



TEORIA E STORIA  
DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE

PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

ORIANA CLARIZIA

*Lex mercatoria, lex informatica e  
self-regulation della tecnologia virtuale*

Numero XVII – Anno 2024

*[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)*

## **Proprietario e Direttore responsabile**

Laura Solidoro

### **Comitato Scientifico**

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

### **Comitato Editoriale**

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

### **Redazione**

M. Amabile (Univ. Salerno), M. Beghini (Univ. Roma Tre), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Cassino)

### **Segreteria di Redazione**

C. Cascone, M.S. Papillo

### **Sede della Redazione della rivista**

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Teoria e Storia del Diritto Privato  
ISSN: 2036-2528  
Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## *Lex mercatoria, lex informatica e* self-regulation della tecnologia virtuale

**SOMMARIO:** 1. Il complesso rapporto tra diritto e mercato. La *lex mercatoria* quale ordine giuridico che prescinde dalla territorialità del diritto – 2. I rapporti tra diritto commerciale e *lex mercatoria* nell'evoluzione del pensiero di Francesco Galgano: la *Storia del diritto commerciale* (1976) muta il titolo in *Lex mercatoria* (2001) – 3. Dai mercati reali a quelli virtuali, governati da protocolli di Rete e da tecnologie 'blockchain'. *Lex mercatoria, lex informatica e self-regulation* dell'economia virtuale: sistemi giuridici dotati di autosufficienza applicativa? – 4. Gli argomenti a sostegno e quelli ostativi all'autonomia di tali assetti normativi dal diritto del singolo Stato. Operatività della *lex mercatoria* in séguito alla scelta delle parti quale *lex contractus* e in assenza di tale richiamo – 5. La disciplina del caso concreto risultante dal concorso di fonti nazionali, consuetudini del commercio internazionale oppure regole tecniche dei mercati virtuali: i controlli dell'interprete.

1. *Il complesso rapporto tra diritto e mercato. La 'lex mercatoria' quale ordine giuridico che prescinde dalla territorialità del diritto*

Con il crescente affermarsi di un'economia fortemente globalizzata, il monopolio dello Stato nella produzione delle regole giuridiche si avvia al declino. L'erosione della sovranità statale comporta la perdita di centralità della legge, stante la sua

inadeguatezza nel disciplinare fenomeni che si estendono di là dai confini del singolo Stato e che sfuggono al controllo del diritto nazionale<sup>1</sup>. La fonte legale – come asserito, talvolta in prospettiva critica, da studiosi del fenomeno – lascia spazio alla preminenza del contratto<sup>2</sup>, il quale da strumento di regolamentazione di interessi di matrice individuale diviene, in ragione dell’impiego di modelli contrattuali uniformi e diffusi in ambito internazionale, il paradigma di disciplina degli scambi che producono effetti a livello planetario<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mette bene in luce il tramonto del principio dell’esclusiva statualità del diritto N. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim.*, 2015, 873 ss. Per l’analisi di un fondamentale percorso di pensiero anche in tema di complessità delle fonti nell’unità ordinamentale, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II. *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, 59 ss. Sulla creazione di «uno spazio fuori da ogni territorio e da ogni storia: un non-luogo astratto ed artificiale, dove si svolgono gli affari dell’economia planetaria», N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 629 (corsivo originale). Cfr., inoltre, ID., *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998. Pone in evidenza la complessità delle mutevoli relazioni tra tecnica e diritto civile, in una società globale, A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 411. Sulla crisi del concetto di sovranità come crisi dello Stato moderno, F. CRISCUOLO, *L’autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 7 ss.

<sup>2</sup> G. TEUBNER, *The King’s Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy*, in *Law and Society*, 31, 1997, 763 ss. Ricostruisce il pensiero di tale autorevole studioso L. ZAMPINO, *La globalizzazione e lo stallo del costituzionalismo. “Private governments”, costituzionalizzazione del contratto e autonomia sociale: la proposta teubneriana*, in *TSDP*, 6, 2013, 2 ss. Cfr., inoltre, F. SCAMARDELLA, *Frammenti costituzionali: il nuovo costituzionalismo sociale del mondogloblizzato. Riflessioni a partire dall’ultimo contributo di Gunther Teubner*, in *Sociologia dir.*, 2013, 169 ss. La crescente importanza acquisita dal contratto è posta in evidenza da F. GALGANO, *Le categorie del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 919 s.

<sup>3</sup> Si assiste al diffondersi di «norme create a colpi di contratto. Anche perché il contratto si fa prassi; la prassi genera l’uso; e l’uso crea la norma»: V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. del dir.*, 2007, 451 ss. È pur vero, tuttavia, che il contratto esaltato dalla

Il tentativo di governare il veloce affermarsi del processo di globalizzazione attribuisce al diritto compiti e funzioni diversi rispetto al passato<sup>4</sup>: se da un lato il «diritto di impronta positivista era chiamato a svolgere la funzione di un linguaggio scritto, con una propria esclusiva grammatica, oggi il diritto globalizzato si avvicina di più a svolgere il ruolo di una lingua parlata in ambito internazionale»<sup>5</sup>, con propri paradigmi lessicali. Via via, «all'interno di questa generale struttura comunicativa, i singoli mercati elaborano propri dialetti giuridici»<sup>6</sup>, determinando statuti giuridici diversi. «La società globale è, in larga misura, una *societas sine lege*, ma non una *societas sine iure*»<sup>7</sup>: alle tradizionali forme della giuridicità si

---

globalizzazione e dalla *lex mercatoria* è una figura distante dall'idea di contratto con 'forza di legge tra le parti', in quanto contraddistinto dalla flessibilità più che dalla stabilità: ID., *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2001, 1085 s. Distingue, a tal riguardo, tra autonomia e autolegislazione P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, 11 ss.

<sup>4</sup> M.R. FERRARESE, *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*, in *Pol. del dir.*, 1998, 415 s. (cfr., inoltre, EAD., *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000).

<sup>5</sup> M.R. FERRARESE, *Mercati*, cit., 416.

<sup>6</sup> M.R. FERRARESE, *Mercati*, cit., 416.

<sup>7</sup> F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, *Atti del Convegno SISDiC, 25-27 marzo 2010*, Napoli, 2011, 262: l'Autore richiama l'attenzione sull'esigenza di superare l'equazione che identifica il diritto con la volontà politica; identificazione che, se tenacemente difesa, condurrebbe a definire la comunità internazionale una società senza Stato e senza diritto. Sull'incidenza della globalizzazione sul diritto, vasta è la letteratura: in aggiunta alla bibliografia citata nelle note successive, v. S. PATTI, *La globalizzazione del diritto e il contratto*, in *Obbl. contr.*, 2009, 495 ss.; L. FRANZESE, *Mondializzazione dell'economia e diritto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 677 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2013, 69 ss.; G. IUDICA, *L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 143 ss. (e ID., *Globalizzazione e diritto*, in *Contratto e impresa*, 2008, 867 ss.); E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Persona e Mercato*, 2017, 138 ss. (e ID., *Globalizzazione, rapporti civili e diritti della persona*, in

sostituisce, in assenza di un potere strutturalmente sovraordinato rispetto ai centri di produzione normativa, il consolidarsi di un diritto uniforme e spontaneo. Tale fenomeno è notoriamente identificato con il sintagma *lex mercatoria*<sup>8</sup>: quest’ultima rinviene una traccia originale nei Principi Unidroit, che ne costituiscono esemplare attuazione<sup>9</sup>, e nei principi generali applicati e/o creati nell’ambito della giurisprudenza arbitrale internazionale<sup>10</sup>, nonché nelle prassi e consuetudini del commercio internazionale.

---

*Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, a cura di A. Tarantino e R. Corsano, Milano, 2006, 77 ss.); D. RODRIK, *Dirla tutta sul mercato globale*, Torino, 2018, 128. Discorre di «diritto senza Stato» P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo venturo?*, in *Quad. fior.*, 2002, 55 (corsivo originale), per indicare che «al diritto ripugna di immiserirsi all’interno di confini invalicabili», in quanto «il diritto è una ragione del vivere civile e [...] la sua proiezione più naturale è quella universale». Cfr., inoltre, ID., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss.

