita la complessità di un sistema di fonti di produzione che non può più essere ridotto alle semplici fonti formali, ovvero a quelle fonti che traggono fondamento e legittimazione dalla loro formale validità, cioè dal mero fatto di venire in essere attraverso un procedimento legislativo prestabilito che attribuisce a un organo la formale autorità di statuirle, ma che nulla dice sulla legittimità della fonte medesima.

Bisogna invece fare i conti con un quadro ben più complesso, che si presenta come un magma incandescente in continuo movimento, come un fluido che scaturisce dal basso dell'agire umano e che trova proprio

¹⁴⁵ E.O. Querci, *Validazione ed effettività dell'ordine giuridico marittimo generale*, in "Trasporti", 2000, n.82, p. 38.

nel terreno dell'esperienza storico-reale la sua legittimazione. Si tratta di fonti esterne ed estranee a quei procedimenti formali di legalità statale che traggono origine e ritrovano al tempo stesso la loro efficacia, intesa nel senso di attuazione spontanea da parte degli stessi consociati, nella stessa complessità sociale da cui affiorano.

Si tratta dell'operatività della natura delle cose marittime e portuali, del loro estrinsecarsi in innumerevoli relazioni emporiali, operative, nautiche unitamente a quell'insieme di rapporti giuridici che gli operatori, i signori del commercio marittimo internazionale, pongono in essere di volta in volta, svelando così il meccanismo di quella fitta trama costituita dalla *lex mercatoria maritima* all'interno del sistema delle fonti del diritto marittimo.

Queste regole che si formano e salgono dal basso e che come tali trovano riconoscimento quale diritto vivente¹⁴⁶ a livello di attuazione spontanea dei consociati o di conseguente applicazione giurisprudenziale sono divenute molteplici e danno vita a un diritto positivo, mobile e flessibile, in continua e permanente evoluzione e adattamento, e come tale in costante tensione dialettica con il diritto consacrato in leggi o altre fonti sovraordinate caratterizzate da una scarsa propensione al mutamento e dal conseguente rischio di eccessive fratture con la vita e i bisogni che vi sono sottesi¹⁴⁷.

In questo quadro la questione più controversa non è solo quella di ordinare a sistema la molteplicità delle fonti, ma soprattutto quella di determinare il criterio di legittimità in base al quale operare una verifica della qualità delle norme, e quindi di qualifica di fonte come fatto produttivo di norme.

Quest'ultima infatti, di valore prioritario, si presenta come la questione fondativa, cioè la questione del fondamento della legittimità sostanziale delle regole, che ci consente di fuoriuscire dal protezionismo formale, di penetrare contenuti e sostanza e di misurarne validità e ragion d'essere, con la consapevolezza che l'unico criterio di riferimento e di giudizio può essere trovato nelle concrete, effettive e reali esigenze pratiche e nei bisogni di vita degli uomini¹⁴⁸.

Si propone quindi una concezione nuova, integrale della giuridicità che guardando all'esperienza giuridica nella sua totalità, globalità e complessità ci consente di acquisire i meccanismi e i modi in cui si struttura e si origina la giuridicità, i caratteri con cui essa si manifesta, la reale e concreta positività da cui la stessa prende vita, forma e consistenza. Si sente allora l'eco della concezione romanistica di ordinamento giuridico come istituzione, nel pensiero di Salvatore Pugliatti per il quale ordine giuridi-

146 Sul concetto di diritto vivente si rimanda ai delinamenti svolti nell'Introduzione.

147 V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in "Rivista di diritto civile", 2009, n.2., p. 170.

148 V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in "Rivista di diritto civile". cit., p. 175.

co e ordine sociale si fondono in un'unica realtà, la realtà giuridica¹⁴⁹, e così anche l'esperienza giuridica si manifesta come l'esperienza comune *sub specie iuris*, ovvero la vita, la prassi, la storia degli uomini e quindi quel complesso di fatti e di valori, che nel loro insieme costituiscono l'ordinamento giuridico, inteso come realtà originaria e oggettiva nella quale fatto e valore sono legati da un nesso inscindibile, costituente un *continuum* concreto e mobile che incessantemente scorre e fluisce in un moto perenne e senza sosta nella concreta esperienza della vita degli uomini¹⁵⁰.