<sup>8</sup> Sul tema E. KADENS, *The Myth of the Customary Law Merchant*, in *Texas Law Review*, 90, 2021, 1153 ss. Cfr., inoltre, N.H.D. FOSTER, *Foundation Myth as legal formant: The medieval Law Merchant and the new ‘Lex Mercatoria’*, in *Forum Historiae Juris*, 2005, 1 ss. Contrari ad una visione formalistica del fenomeno L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, 1994, 22 ss., e F. SBORDONE, *Contratti internazionali e ‘lex mercatoria’*, Napoli, 2008, 61 ss. Sottolinea le difficoltà nel prospettare una definizione di *lex mercatoria* svincolata dalle diverse posizioni dei relativi studiosi F. MARRELLA, *La nuova ‘lex mercatoria’. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Milano, 2003, 21 ss. Sulla possibilità di ricondurre la *lex mercatoria* ad un fenomeno di *soft law*, M. SPERANZIN, *Un nuovo ordine delle fonti del diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1179. Attento alle questioni giuridico-politiche del pluralismo si mostra M. GRONDONA, *Il diritto privato oggi e il ruolo del giurista*, in *Rev. Ibérica de Direito*, 2020, 29 ss.

<sup>9</sup> Cfr. M.J. BONELL, *I principi Unidroit 2010: le novità*, in *Dir. comm. intern.*, 2012, 795 ss.

<sup>10</sup> Per un’analisi delle diverse ipotesi nelle quali i Tribunali arbitrali risolvono le controversie riferendosi direttamente ai Principi Unidroit e, più in generale, a regole di origine non statale, P.F. SOLETI, *I contratti del commercio internazionale tra ordinamenti statali e ‘lex mercatoria’*, in *Dir. comm. intern.*, 2017, 41 ss.

2. *I rapporti tra diritto commerciale e ‘lex mercatoria’ nell’evoluzione del pensiero di Francesco Galgano: la Storia del diritto commerciale (1976) muta il titolo in ‘Lex mercatoria’ (2001)*

Tra i contributi che hanno prestato particolare attenzione alla ricostruzione in chiave storica dei rapporti tra la *lex mercatoria* e il diritto commerciale, un posto di indiscusso rilievo spetta agli scritti di Francesco Galgano<sup>11</sup>. La *lex mercatoria* – secondo la posizione di tale autorevole studioso – è «il diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l’unità economica dei mercati»<sup>12</sup>.

L’evoluzione del pensiero di tale Autore<sup>13</sup> è esemplificata dalle vicende del noto volume *Storia del diritto commerciale*, pubblicato

---

<sup>11</sup> Di particolare interesse le riflessioni di M.R. FERRARESE, *Francesco Galgano e il suo inesauribile viaggio tra diritto ed economia*, in *Sociologia dir.*, 2012, 137 ss.

<sup>12</sup> F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 199. Prima ancora, ID., *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contratto e impresa*, 1989, 362, ove si precisa che «il principale strumento dell’innovazione giuridica è il contratto; il principale strumento mediante il quale il diritto codificato viene adeguato alle mutate esigenze della società è la sentenza». Sul tema, inoltre, ID., voce ‘*Lex mercatoria*’, in *Enc. dir.*, V, *Aggior.*, Milano, 2001, 721 ss.; F. MIGLIORINO, *Diritto mercantile*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto*, Roma, 2012, 129 ss.; N. BOSCHIERO, *La ‘lex mercatoria’ nell’era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia dir.*, 2005, 83 ss., e V. FERRARI, *Quesiti sociologici sulla ‘lex mercatoria’*, in *Sociologia dir.*, 2005, 7 ss.

<sup>13</sup> Sul quale E. FERRANTE, *Francesco Galgano tra storia del diritto commerciale e ‘lex mercatoria’*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 390 ss., ove si sottolinea, altresì, l’importanza del rapporto personale e scientifico tra Galgano e Tarello. Cfr., inoltre, L. FRANZESE, *Contratto, negozio e ‘lex mercatoria’ tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 794 ss. Un importante ritratto della levatura scientifica e umana del Maestro è delineato da M. FRANZONI, *Francesco Galgano. Maestro non conformista*, Bologna, 2023, nonché ID., *La Scuola Bolognese*, in *Diritto Civile del*

dapprima con tale titolo nel 1976<sup>14</sup> ed aggiornato, piú volte, negli anni successivi, fino a mutare, nel 1993, il titolo in ‘Lex mercatoria’. *Storia del diritto commerciale* e, infine, nel 2001, semplicemente in ‘Lex mercatoria’. L’attenzione si sposta, in tal modo, dallo *ius mercatorum*, quale diritto consuetudinario concernente la corporazione dei mercanti, al diritto mercantile risultante dall’elaborazione giurisprudenziale, specie anglosassone e statunitense, costitutivo

---

*Novecento: Scuole, Luoghi, Giuristi*, a cura di G. Alpa e M. Sesta, Milano, 2019, 99 ss., e M. SESTA, *L’insegnamento del diritto civile a Bologna nel secolo scorso tra individualità e scuole*, in *Diritto Civile del Novecento*, cit., 109 ss. Per una considerazione ad ampio spettro del contributo di Francesco Galgano alla evoluzione della scienza giuridica, cfr. i contributi raccolti in *La Scuola civilistica di Bologna. Un modello per l’accesso alle professioni legali*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2013. Sulla concezione poliedrica del contratto nel pensiero di Galgano, v. G. ALPA, *Il contratto in generale*, I. *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 5, nonché ID., *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, 282 ss. Si ricordi, inoltre, il Convegno di Studi dal titolo *Il diritto oltre il diritto: metafore, arte e dogmi nel pensiero e nei libri di Francesco Galgano*, svoltosi presso l’Università degli Studi di Napoli, Facoltà di Giurisprudenza, il 16 marzo 2011, sul quale cfr. G. PIAZZA, *Il diritto oltre diritto. Metafore, arte e dogmi nel pensiero e nei libri di Francesco Galgano*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1265 ss. Sulla elaborazione in merito al ruolo dei partiti nell’ordinamento giuridico e con attenzione all’evoluzione politica di Galgano, *Partiti politici e ordinamento giuridico. In ricordo di Francesco Galgano*, con introduzione di N. Lipari, Napoli, 2015, e, *ivi*, P. FEMIA, *Politica e libertà di contratto. I partiti politici nel pensiero di Francesco Galgano*, 25 ss., e P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, 227 ss.

<sup>14</sup> All’incirca negli stessi anni, il tema è altresí approfondito da R. DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova ‘lex mercatoria’*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 577 ss.; M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1976 (del quale cfr., inoltre, ID., *Vi è spazio per una ‘lex mercatoria’?*, in *La Riforma del diritto internazionale privato italiano (Atti del Convegno 11-12 aprile 1996)*, Napoli, 1997, 195 ss.; ID., voce *Contratti internazionali (principi dei)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1996, 1 ss.; ID., *Un «codice» internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 2006).



della nuova *lex mercatoria*<sup>15</sup>. Sebbene già presente nel contesto storico-giuridico medievale, è nella società post-industriale che tale forma di giuridicità assume la veste di un diritto non fondato sul requisito della territorialità ma suscettibile di applicazione oltre i confini del singolo Stato e che neutralizza l’efficacia della legge statale, giungendo ad uniformare la disciplina dei rapporti commerciali internazionali. Il passaggio dalla ‘*Storia del diritto commerciale*’ alla ‘*Lex mercatoria*’ registra, nel modo più chiaro possibile, il declino della sovranità legale in favore dell’affermarsi di un diritto – come da altri definito<sup>16</sup> – «corrosivo in modo irreversibile non solo del dogma della statualità e dei particolarismi giuridici delle varie e diverse vigenti codificazioni, ma [...] delle differenze stesse tra le due grandi famiglie di *civil* e *common law*».

Singolare è la complessiva evoluzione scientifica del pensiero del citato studioso. Dalle iniziali posizioni di critica al capitalismo, si giunge, nel tempo, ad individuare nella *lex mercatoria* il segno di una rivoluzione giuridica globale che permetterà poi di ricondurre i principi generali del nuovo ordine globalizzato al diritto naturale<sup>17</sup>. Ulteriori sviluppi si rintracciano in alcuni scritti successivi, nei quali si pone in evidenza il ruolo predominante che la consuetudine, relegata nell’Europa continentale all’ultimo posto della gerarchia

---

<sup>15</sup> Sul tema M. FORTUNATI, *The fairs between lex mercatoria and ius mercatorum*, in *From ‘lex mercatoria’ to commercial law*, ed. by V. Piergiovanni, Berlin, 2005, 143 ss. Sui rapporti tra i codici di commercio e la *lex mercatoria*, con attenzione al dibattito recente, C. ANGELICI, *La ‘lex mercatoria’ e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, 361 ss.

<sup>16</sup> V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 147 ss.

<sup>17</sup> F. GALGANO, *Globalizzazione dell’economia e universalità del diritto*, in *Pol. del dir.*, 2009, 188: «il diritto naturale, un tempo tacciato d’essere l’antistoria, è il solo diritto che oggi aspira ad essere, al di là delle frantumazioni dei diritti nazionali, il diritto dell’intera umanità».

delle fonti<sup>18</sup>, assume, invece, nell’attuale contesto economico globalizzato. In definitiva, «nonostante il suo modo di formazione», la *lex mercatoria*, secondo l’autore, «non ha nulla di dispotico»<sup>19</sup>.

Gli scritti di Francesco Galgano hanno il merito indiscusso di aver posto le fondamenta di un discorso metodologico concernente tematiche di particolare interesse e di aver sollecitato il dibattito scientifico successivo<sup>20</sup>.

3. *Dai mercati reali a quelli virtuali, governati da protocolli di Rete e da tecnologie blockchain. ‘Lex mercatoria’, ‘lex informatica’ e self-regulation dell’economia virtuale: sistemi giuridici dotati di autosufficienza applicativa?*

Il tema, ricondotto al profilo più generale concernente il configurarsi di regole create spontaneamente dagli operatori del

---

<sup>18</sup> In favore del superamento del paradigma basato sulla rigida distinzione tra fonti-atto e fonti-fatto, N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1207 ss.

<sup>19</sup> F. GALGANO, *Globalizzazione*, cit., 191. Cfr., inoltre, ID., *Le forme*, cit., 249 ss.

<sup>20</sup> La *lex mercatoria* è intesa da Galgano secondo un’accezione ampia, sì da essere considerata «sul piano della concezione generale dell’ordinamento e non della giustificazione di una permanente specialità e autonomia del diritto commerciale»: così M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, 40 e 38, nt. n. 82, ove si precisa che la posizione metodologica sulla non autonomia del diritto commerciale dal diritto privato si evince sia dalla propensione della Rivista – *Contratto e Impresa. Dialoghi con la giurisprudenza* – fondata da Galgano ad affrontare temi di matrice giurisprudenziale che spaziano nell’ambito del diritto privato unitariamente inteso, sia dal fatto che l’illustre giurista ha iniziato il suo percorso accademico come professore di diritto commerciale per poi concluderlo insegnando diritto civile. Sulla forte incidenza della rivista citata – e di *Contratto e impresa/ Europa* (altresì attenta all’influenza esercitata dal diritto sovranazionale) – sulla elaborazione di una nuova stagione del diritto nell’ambito degli Studi della Scuola Bolognese, M. FRANZONI, *La Scuola Bolognese*, in *Diritto Civile del Novecento*, cit., 99 ss.

commercio internazionale e autonome dal diritto dei singoli Stati, si evolve alla luce dei mutamenti sottesi agli scenari attuali, nei quali la globalizzazione della tecnologia digitale si aggiunge a quella economica e i mercati virtuali si affiancano a quelli reali. La *lex mercatoria* subisce il fascino delle sfide derivanti dalla forza pervasiva della tecnologia e dalla sua crescente influenza sull’economia, la quale risulta contraddistinta da scambi di valute virtuali che si allontanano dal modello dell’economia tradizionale: la digital economy, infatti, si concilia con le sue caratteristiche e ne accentua la connotazione globale e a-territoriale. In altri termini, la possibilità di un diritto globale – non strutturato sul requisito della territorialità<sup>21</sup> – rappresenta una prospettiva che, nell’economia virtuale e negli scambi che si svolgono in Rete<sup>22</sup>, sembrerebbe trovare terreno fertile in quanto sia la *lex informatica*<sup>23</sup> sia il ricorso a

---

<sup>21</sup> Approfondisce, con attenzione, il tema dell’individuazione del Legislatore sovraordinato della Rete G. DE MINICO, *Internet e le sue fonti*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2, 2013, 1 ss. (e, più ampiamente, EAD., *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012), nonché EAD., *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e ‘lex mercatoria’*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 89 ss.

<sup>22</sup> Cfr. J. BOYLE, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, in *U. Cincinnati L. Rev.*, 1997, 66, 179 ss.; G.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in *U. Chicago L. Rev.*, 1998, 65, 1199 ss.; P. LAGHI, *L’Architettura del Cyberspazio tra principio di sussidiarietà orizzontale e potere «normativo» di impresa*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 468 ss.; L. RUGGERI, *Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la ‘lex mercatoria’*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 303 ss.; ID., *La regolazione “teco-giuridica” del cyberspazio: derive tecnocratiche ed istanze di democraticità*, in *Dittatura economica, Democrazia e Welfare State*, a cura di M. Del Milagro Martín Lopez e F. Torchia, Padova, 2020, 87 ss. Mette in evidenza la «inefficienza del Diritto» e la sua «impotenza» di fronte alle nuove sfide connesse all’uso della Rete, vista «la sua attitudine meta-spaziale e meta-temporale», S. SICA, *Pubblico e privato al tempo della trasformazione digitale*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 93.

<sup>23</sup> Cfr., su posizioni diverse, J. R. REIDENBERG, *‘Lex Informatica’: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas Law Review*, 1998, 553 ss.; G. FINOCCHIARO, *‘Lex mercatoria’ e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contratto e impresa*, 2001, 571 ss.; C. ROSSELLO, *Commercio*

tecnologie ‘blockchain’ prescindono dai confini geografici e avallano l’idea di un’autoregolamentazione basata su regole tecniche indipendenti dalla sovranità politica e giuridica degli Stati<sup>24</sup>. Le linee evolutive di questo processo conducono all’affermarsi di una «*lex mercatoria ex machina*»<sup>25</sup>, basata sull’impiego della tecnologia al fine di regolamentare, autonomamente dal diritto degli Stati, mercati virtuali, reti ed economie digitali<sup>26</sup>. Alle consuetudini e alle prassi dei mercati transnazionali che contraddistinguono la *lex mercatoria* tradizionalmente intesa si aggiunge il massiccio impiego di protocolli di Rete e di codici digitali memorizzati ed eseguiti su reti ‘blockchain’<sup>27</sup>: dalla *lex mercatoria* si passa alla *lex informatica* e «dalla *lex informatica* si passa

---

*elettronico. La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e ‘lex mercatoria’*, Milano, 2006, 14 ss.; P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all’esperienza metastrutturale*, in *Internet e Diritto civile*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2015, 15 ss.; E. MAESTRI, ‘*Lex informatica’ e soft law. Le architetture normative del cyberspazio*, in *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, a cura di P. Moro e C. Sarra, Milano, 2017, 157 ss., nonché ID., ‘*Lex informatica’*. *Diritto, persona e potere nell’età del cyberspazio*, Napoli, 2015; P. LAGHI, ‘*Lex informatica’*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 11, Torino, 2018, 305 ss.

<sup>24</sup> Osserva criticamente A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico. Profili civilistici delle ODR*, Napoli, 2016, 169, che «la giurisdizione della *lex informatica* è rappresentata dalla Rete stessa, interamente imbrigliata nelle maglie delle regole tecnologiche. La diffusa predisposizione di sistemi ODR ne sarebbe prova inconfutabile».

<sup>25</sup> C. PONCIBÒ, *Il diritto comparato e la blockchain*, Napoli, 2020, 230 ss., ove la *lex mercatoria ex machina* è distinta sia da quella antica sia da quella medievale.

<sup>26</sup> C. PONCIBÒ, *Il diritto*, cit., 230.

<sup>27</sup> Una definizione di ‘smart contract’ si rintraccia all’art. 8 *ter*, l. 11 febbraio 2019, n. 12 (Conversione d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione), secondo il quale «si definisce ‘smart contract’ un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse».

così alla *lex* crittografia, prevedendo l’emergere di un nuovo sottoinsieme normativo che consisterebbe nelle regole che sono generate da *smart contracts* e organizzazioni autonome e decentralizzate<sup>28</sup>.