Già da tempo la scienza marittima, attraverso il contributo di illustri giuristi, ha mostrato di saper risolvere, sulla base di questi insegnamenti, il problema della legittimazione dell'ordinamento giuridico generale e della ricerca di quel criterio distintivo tra ciò che è diritto marittimo e ciò che invece non lo è mediante la formulazione della norma fondamentale, della norma monade, espressione di quel valore fondante costituito dal libero esplicarsi del commercio marittimo internazionale nel sistema mondializzato dei traffici di navi e di merci. Tale norma si situa nel punto in cui il sistema delle fonti del diritto marittimo si salda con il criterio dell'effettività, inteso come effettualità dell'intero ordinamento giuridico marittimo, cosicché di fronte ad essa e al suo oggetto, il commercio marittimo internazionale ipotizzato come fatto primario, fa venire meno ogni questione di validità data la sua natura «fattuale»¹⁵¹.

Questo fondamentale principio che opera pertanto come la base dell'intero diritto marittimo, assorbe quasi tutto il diritto delle molteplici comunità marittime e portuali e trova espressione e concretizzazione legale esterna proprio nell'uso, nella consuetudine, nella convenzione e nella natura delle cose che realizzano così quell'unitario sistema giuridico internazionale che supera ogni contrapposizione tra *ius naturale* e *ius gentium*, e che si atteggia in quell'insieme di valori quali sono la libera circolazione delle merci, la libera contrattazione di strumenti formali creditizi di pagamento delle merci, la libertà di navigazione delle navi e la reciprocità di accesso nei vari porti e così a seguire¹⁵².

Altra questione, non propriamente distaccata dalla prima, verte invece sulla possibilità di determinare un sistema capace di comprendere la mutevole, complessa, frammentaria e instabile realtà giuridica, in relazione alla quale l'insegnamento di A. Falzea ha determinato un notevole contributo nelle teorizzazioni dirette a superare l'atomismo e la disorganicità

149 S. Pugliatti, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, ora in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, p. 3.

150 S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 87.

151 E.O. Querci, *Evoluzione nel diritto marittimo- Sistematica e dogmatica giuridico marittima*, cit., p. 173.

152 E.O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridica marittima- Stoira del concetto del diritto marittimo*, cit., p. 41.

delle singole parti, cercando così di comporre ciò che è complesso e molteplice in un quadro unitario¹⁵³.

Ordinare le fonti plurime entro un sistema unitario non vuol dire limitarsi a realizzare una *reductio ad unum*, ma operare una ricerca di armonizzazione e di coesistenza, idonea a garantire l'effettiva rappresentanza sul piano della tutela giuridica alla complessa realtà sociale, evitando così sia l'unità dissolvitrice che il pluralismo dispersivo. Cosicché l'elaborazione di un apparato di fonti di diritto marittimo degerarchizzato capace di scrollarsi di dosso lo sterile formalismo cristallizzato in un ormai obsoleto articolo primo del codice della navigazione, ha condotto da dieci anni a questa parte ad una sempre maggiore e attualissima consapevolezza del distacco emergente tra i rigidi schemi formali di rapporti giuridici e una realtà sociale in costante fermento insuscettibile di restare incasellata in immobili figure.

Si assiste così a un graduale risveglio degli studi giuridici ed economici sull'importante ruolo della *lex mercatoria maritima* che, sciolta da ogni formalismo statale, trova il suo ambito operativo senza necessità alcuna di concessioni o autorizzazioni formali ed è capace di imporsi come legge naturale del commercio volta a rispondere alle esigenze e alle continue evoluzioni della comunità marittimo-portuale che ha fatto della via marittima lo strumento più importante per realizzare il commercio globale¹⁵⁴.

La già delineata prospettiva di Santi Romano di un diritto/ordinamento capace di scrollarsi di dosso l'artificioso monismo e di reclamare il riconoscimento delle sue effettive articolazioni pluralistiche¹⁵⁵, trova oggi svolgimento nelle più importanti sedi di teoria generale del diritto che, attraverso la riscoperta del pluralismo e della fattualità, cercano di individuare la via che ci permetta di uscire dalle strettoie del moderno legalismo.