Tale evoluzione ha favorito una rilettura del problema da parte della dottrina: in particolare «alcuni autori hanno segnalato come non solo sussista una capacità della tecnologia di autodisciplinarsi, ma come, in alcuni casi, la tecnologia potrebbe anche essere preferibile al diritto quale mezzo di regolazione sociale e ciò, in particolare, rispetto alla normazione di fenomeni innovativi quale appunto la *blockchain*»<sup>29</sup>.

La transizione dal diritto positivo al diritto ‘globale’ induce ad interrogarsi sulla possibilità di attribuire alla *lex mercatoria* e – sulla base delle peculiari linee evolutive nel cyberspazio – alla *lex informatica* o *digitalis* e alle regole imposte dalla tecnologia virtuale la natura di ordinamenti giuridici autonomi, tali da prescindere dalla potestà normativa statale e segnare l’autonomia del diritto dei mercati (reali e virtuali) dal diritto dei *cives*<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> D. CAFORIO, *La blockchain determina difficoltà nel determinare le regole da applicare e la giurisdizione competente*, in *Dir. ind.*, 2023, 151. Le attuali declinazioni della *lex ex machina*, *informatica* o *digitalis* elevano il contratto a strumento di realizzazione di un «Diritto sradicato», ponendolo a «fondamento dell’unico Ordine possibile nell’epoca dell’incessante trasformazione»: così F. GAMBINO, *Blockchain, smart contract e diritto sradicato*, in *Tecnologie e dir.*, 2021, 36, con esplicita adesione a M. CACCIARI, *Il lavoro dello spirito*, Milano, 2020, 17 s.

<sup>29</sup> G. CAFORIO, *La blockchain*, cit., 151.

<sup>30</sup> Il tema è indagato altresì da A.M. LUCIANI, *La nuova ‘lex mercatoria’*, consultabile sul sito [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1, 2021, 246 ss., la quale ripercorre l’evoluzione del pensiero di Berthold Goldman (ID., *Frontières du droit et ‘Lex mercatoria’*, in *Archives de philosophie du droit*, 1964, 177 ss.) riguardo all’individuazione nella *lex mercatoria* di un terzo ordinamento giuridico, accanto a quello nazionale ed internazionale. In giurisprudenza, individua nella *lex mercatoria* un ordinamento autonomo rispetto a quelli nazionali Trib. Busto Arsizio, 17 ottobre 2003, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2004, I, 391, con nota di F. MARRELLA, *Embargo iracheno e*

4. *Gli argomenti a sostegno e quelli ostativi all'autonomia di tali assetti normativi dal diritto del singolo Stato. Operatività della ‘lex mercatoria’ in séguito alla scelta delle parti quale ‘lex contractus’ e in assenza di tale richiamo*

Le ragioni a sostegno della predetta autonomia fanno leva sull'attitudine della *lex mercatoria* a contrastare l'isolamento dell'ordinamento giuridico nazionale<sup>31</sup>, consentendo la risoluzione

---

*compromettibilità in arbitri delle controversie.* Sulla giuridicità originaria della *lex mercatoria*, quale ordinamento della società degli affari, Cass. 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285 ss.; su tale pronuncia v. A. GIARDINA, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. internaz.*, 1982, 754 ss. Secondo F. MARRELLA, *La nuova ‘lex mercatoria’*, cit., 658, pur volendo considerare – come accade nella giurisprudenza arbitrale – la *lex mercatoria* alla stregua di una questione di mero fatto e non di diritto, ciò non servirebbe a porre in discussione la sua natura di autonomo ordinamento giuridico. Con attenzione agli smart contracts e alla (presunta) capacità di sottrarsi alla giurisdizione dei singoli Stati, L. PAROLA, P. MERATI e G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, 681 ss., e, su posizioni critiche, F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma ‘Lex Criptographi(c)a’ e responsabilità del giurista*, Napoli, 2023, 68. In generale, per la teorizzazione dell'esistenza di un pluralismo di ordinamenti, SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918 (sull'influenza della teoria della pluralità degli ordinamenti di Santi Romano sul concetto di autonomia privata e di ‘ordinamenti giuridici’ nel pensiero di Salvatore Romano v. S. GIOVA, «*Ordinamenti giuridici*» e *autonomia privata nel pensiero di Salvatore Romano*, in *Annali SISDiC*, 2022, 9, 93 ss.).

<sup>31</sup> E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova ‘lex mercatoria’*, in *Giur. comm.*, 2007, 548. Di recente, Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2023, n. 22375, consultabile su *dejure online* (in tema di validità della clausola c.d. russian roulette, inserita in un patto parasociale), dopo aver ricordato che il tema della diffusione, nel nostro ordinamento, di modelli contrattuali dei Paesi di common law «non è nuovo ed è stato indagato dalla piú autorevole dottrina sotto l'espressione “contratto alieno”», precisa che la diffusione di modelli giuridici sperimentati nella prassi degli affari internazionali e utilizzati dalle società multinazionali «se da un lato consente di evitare un possibile isolamento giuridico e la conseguente perdita di competitività dell'ordinamento interno, dall'altro [tali contratti] sollevano evidenti problemi di coordinamento con la diversa struttura giuridica

di fattispecie che esulano dai confini territoriali del singolo Stato per il tramite di norme contraddistinte da flessibilità: ciò a differenza delle norme statali, le quali, per loro intrinseca natura, si prestano a regolamentazioni di dettaglio e si rivelano non adeguate alla versatilità dei mercati transnazionali. Del pari, i protocolli di rete garantiscono uniformità sul piano applicativo, accentuando la fiducia nell’autosufficienza della *lex informatica* e nella sua capacità di far fronte all’evoluzione del mercato e degli scambi virtuali con regole duttili, basate sul funzionamento e sulle caratteristiche del web.

Tuttavia, nonostante la evidente vocazione alla extrastatalità<sup>32</sup>, più di un argomento impedisce di riconoscere a tali assetti normativi la natura di sistemi giuridici autosufficienti<sup>33</sup>. Si pensi, in

---

dell’ordinamento di destinazione». In dottrina, la teorica del contratto ‘alieno’ è riconducibile a G. DE NOVA, *Il contratto alieno*<sup>2</sup>, Torino, 2010; ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; ID., *The law which governs this agreement is the law of the republic of Italy: il contratto alieno*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, 3 ss.; ID., *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 25 ss.; ID., voce *Contratto alieno*, in *Contratto*, \*, in *Enc. dir. I Tematici*, Milano, 2021, 193 ss. Sul pensiero di tale autore v. i saggi raccolti in ‘*Lex contractus*’. *Saggi in onore di G. De Nova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.

<sup>32</sup> La formula è mutuata da F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 481 ss.; F. COLAO, *Estrastatalità del diritto. Note sul pensiero di Filippo Vassalli, giurista «europeo», e di Guido Tedeschi, giurista italiano, a Gerusalemme per le leggi razziali*, in *Italian Review of Legal History*, 3, 2017, 1 ss.

<sup>33</sup> Contrari alla configurazione della *lex mercatoria* quale ordinamento autonomo K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*<sup>2</sup>, Alphen aan den Rijn, 2010, 114 ss.; E. MAZZOLETTI, *Gli usi*, cit., 531 ss.; U. MORELLO, *L’efficacia della ‘lex mercatoria’ nel sistema italiano: tendenze e prospettive*, in *Sociologia dir.*, 2005, 287 ss., il quale, se da un lato condivide la tendenza ad affermare l’esistenza di un pluralismo giuridico ed afferma che «è possibile [...] dimostrare che la *lex mercatoria* possa essere legittimamente considerata un vero e proprio ordinamento giuridico, [...] come un “sistema” autosufficiente ed organico, sia pure simile agli ordinamenti internazionali, perché privo di carattere statale» (p. 295), dall’altro precisa che quello delle lacune «può in effetti essere uno dei

particolare, alla valenza settoriale e all’assenza di organicità dei principi e delle regole che ne costituiscono espressione. La stessa ‘flessibilità’ di tali regolamentazioni se da un lato ne consente l’applicazione a fattispecie tra loro diverse dall’altro «prest[a] il fianco alla critica – invero difficilmente superabile – di chi ritiene che tale malleabilità possa essere fonte di incertezza ed insicurezza nei traffici, e possa persino portare alla soluzione di eventuali controversie facendo ricorso all’equità piuttosto che al diritto»<sup>34</sup>.

---

problemi per poter dubitare che la *lex mercatoria* sia un vero e proprio ordinamento giuridico», stante il suo grado di autosufficienza e organicità non in grado di fornire risposta a tutte le controversie che hanno ad oggetto un contratto (p. 296). Contro la prospettiva unificante, che individua nella *lex mercatoria* un ordinamento autonomo consuetudinario, F. DE LY, ‘*Lex mercatoria*’ (*New Law Merchant*): *Globalization and International Self-regulation*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, 562 ss.; F. SBORDONE, *Contratti*, cit., 104, ove acutamente si osserva che «la rilevazione della diversità di regole, soggetti e mercati non consente l’adozione di una prospettiva unificante del fenomeno come unitariamente espressivo di *opinio iuris ac necessitatis*: se spazio vi è per un diritto consuetudinario esso andrebbe individuato di volta in volta, in ragione dello specifico settore in cui l’*opinio* si manifesta». Nella stessa direzione, S. DELLE MONACHE, *Giudice, forum shopping, ‘lex mercatoria’*, in *Giurisprudenza*, cit., 266. Secondo L. BALESTRA, *Il contratto fra unità e frammentazione*, in *Giust. civ.*, 2020, 219 ss., l’affermarsi del fenomeno di spontanea creazione di norme riconducibili alla *lex mercatoria*, di là dalle possibili critiche, rende particolarmente evidente l’esigenza e la propensione all’autoregolamentazione di chi opera in mercati globalizzati.

<sup>34</sup> E. MAZZOLETTI, *Gli usi*, cit., 532 e 535 s., ove si intravede uno scenario più tranquillizzante nel ricorso non già alla *lex mercatoria* nel suo complesso quanto, piuttosto, ai Principi Unidroit (se accettati e richiamati dalle parti), quale raccolta di specifiche norme attentamente elaborate dalla dottrina. Sul tema, inoltre, F. BORTOLOTTI, *Incoterms 2010, Norme Uniformi sulle garanzie, Principi Unidroit 2010 e Regolamento arbitrale CCI del 2012*, in *Giur. it.*, 2012, 1701: l’autore, più che ammettere che le parti possano decidere di applicare la *lex mercatoria* in luogo di leggi nazionali, condivide la soluzione di abbinare il ricorso ai principi generali del commercio internazionale e alla *lex mercatoria* con l’applicazione di «norme a-nazionali “private”», quali i Principi Unidroit oppure le codificazioni private



Al contempo, la possibilità di individuare nella *lex informatica* e nella Rete – alla luce della loro capacità di autoregolarsi – un’alternativa all’ordinamento giuridico è impedita da ostacoli non trascurabili, rintracciabili non soltanto nell’assenza di una solida condivisione riguardo al valore normativo e concettuale di talune categorie (ad esempio quella di criptovaluta)<sup>35</sup>, bensì anche nei timori legati alla mancanza di controlli istituzionali e al rischio di una egemonia dei poteri economici piú forti nella definizione delle dinamiche commerciali e degli assetti regolamentari del mercato<sup>36</sup>.

---

della Camera di Commercio Internazionale, ad esempio le clausole Incoterms (sulle quali v. Cass. SS.UU., 2 maggio 2023, n. 11346, in *Contratti*, 2023,475 ss., con commento di R. TORINO, *Compravendita internazionale di merci: la clausola Ex Works [Incoterms 2020] è idonea a determinare di per sé il luogo di consegna della merce e la giurisdizione del giudice italiano*; in dottrina, cfr. l’attenta analisi di D. AMOROSO, G. ZARRA, *Gli Incoterms 2020 nei contratti di vendita internazionale*, in *Il commercio internazionale nel mediterraneo*, a cura di A. Berlinguer, Napoli, 2021, 135 ss.) e gli Usi Uniformi sui Crediti Documentari (sui quali v. Cass. Civ., Sez. I, 14 ottobre 2009, n. 21833, in *Dir. comm. intern.*, 2010, 397, con commento di F. DIALTI, *Ancora sulla natura delle norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari della camera di commercio internazionale*).

<sup>35</sup> Così C. MARASCO, *Dalla ‘lex mercatoria’ alla RegTech: la circolazione transnazionale delle valute virtuali alla prova della disciplina giuridica*, consultabile su DPCE on line, 2021, 1505 s.

<sup>36</sup> Sul tema P. RESCIGNO, *I contratti di impresa e la Costituzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, *Atti del Convegno di Studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, 28. Il rischio che l’esaltazione della *lex mercatoria* si traduca «[nell]’esaltazione della prassi che pretende di farsi regola invocando il potere smisurato della forza» è avvertito, altresì, da F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 89. Sull’inscindibile rapporto tra economia e diritto e sull’esigenza di un mercato che non sfugga al controllo e alla disciplina del diritto, G. OPPO, *L’iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 309 ss. (sul quale G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 509 ss.); P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss., poi in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 237 ss.; ID., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir.*

Infatti, le relazioni che si intersecano nel mondo virtuale – come quelle del mercato reale – non sono esenti dal rischio di prevaricazioni e di discipline prodotte nell’ambito di processi formativi privi di democraticità in quanto «la conformazione del mercato, nella sua componente di autonomia, non è mai il prodotto della libera determinazione economica [...] di *tutti* gli operatori»<sup>37</sup>. Sí che, nel mercato virtuale (come talvolta in quello reale), le norme sono imposte dai soggetti con piú forza e la configurabilità di un assetto normativo del commercio transnazionale democratico ed equo «è una mera, seppur attraente, illusione»<sup>38</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, appare condivisibile la linea ricostruttiva secondo la quale l’insieme eterogeneo di modelli contrattuali, prassi, usi commerciali, lodi arbitrali e princípi generali della *lex mercatoria* non può reputarsi costitutivo di un ordinamento distinto dall’articolato, ma pur sempre unitario, sistema normativo nazionale<sup>39</sup>, quanto un fenomeno che, in quest’ultimo, confluisce e trova compiuta applicazione, in dialettica con le altre fonti e sottoposto, altresí, ai medesimi controlli. È nel momento applicativo, infatti, che tale realtà giuridica si rivela non avulsa dalle altre norme (statali e nazionali) con le quali si integra nella costruzione della disciplina della singola fattispecie contrattuale, nel costante rispetto dei valori costitutivi del sistema normativo.

---

*civ.*, 2005, 1 ss., con attenzione alla prospettiva ricostruttiva di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004 (sulla quale v. anche G. ALPA, *Il nichilismo giuridico, secondo Natalino Irti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 983 ss., e G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 385 ss.).

<sup>37</sup> A. FACHECHI, *La giustizia*, cit., 172 s.

<sup>38</sup> A.M. LUCIANI, *La nuova ‘lex mercatoria’*, cit., 253.

<sup>39</sup> P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; ID., *Una lezione agli studenti della «Federico II». Il «diritto privato» nell’unità del sistema ordinamentale*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 402 ss. Sul problema della legittimità della fonte, ossia della sua riconoscibilità quale fatto produttivo di norme, V. SCALISI, *Complessità*, cit., 174 ss. Sul configurarsi di criteri ordinatori nuovi M. SPERANZIN, *Un nuovo ordine*, cit., 1174 ss.

Appare, pertanto, «ultroneo qualsiasi discorso in ordine alla “giuridicità” originaria della *lex mercatoria*, posto che in fase applicativa essa viene conformata, combinata con altre norme statuali, perdendo la propria originaria consistenza e natura, assumendo il ruolo di “diritto” per come applicato alla luce dell’ordinamento statale [...], in un processo incessante di integrazione, scambio e strutturazione dell’ordinamento giuridico del caso concreto»<sup>40</sup>.