Così oggi assistiamo al rifiuto della nozione di gerarchia delle fonti dimostratasi incapace di governare il mutamento, e quindi contestualmente all'imposizione di una globalizzazione giuridica che rimanda all'idea di un pluralismo di canali di produzione giuridica destinati ad affiancarsi a quelli maestosi e ufficiali dei diritti statuali. Appare ormai evidente che questi canali il più delle volte si sostanziano nella prassi economica, portatrice di esigenze economiche che continuamente variano e si superano in corrispondenza di un prodigioso evolversi delle tecniche cosicché sempre più la globalizzazione giuridica possa essere ricondotta a quel com-

153 A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997-1999, p 253-256.

154 T. Ascarelli, *Recensione a Lefebvre D'Ovidio-Pescatore, Manuale di diritto della navigazione*, in "Riv. dir. nav.", 1950, I, p. 157 e ss.

155 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1946, rist. Firenze 1977, p 17.

plesso di convenzioni di uomini di affari, impossibilitati ad attendere i ritardi di un legislatore lento e sordo¹⁵⁶.

È il ritorno di un diritto uniforme, a carattere tendenzialmente universale e planetario e completamente deterritorializzato, direttamente creato e praticato dalla c.d. *business community*, quindi spontaneo e caratterizzato dall'assenza di mediazione politica, caratteri questi che gli consentono di dare vita a un vero e proprio ordinamento giuridico transazionale, a carattere originario, volto a realizzare l'unità del diritto entro l'unità economica globalizzata dei mercati.

Il diritto delle genti del mare è infatti il diritto consuetudinario delle relazioni tra mercanti, tra operatori partecipi alla vita comunitaria portuale che fanno del mare lo strumento per realizzare lo scambio commerciale, all'interno di un sistema di valori a sè stante fatto di fenomeni giuridici positivi o reali, aventi un preciso significato storico, che vede culminare sopra tutti il valore massimo del commercio marittimo internazionale.

Ci troviamo davanti a una materia che ha svolto dunque e tuttora svolge una funzione pionieristica di grande rilievo rispetto a molti e fondamentali istituti di altri diritti e in particolare nei confronti del diritto civile e del diritto commerciale. Una scienza capace di elaborare concetti giuridici generali, sia in funzione di teoria generale pura, che in funzione di quei concetti di teoria generale applicata al dato ordinamento giuridico marittimo generale.

Gli antichi navigatori, come visto, furono artefici fin da subito di istituti giuridici fondamentali (si pensi solo alla limitazione di responsabilità dell'armatore o alle assicurazioni introdotte dalla civiltà fenicia), che scaturivano da bisogni o da interessi che a prima vista apparivano opposti ma che poi risultavano tutti tendere a un unico obiettivo. Dagli stessi avvenimenti si determinavano infatti altre transazioni e quindi nuovi bisogni e nuovi istituti, che si presentavano come la storica continuazione dei primi, sicchè il processo del diritto marittimo si è svolto lento e sicuro nel corso dei secoli, sostenuto dalla sempre rinnovata protezione giuridica accordata agli interessi marittimi dalla costante evoluzione ed affermazione delle consuetudini mercantili. Il commercio è infatti divenuto «internazionale» solo nel momento in cui è diventato marittimo, così da realizzare un connubio tanto forte e imprescindibile da tendere quasi all'identità¹⁵⁷.

Nave, infrastrutture e titoli giuridici adempiono infatti tutti a una funzione mediale e servente nei confronti del ruolo fondamentale dell'economia mondiale, ormai globalizzata nei suoi mercati e nei suoi traffici

156 P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, in "Riv. Trim. d. proc. civ.", 2006, pp. 392-393.

157 E. O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridica marittima – Storia del concetto del diritto marittimo*, cit., p. 92.

e in tutte le sue finali articolazioni, esplicito dal commercio marittimo internazionale.

Si tratta quindi di un diritto pioniere della rinascita dello spirito internazionale¹⁵⁸, e del progresso giuridico generale nel senso di fornire sempre un costante impulso alla creazione e allo sviluppo di un nuovo diritto commerciale internazionalmente uniforme, destinato a prevalere sulla stessa sovranità statale.