Esclusa la natura di ordine giuridico dotato di autosufficienza applicativa, la *lex mercatoria* – in sede di giustizia arbitrale – può trovare applicazione in ragione del testuale richiamo dei contraenti<sup>41</sup> (secondo parte della dottrina anche là dove il contratto sia privo di elementi di internazionalità<sup>42</sup>). In assenza di tale scelta, invece, essa trova applicazione per il tramite di categorie e norme

---

<sup>40</sup> F. SBORDONE, *Contratti internazionali*, cit., 92 s., e, per una considerazione del fenomeno nell’ambito della sussidiarietà, 111 ss. e spec. 115 s. Cfr., inoltre, ID., *Discrezionalità e tradizioni costituzionali (ordine pubblico, margine di apprezzamento, ponderazione tra valori, comparazione tra principi)*, in *L’incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del 5° Convegno Nazionale SISDiC, Capri, 25-27 marzo 2010, Napoli, 2011, 34 s.

<sup>41</sup> Rileva S. DELLE MONACHE, *Giudice*, cit., 265 s., che quando la decisione della controversia è rimessa alla cognizione di un giudice interno, il richiamo alla *lex mercatoria* «assumerà il significato di una mera determinazione *per relationem* del contenuto del contratto», ex art. 1322, comma 1, cod. civ., «valida purché non del tutto generica», come potrebbe essere in ipotesi di mero rinvio alla *lex mercatoria*. Sul tema G. ZARRA, *Arbitrato commerciale internazionale, principio di autonomia delle parti e legge applicabile*, in *Foro nap.*, 2020, 415 ss. e 422, ove si esprimono perplessità nei riguardi del ricorso alla *lex mercatoria*, stante l’incertezza del suo contenuto. Più in generale, sulla scelta del diritto applicabile, F. SBORDONE, *Il diritto applicabile al merito della controversia nell’arbitrato commerciale internazionale*, in *L’autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Atti del X Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 14-16 maggio 2015, Napoli, 2016, 131 ss.

<sup>42</sup> U. MORELLO, *L’efficacia*, cit., 293 ss. e 297.

nazionali<sup>43</sup>: si pensi all’art. 1340 cod. civ., in base al quale gli usi negoziali e le prassi solitamente osservate in determinate zone oppure nell’ambito di operazioni commerciali (e, dunque, anche gli usi del commercio internazionale) si intendono inseriti nel contratto se non risulta che siano stati esclusi dalle parti<sup>44</sup>. Discussa, invece, è la relativa operatività – sia pure nel rispetto delle fonti gerarchicamente superiori e sul presupposto del convincimento circa la giuridicità e la ripetuta e generalizzata applicazione – come usi normativi (art. 8 disp. prel. cod. civ.)<sup>45</sup> e, in presenza di lacune, quali fonti di integrazione del contratto *ex* art. 1374 cod. civ.<sup>46</sup>. Occorre tuttavia precisare che, a séguito delle modifiche apportate all’art. 822 cod. proc. civ. dal d.l. 10 ottobre 2022, n. 149, il tema può essere riletto alla luce della nuova formulazione del menzionato articolo, il quale, al comma 2, sancisce che quando l’arbitro è chiamato a decidere secondo le norme di diritto, le parti «possono indicare le norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia». In mancanza – prosegue l’articolo – «gli arbitri applicano le norme o la legge individuate ai

---

<sup>43</sup> Sul tema, S. DELLE MONACHE, *Giudice*, cit., spec. 263 ss., e F. PADOVINI, *Arbitrato e ‘lex mercatoria’*, in *Giurisprudenza*, cit., 269 ss.

<sup>44</sup> F. GALGANO, *Degli effetti del contratto, sub art. 1374 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, spec. 82.

<sup>45</sup> Escludono che gli usi del commercio internazionale possano costituire veri e propri usi normativi F. GALGANO, *Degli effetti*, cit., 82, e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori, sub art. 1374-1381<sup>2</sup>*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 98 s. La rilevanza come usi normativi è ammessa, invece, da F. SBORDONE, *Contratti*, cit., 123. Sul rapporto tra consuetudine ed autonomia con particolare attenzione anche al problema della *lex mercatoria* cfr., in una prospettiva storica, P. FEMIA, *Autonomia. Frammento 2016*, Napoli, 2021, 105 ss.

<sup>46</sup> Approfondisce le ragioni che limitano i giudici nell’utilizzare gli usi della *lex mercatoria* con funzione integrativa del contratto, *ex* art. 1374 cod. civ., U. MORELLO, *L’efficacia*, cit., 297 ss.

sensi dei criteri di conflitto ritenuti applicabili». Proprio riguardo alle fonti richiamabili, la Relazione illustrativa<sup>47</sup> della riforma citata chiarisce che il legislatore ha preferito il ricorso ad una categoria ampia («norme o la legge straniera») in quanto, specie negli arbitrati internazionali, «assumono un fondamentale rilievo anche fonti differenti dalle leggi ordinarie statuali, quali in particolare la *lex mercatoria*, le norme modello UNCITRAL e altre ancora»<sup>48</sup>.

5. *La disciplina del caso concreto risultante dal concorso di fonti nazionali, consuetudini del commercio internazionale oppure regole tecniche dei mercati virtuali: i controlli dell'interprete*

A fronte della incapacità del mercato di garantire l'equilibrio contrattuale degli scambi che si svolgono nel commercio internazionale e nel cyberspazio e la tutela dei piú deboli, la disciplina del caso concreto, che risulta dal concorso di usi, prassi, principi della *lex mercatoria* oppure protocolli informatici, non si sottrae al controllo dell'interprete.

In questa direzione, il ricorso all'ordine pubblico<sup>49</sup>, fondato su un'accezione unitaria<sup>50</sup>, e il giudizio di meritevolezza appaiono

---

<sup>47</sup> Supplemento straordinario alla Gazzetta Ufficiale, n. 245 del 19 ottobre 2022, 100.

<sup>48</sup> Inoltre, secondo la Relazione illustrativa, per le ipotesi nelle quali le parti non abbiano previsto nulla, l'art. 822 cod. proc. civ. statuisce «in conformità al principio indicato nell'articolo 28 delle norme modello UNCITRAL».

<sup>49</sup> Sottolinea U. MORELLO, *L'efficacia*, cit., 292, la «scarsa attitudine» della *lex mercatoria* nel violare i principi dell'ordine pubblico, aggiungendo – ID., *L'efficacia*, cit., 293 – che i limiti all'autonomia negoziale «sono quasi sempre discutibili e frutto piú di una prassi, una consuetudine applicativa acritica, piuttosto che di chiare regole del nostro sistema».

<sup>50</sup> In favore della concezione unitaria dell'ordine pubblico G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 7 s., 56 e 63. Cfr., inoltre, L. LONARDO, *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri. Il problema del «confronto»*, Napoli, 1984, 143 ss.; diffusamente

imprescindibili al fine di un’applicazione della *lex mercatoria* conforme ai principi costitutivi il vigente ordinamento<sup>51</sup>. Con particolare riguardo al giudizio di meritevolezza, giova osservare che la dottrina fautrice della *lex mercatoria* quale eccezione al diritto statale<sup>52</sup> osservava che tale controllo, sancito dall’art. 1322, comma 2, cod. civ., «è influenzato dalla uniformità internazionale del modello contrattuale. Per quanto il giudice debba, a rigore, esprimere quel giudizio sulla base del suo ordinamento, egli esita a giudicare invalido, alla stregua di questo, un modello contrattuale ovunque riconosciuto come valido». In altri termini, «egli sarà consapevole dell’isolamento economico nel quale altrimenti collocherebbe il proprio Paese nel contesto dei mercati internazionali; sarà portato ad esprimere il giudizio di meritevolezza, piuttosto che rispetto al solo ordinamento interno, con riferimento ai principi accolti nelle “nazioni di civiltà affine”: ciò che è valido in tutte queste nazioni non può non essere valido nella nostra nazione». La rispondenza all’uniformità internazionale e il ricorso ai principi comuni alle nazioni di civiltà affine rappresentano, in questa impostazione, lo strumento privilegiato

---

ID., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1992 (sul tema, inoltre, ID., *Rapporti transnazionali e diritto civile costituzionale*, Napoli, 1988, 50); P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 165 ss.

<sup>51</sup> Un ulteriore strumento di controllo può ravvisarsi nella buona fede, la quale – secondo E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 534 – «anziché legarsi a valori pubblicistici o ad esigenze dello Stato, [...] guarda ai valori fondamentali delle persone, quelli che affermano la propria effettività anche nei confronti dell’Unione Europea e che, per esigenze di civile convivenza, felicemente si coniugano con la stessa spontaneità della *lex mercatoria*».

<sup>52</sup> In particolare v. F. GALGANO, *Il contratto al posto della legge*, in ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 97. L’autore riprende la posizione esposta in ID., *La giurisprudenza*, cit., 363 s.

alla luce del quale vagliare la validità dei contratti del commercio internazionale.

Pur comprendendo i timori sottesi a tale posizione, più condivisibile appare il modello metodologico proposto da altra parte della dottrina<sup>53</sup> la quale, sin da anni lontani, ha ravvisato nella costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico – e del diritto civile e commerciale in particolare – un momento imprescindibile sul quale fondare la validità normativa. Secondo tale diversa ricostruzione, il criterio giustificativo di una regola negoziale, in un ordinamento costituzionale, non può rintracciarsi, aprioristicamente, nella uniformità internazionale della pattuizione contrattuale<sup>54</sup> quanto nell’efficacia attuativa, in positivo, della

---

<sup>53</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss. (ora in ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 109 ss.). Sul dovere di ogni giudice di effettuare un’interpretazione in funzione applicativa della Costituzione, ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L’interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006, 1 ss.; cfr., inoltre, ID., *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 1, 2017, 1 ss. (Per una compiuta ricostruzione del significato della precettività delle norme costituzionali nel pensiero di P. Perlingieri v. P. FEMIA, *La via normativa. Pietro Perlingieri e i valori costituzionali*, in *Diritto Civile del Novecento*, cit., 359 ss.). Contro le ambiguità sottese alle formule ‘interpretazione costituzionalmente orientata’ e ‘rilettura delle disposizioni ordinarie alla luce della Costituzione’, G. PERLINGIERI, *Sul giurista*, cit., 394. L’interpretazione conforme non costituisce una funzione separata del controllo di costituzionalità ma è in esso integrata per P. FEMIA, *Voltare le spalle al destino: sistema aperto o aperture sistematiche?*, in C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza*, trad. it., Napoli, 2009, 202. Ricostruisce, accuratamente, l’evoluzione del rapporto tra Costituzione e diritto privato negli ultimi sessant’anni N. LIPARI, *Costituzione e diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1255 ss.

<sup>54</sup> Critiche alla possibilità di reputare senz’altro valido ciò che è valido nelle nazioni di civiltà affine in P. PERLINGIERI, *Mercato*, cit., 262 s., testo e ntt. 94 e 95 (cfr., tuttavia, F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 97, nt. 11); nonché P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in ID., *Il diritto*, cit., 427 ss.; I. PRISCO, *Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto*, in *L’interpretazione secondo*

matrice solidaristica e personalistica dell’ordinamento costituzionale<sup>55</sup> e nelle esigenze di giustizia sostanziale che informano il giudizio di meritevolezza<sup>56</sup>, quale strumento che

---

*Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche, II. Diritti reali, Obbligazioni, Autonomia negoziale, Responsabilità civile, a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, Napoli, 2012 (ulteriormente rivisto ed aggiornato nella 2ª edizione, Napoli, 2021), spec. p. 153 s., secondo la quale la predetta posizione finisce con il sostituire l’ordine economico’ alla legalità costituzionale; G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine*, cit., 66 ss., testo e nt. 110; M. PENNASILICO, *Dal “controllo” alla “conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contratto e impresa*, 2020, 846.*

<sup>55</sup> Per una rilettura dell’autonomia negoziale alla luce della solidarietà e del personalismo, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 885 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 164 ss. Nella stessa direzione E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione*, cit., 134 ss.

<sup>56</sup> Sul giudizio di meritevolezza quale controllo di conformazione dell’autonomia negoziale alla legalità costituzionale, distinto dal controllo di liceità, che invece individua un limite esterno non valicabile dall’autonomia negoziale, P. PERLINGIERI, *Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 205 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV. *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 99 ss. Si sofferma sulle diverse ricadute applicative dei giudizi di meritevolezza e di liceità S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D’Ambrosio, Napoli, 2017, 391 ss. e 402 ss. (ID., *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale. Spunti ricostruttivi, profili applicativi*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, 173 ss.). Nella medesima cornice ricostruttiva V. RIZZO, *Atti di «disposizione» del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 618 ss.; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 459 ss. e 473 ss.; I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017, 20 ss.; F. MAISTO, *Per una teoria dell’osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, in *Annali SISDiC*, 2018, 123 ss.; M. PENNASILICO, *Dal “controllo”*, cit., 829 ss.; E. GIORGINI, *Meritevolezza e conformazione degli strumenti finanziari derivati all’interesse dell’investitore ex artt. 47 cost. e 21 t.u.f.*, in *Foro nap.*, 2018, 548 ss. Il tema è affrontato da diverse angolazioni, riconoscendo un ruolo più limitato al principio di meritevolezza, da F.



connota dall'interno la manifestazione di volontà delle parti e che si aggiunge a quello di liceità. La scarsa utilità del criterio che rinvia a ciò che vige ed è diffuso in altri Paesi è evidente, del resto, in talune pronunce giurisprudenziali: esemplificativo è che all'argomento secondo il quale la clausola ‘claims made’ dovrebbe

---

GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss. e 64; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, 423 ss.; A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 221 ss.; R. SACCO, G. De Nova, *Il contratto*<sup>3</sup>, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 848 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 789 ss.; G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 615 ss. Su un piano più ampio, è opportuno ricordare che il concetto di meritevolezza ha la sua matrice nell'impostazione di Emilio Betti, il quale lo concepiva come limite ulteriore rispetto a quello di liceità, teso a vagliare, in un'ottica produttivistica, che il contratto fosse socialmente utile (E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, 33; ID., *Teoria generale del negozio giuridico* [1943], rist. corretta della 2<sup>a</sup> ed. [1960], *Introduzione* di G.B. FERRI, a cura di Crifò, Napoli, 1994, 193). Su tale impostazione e sulla congruenza della funzione sociale e della meritevolezza ai principi del fascismo M.N. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015*, a cura di F. Macario e M.N. Miletto, Roma, 2017, 9 ss.; M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascismo del regime (1918- 1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, 2015, 63 ss.; C. CREA, *Emilio Betti: riflessioni sul negozio giuridico*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa, Scuola estiva dell'ADP, 5-8 settembre 2018, Univ. degli Studi di Camerino*, II, a cura di G. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2019, 519 ss.; M. PENNASILICO, *La causa negoziale oltre il pensiero di Emilio Betti*, in *L'attualità*, cit., 781 ss.; ampiamente, E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019, spec. 7 ss. Più in generale, per una ricostruzione della dottrina civilistica nel periodo fascista, P. FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, Napoli, 2013, 33 ss., spec. 38 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Le culture giuridiche nel fascismo*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1105 ss.

reputarsi valida in quanto «è diffusa in tutti i Paesi del mondo, e vietarla nuocerebbe all’economia nazionale»<sup>57</sup>, la Cassazione replica precisando che tale motivo e l’argomento secondo il quale la predetta clausola consentirebbe all’impresa di assicurazione risparmi sugli indennizzi «hanno ben poco di giuridico, e sono perciò irrilevanti»<sup>58</sup>.

Il discorso, articolato intorno ai negozi che si concludono nel commercio internazionale, è riferibile altresì ai contratti che scaturiscono dal ricorso a protocolli automatizzati: «l’esecuzione dell’algoritmo non chiude il cerchio [...], dovendo l’“effetto informatico” risultare necessariamente conforme alle norme ed ai principi dell’ordinamento giuridico (c.d. *Rule of Law*). In caso contrario, lo *smart contract* non avrà dignità per stare nell’ordinamento giuridico»<sup>59</sup>. Non può tuttavia tacersi che le categorie nazionali e i tradizionali strumenti di controllo dell’autonomia negoziale subiscono adattamenti in ragione delle peculiarità sottese agli *smart contracts* e, in generale, all’impiego di algoritmi o codici informatici: si pensi, a titolo esemplificativo, al controverso tema concernente l’applicabilità allo *smart contract* della disciplina codicistica in tema di patologie contrattuali<sup>60</sup> oppure

---

<sup>57</sup> Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Corriere giur.*, 2018, 465 ss., con commento di F.A. MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*. Sul tema si rinvia a T. FEBBRAJO, *Clausole claims made e controllo di meritevolezza*, Napoli, 2019, 77 ss. Invece, per degli esempi nei quali il peso del mercato abbia inciso sulla decisione, v. M. FRANZONI, *Il contratto*, cit., 80 ss.