Solo rilevando l'imponenza con cui si è affermata la via marittima rispetto alle altre vie di trasporto, e lo sviluppo che questa ha determinato nel processo di liberalizzazione del commercio marittimo e internazionale, imprimendo alla maggior parte degli istituti basilari del diritto commerciale quel marchio di origine marittimistica, si comprende quanto sia deplorabile e imperdonabile l'arretratezza culturale che attanaglia il nostro Paese da oltre quarant'anni e che ha portato a relegare il diritto della navigazione nella soffitta degli studi giuridici. Un'arretratezza ancora più grave se si considera non solo la nostra tradizione di navigatori ma anche la posizione di centralità dell'Italia nel Mediterraneo, che probabilmente non è stata sufficientemente compresa e valorizzata dagli autori del decreto ministeriale che ha ostracizzato questa gloriosa, antica e moderna materia al rango di semplice diritto complementare nei piani universitari.

Davanti a questo panorama le parole e gli insegnamenti di un grande maestro come Salvatore Pugliatti che riuscì a istituire la prima cattedra di diritto della navigazione presso la facoltà di Giurisprudenza di Messina nel 1942 assegnata ad Antonio Lefebvre D'Ovidio, il quale a sua volta attribuì autonomia ed alta qualificazione alla disciplina stessa, sembrano dimenticate dietro i nuovi programmi e le direttive ministeriali che si propongono di formare ed educare i giuristi del domani.

Ma se nonostante queste chiusure culturali il diritto della navigazione è potuto crescere ed affermarsi non solo come opera di scienza ma come monumento di civiltà, sottraendosi così all'immeritato oblio al quale era stato condannato, il merito va senz'altro attribuito ai fondamentali apporti di eminenti giuristi come quelli della famiglia Berlingeri o di Antonio Scialoja e Antonio Brunetti, o ancora agli sforzi di illustri maestri quali Ascarelli, Graziani, Scorza, Spasiano, Pescatore, Gaeta, Righetti, Querci F.A., Querci E.O., Querci G.A., Grigioli, Volli e di molti altri appassionati e studiosi della materia che sono stati in grado di cogliere non solo la valenza storica di questa disciplina ma anche l'impareggiabile prestigio scientifico che elevano il diritto marittimo prima e sopra ogni altro diritto.

158 T. Ascarelli, *Lezioni di diritto commerciale*, Mialano, 1955, p. 287.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA:

Ascarelli, T., *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955.

Barberis, M., *L'evoluzione nel diritto*, Torino, 1997.

Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, London, I, 1765-1769.

Bobbio, N., *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942.

Bonell, M. J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976.

Boschiero, N., voce *Obbligazioni Contrattuali (Diritto Internazionale Privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamenti, volume IV*, Milano, 1988.

Boschiero, N., *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990.

Calasso, F., *Il negozio giuridico*, Milano, 1967.

Camarda, *Fonti e strutture organizzative del diritto della navigazione*, Torino, 1980.

Carbone S.M.; Celle, P.; Lopez de Gonzalo, M., *Il diritto marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*, Torino, 2006.

Falzea, A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997-1999.

Gaeta, D., *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, 1965

Gaio, *Istitutiones*, libro I.

Galgano, F., *Lex mercatoria*, Milano, ed. 2010.

Galgano, F., voce *Lex mercatoria*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamenti, volume IV*, Milano, 1988.

Galgano, F., *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992.

Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

Lefebvre D'Ovidio, A.; Pescatore, G.; Tullio, L., *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2008.

Leoni, B., *Freedom and the Law* (1961), trad. it. *La libertà e la Legge*, a cura di R. Cubeddu, Macerata, 1994.

Macdonnel, J., in *Smith's Mercantile Law*, 10° edizione, London.

Malynes, G., *Consuetudo vel Lex mercatoria, or the Ancient Law Merchand*, London, 1685.

Marrella, F., *Lex mercatoria e Principi di Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, Padova, 2000.

Marrella, F., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Galgano, XXX*, Padova, 2003.

Modugno, F., voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Agg., I*, Milano, 1997.