<sup>58</sup> Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465, cit.

<sup>59</sup> F. LONGOBUCCO, *Utopia*, cit., 86 (corsivo originale). Prima ancora, l’esigenza di un controllo è affermata da E. GIORGINI, *Algorithms and Law*, in *The Italian Law Journal*, 2019, 139.

<sup>60</sup> Cfr., con diversità di posizioni, GIUS. FINOCCHIARO, *Il contratto nell’era dell’intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.; P. FEMIA, *Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico*, in *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14° Convegno Nazionale SISDiC (Napoli, 9-11 maggio 2019), Napoli, 2020, 65 ss.; N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di*

di quella consumeristica a tutela del contraente debole<sup>61</sup>, nonché al distinto ruolo che gli strumenti di controllo dell'autonomia negoziale assumono in relazione a contratti conclusi con il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale<sup>62</sup>. Il discorso sui rimedi e sulle categorie civilistiche riferibili alla contrattazione algoritmica oppure allo smart contract condurrebbe lontano, oltre i limiti della presente indagine. Ciò che rileva è aver posto il problema e aver dato conto del fatto che anche gli scambi che si svolgono nel mondo virtuale o che appaiono governati dalla *lex informatica* – sebbene con taluni adattamenti, stante l'impossibilità di realizzare una pedissequa trasposizione delle categorie nazionali nello spazio virtuale – non si sottraggono ai limiti e ai controlli che garantiscono la conformità del regolamento contrattuale all'ordinamento

---

*'smart contract', in 'Blockchain' e 'smart contract'. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, a cura di R. Battaglini e M.T. Giordano, Milano, 2019, 323; C. PERNICE, “Smart contract” e automazione contrattuale: potenzialità e rischi della negoziazione algoritmica nell'era digitale, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2019, 117 ss.; A.U. JANSSEN, F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 45; M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina in tema di contratto*, Bologna, 2021, 52 s.; A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 421 s.; E. BIVONA, *Smart contract e “interferenze” con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, in *Pers. e merc.*, 2021, 792; I. MARTONE, *Gli Smart Contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022, 150 ss.; A. CINQUE, *La Blockchain. Smart contract. Cripto-attività. Applicazioni pratiche*, Pisa, 2022, 101; A. ALPINI, *I vizi del consenso fra contratto e trattamento dei dati: la riconoscibilità dell'errore*, in *u-pad.unimc.it*, 2, 2022, 39 ss.

<sup>61</sup> M. GIACCAGLIA, *Gli Smart Contract. Vecchi e nuovi(?) paradigmi nella prospettiva della protezione dei consumatori*, in *dimt.it*; B. SIRGIOVANNI, *Lo ‘smart contract’ e la tutela del consumatore: la traduzione del linguaggio naturale in linguaggio informatico attraverso il legal design*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 214 ss.

<sup>62</sup> Sul ruolo marginale che i controlli di liceità e/o di meritevolezza svolgono nell'ambito della contrattazione algoritmica, A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 508.

giuridico e alla prospettiva di giustizia sostanziale a suo fondamento<sup>63</sup>.

Le criticità evidenziate, la settorialità della *lex mercatoria* e l'assenza di democraticità nel processo di creazione delle norme in Rete rivelano le fragilità di una costruzione teorica che elevi la *lex mercatoria* e le norme spontanee prodotte nello spazio virtuale al rango di sistemi normativi dotati di autosufficienza applicativa, non potendo predicarne l'autonomia dagli ordinamenti nazionali e dai relativi strumenti di controllo<sup>64</sup>.

### ABSTRACT

Con il crescente affermarsi di un'economia fortemente globalizzata, il monopolio dello Stato nella produzione delle regole giuridiche si avvia al declino e si assiste alla perdita di centralità della

---

<sup>63</sup> C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1235 ss. (e, sull'incidenza della tecnologia sulle categorie civilistiche, EAD., *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 72); D. DI SABATO, *Diritto e new economy*, Napoli, 2020, 167 ss. (nonché EAD., *Gli 'smart contracts': robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 378 ss.); M. GIACCAGLIA, *Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo 'smart contract' e sulla perdurante vitalità delle categorie civilistiche attuali e delle norme vigenti del Codice civile italiano*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 113 ss.; S. TROLANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum*, 2022, 60; F. LONGOBUCCO, *Utopia*, cit., 77 ss. Con attenzione al profilo dell'interpretazione, L. DI NELLA, *Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 74 ss. Approfondisce il tema della giustizia contrattuale nell'ambito della negoziazione algoritmica, tracciando le differenze con il problema dell'equilibrio contrattuale riferito allo *smart contract*, A. FEDERICO, *Equilibrio*, cit., spec. 506 ss. Con attenzione al problema della eterointegrazione dello *smart contract*, D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contratti*, 2020, 610.

<sup>64</sup> Osserva A.M. LUCIANI, *La nuova 'lex mercatoria'*, cit., 248, che «se la considerassimo un ordinamento giuridico, la *lex mercatoria* permetterebbe di sfuggire all'imperatività degli ordinamenti giuridici statali».

legge. Alle tradizionali forme della giuridicità si sostituisce il consolidarsi di un diritto uniforme e spontaneo, notoriamente identificato con il sintagma *lex mercatoria*. Spetta agli scritti di Francesco Galgano il merito di aver ricostruito in chiave storica i rapporti tra la *lex mercatoria* e il diritto commerciale e di aver posto le fondamenta di un discorso metodologico che ha sollecitato il dibattito scientifico successivo.

Il tema si evolve alla luce dei mutamenti sottesi agli scenari attuali, nei quali alla globalizzazione economica si aggiunge quella tecnologica e alla *lex mercatoria* si affianca la *lex informatica* o *digitalis*. Piuttosto che sistemi normativi dotati di autosufficienza applicativa, l'insieme eterogeneo di modelli contrattuali, prassi, usi commerciali, lodi arbitrali, principi generali della *lex mercatoria*, protocolli di Rete e codici digitali memorizzati ed eseguiti su reti ‘blockchain’ può reputarsi costitutivo dell'articolato ma pur sempre unitario sistema normativo nazionale.

A fronte della incapacità del mercato di garantire l'equilibrio contrattuale degli scambi che si svolgono nel commercio internazionale e nel *cyberspazio*, la disciplina del caso concreto, che risulta dal concorso di usi, prassi della *lex mercatoria* e protocolli informatici, non si sottrae ai controlli dell'interprete che garantiscono la conformità del regolamento contrattuale alla prospettiva di giustizia sostanziale a fondamento dell'ordinamento giuridico.

With the increasing rise of a highly globalized economy, the monopoly of the state in the production of legal rules is set to decline and there is a loss of the centrality of law. Traditional juridical forms are replaced by the consolidation of a uniform and spontaneous law, famously identified with the syntagma *lex mercatoria*. Francesco Galgano's works merit the historical reconstruction of the relationship between *lex mercatoria* and commercial law and the laying of the foundations of a

methodological discourse that has prompted subsequent scholarly debate.

The theme evolves in light of the changes underlying current scenarios, in which economic globalization is joined by technological globalization, and the *lex mercatoria* is complemented by the *lex informatica* or *digitalis*. Rather than regulatory systems endowed with applicative self-sufficiency, the heterogeneous set of contractual models, practices, commercial usages, arbitration awards, general principles of the *lex mercatoria*, Network protocols, and digital codes stored and executed on blockchain networks can be considered constitutive of the articulated but still unitary national regulatory system.

In the face of the market’s inability to guarantee the contractual balance of exchanges taking place in international commerce and cyberspace, the regulation of the concrete case, which results from the concurrence of customs, *lex mercatoria* practices, and computer protocols, does not escape the interpreter’s checks that ensure the conformity of the contractual regulation with the perspective of substantive justice that underlies the legal system.

ORIANA CLARIZIA

Email: [oriana.clarizia@unina.it](mailto:oriana.clarizia@unina.it)