Paresce, E., *La genesi ideale del diritto*, Milano, 1956.

Pugliatti, S., *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti, ora in Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951.

Querci, E.O., *Introduzione alla scienza giuridica marittima-Storia del concetto del diritto marittimo*, Trieste, 1999.

Querci, E.O., *Analisi del diritto marittimo- Definizione e concetti giuridici fondamentali*, Trieste, 1999.

Querci, E.O., *Evoluzione nel diritto marittimo -Sistematica e dogmatica giuridica marittima*, Trieste, 1999.

Querci, F.A., *Pubblicità marittima e aeronautica*, Milano, 1961.

Querci, F.A., *Diritto della navigazione*, Padova, 1989.

Querci, F.A., Trampus F., Lodato F., *Internazionalità e storicità del Porto*

franco di Trieste, Trieste, 2000.

Querci, G.A., *Navigazione e commercio - Vendita marittima e credito documentari*, Trieste, 1999.

Rousseau, D., *Droit International public*, t.I, Parigi, 1970.

Scialoja, A., *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1943.

Trampus F., *Free ports of the world*, Trieste, 1999.

Vivante, C., *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1922.

Zordan, G., *L'ordinamento giuridico veneziano*, Padova, 1980.

RIVISTE:

Ascarelli, T., *Recensione a Lefebvre D'Ovidio- Pescatore, Manuale di diritto della navigazione*, in "Riv. dir nav.", 1950, I

Bortolotti, F., *La «nuova» lex mercatoria. Costruzione dottrinarie o strumento operativo?*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996.

Carbone, S.M., *Il diritto marittimo uniforme nell'ordinamento italiano tra codificazione e decodificazione*, in "Dir. mar.-Cento anni di lavori per l'unificazione del diritto marittimo", Genova, 22-23 gennaio 1999.

Costa, P., *Cinque sfide da vincere*, in "Porto di Venezia", n.17, 2010.

David, R., *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria*, in "Rivista di diritto civile", 1976.

Gialdino, C., *L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1972-III, t. 137.

Giardina, A., *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, in "Riv. dir. int. priv. proc.", 1982.

Matteoli, A., *La nuova politica della portualità*, in "Porto di Venezia", n.17, 2010.

Mauro, M., Pittella, G., *Nel Mediterraneo il futuro dell'Italia*, in "Il Giornale", martedì 4 maggio 2010.

Mignoli, A., *Idee e problemi nell'evoluzione della «company» inglese*, in "Riv. societaria", 1960.

Pescatore, G., *Diritto della navigazione e principi generali*, in *Foro it*, II, 1994, V.

Querci, E.O., *Validazione ed effettività dell'ordine giuridico marittimo generale*, in "Trasporti", 2000, n.82

Querci, F.A., *Quale porto per Venezia?*, in "Quaderni del Giornale Economico", 1981.

Querci, F.A., *Sulla funzione organizzativa del diritto marittimo internazionale (I Porti Franche nel mondo nella teoria dei soggetti marittimi internazionali)*, in "Trasporti", 2001, n. 84.

Querci, F.A., *Metodologia evolutiva nel diritto della navigazione della post-modernità*, in "Trasporti", 2006, n.99.

Querci, F.A., *La storia nella dogmatica marittima*, in "Trasporti", 2007, n. 101.

Rizzo, S., Stella, G. A., *L'Italia, il mare e la lotta di Trieste contro il declino*, in *Corriere della sera* 3 aprile 2010.

Salvatore, E., *La nuova lex mercatoria*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 1996.

Scalisi, V., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in "Rivista di diritto civile", 2009, n.2

Cass. Civ., 8 febbraio 1982, n.722, in *Riv. dir. intern. priv.proc.*, 1982.

Norsolor v. Pabalk Ticaret (1979), CCI n.3131, in *ICCA's Yearbook*, 1984.

Compagnia Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal (1988), CCI n. 1985, in JARVIN, DERAINS, ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards*, 1986-1990.

GIURISPRUDENZA:

S.N.C.T. Fougèrolle v. Banque du Proche Orient S.A.I., Cass. Civ., 1981, in *Rev. Arb.*, 1983.