

LA REGOLAMENTAZIONE DELLE BORSE MERCI NEGLI INTERSPAZI DEL DIRITTO*

di Veronica Caporrino**

Sommario. 1. L'ordine giuridico creato dai mercati. – 2. La Borsa europea del commercio. – 3. Le Borse merci nell'ordinamento giuridico italiano. – 4. Il modello francese. – 5. L'esperienza inglese. – 6. Il modello statunitense. – 7. Le Borse merci telematiche. – 8. Note finali.

81

1. L'ordine giuridico creato dai mercati. L'estendersi oltre i confini nazionali dei processi di scambio, lo sviluppo di tecnologie informatiche, la nascita di mercati finanziari transazionali hanno modificato anche il diritto. La relazione tra la struttura della società e la cultura del diritto appare connessa al cambiamento degli attori della vita giuridica e alla perdita di esclusività che il soggetto statale ha subito nel suo ruolo di *law-maker*¹. Nello scenario giuridico globale si sono affacciati attori ben diversi da quelli tradizionali. Il processo giuridico² oggi cede ad un contesto in cui la globalizzazione produce il *breaking frame* del moderno diritto³. La frammentazione dei nuovi attori si spalma su più livelli, geografici e settoriali⁴. Si delinea un contesto nel quale i meccanismi di controllo e il bilanciamento degli interessi in gioco diventano claudicanti. Tutto ciò richiede un dialogo con l'esperienza vivente⁵.

«Il nuovo diritto globalizzato, nato da esigenze economiche, volto a soddisfare i bisogni degli uomini di affari, non costretto in leggi, non costretto nella volontà solitaria di un legislatore supremo e distaccato, nasce dai fatti, vi si mescola, ne resta intriso, resta impregnato di una intrinseca fattualità. Se il diritto degli Stati è sorretto e controllato dal canone della validità, cioè della corrispondenza a modelli generali autoritari e autorevoli, [...] il nuovo diritto globalizzato tende alla effettività, non è pensabile se non come diritto effettivo, non importa se grondante di informalità, una informalità che nemmeno le categorizzazioni di esperti e di teorici riescono a cancellare»⁶. Il cambiamento nell'universo globale pare si affermi come ordine delle organizzazioni internazionali e delle forze private del mercato, in uno spazio globale che tende ad essere sconfinato⁷.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professoressa Associata di Diritto privato comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ Così testualmente, M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 101.

² Così, M. Weber, *Economia e società (1922)*, I, Milano, 1968.

³ L'espressione riprende il titolo di uno studio di G. Teubner, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 17.

⁴ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 95.

⁵ M.C. Lombardi, *Poesia del silenzio*, in *Poesie*, 2001, 153, 5.

⁶ P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *lectio doctoralis*, del 24 ottobre 2005, Aula Magna della Università di Bologna.

⁷ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006.

2. La Borsa europea del commercio. L'ordine giuridico creato dai mercati ha carattere complesso. Vi è un percorso giuridico, a tratti incerto e accidentato, che produce un variegato repertorio di strumenti giuridici in cerca di validazione. Il diritto sembra essere legato a processi economici e politici che vanno nella direzione di una de-politicizzazione, decentralizzazione e de-formalizzazione. La società si differenzia su scala globale erodendo l'importanza dei confini territoriali⁸ e produce una enorme richiesta di normatività non statale che va alla ricerca di un suo riconoscimento. In tale direzione, i regimi privati globali hanno dato vita ad un diritto globale al di fuori dello Stato, producendo delle aspettative normative in cerca di validazione giuridica. Ciò comporta la nascita di un diritto eterarchico, policontesturale e senza unità politica. È un diritto che deriva da regole paralegali che sono prodotte ai margini del diritto, al suo confine con il processo economico e tecnologico⁹. A un diritto per definizione *hard*, che si colloca nel tradizionale modello di *government (command and control* nella versione aglosassone), si affiancano forme di regolazione *soft*, eteronome o autonome, che arricchiscono l'ambito di una *new governance* eterarchica, policentrica, diffusa, fondata sull'idea di una democrazia deliberativa, sulla pluralità dei mondi privati autoregolati, sulla rete come nuovo paradigma del diritto statale, internazionale e sovranazionale¹⁰.

L'autonomia del settore privato si manifesta in modalità sempre più transnazionali. Secondo alcuni autori¹¹ non ci stiamo muovendo verso un ennesimo aggiornamento del concetto di sovranità (da nazionale a sovranazionale), bensì verso il suo tramonto: il luogo della sovranità, occupato finora dallo Stato-nazione è semplicemente «vuoto». Assistiamo all'emergere di un nuovo paradigma giuridico «post-sovrano». L'ottica del pluralismo giuridico sembra adeguata a rappresentare l'organizzazione giuridica post-sovrana. Sia a livello regionale¹² (come l'Unione europea può dimostrare), sia a livello mondiale, si delinea l'immagine di un ordinamento composto da sfere decisionali diverse dagli Stati e dotate di un certo grado di autonomia.

Tale assunto potrebbe essere sperimentato con riferimento all'attività svolta dalle Borse merci¹³ che operano sui mercati internazionali. Il primo modello di studio è quello europeo. La Borsa Europea del Commercio è stata inaugurata nel 1961, su iniziativa delle Borse di Mannheim e Strasburgo. Essa ha sede a Strasburgo ed è composta da 38 Borse afferenti a 12 Paesi diversi. La sua importanza e la sua influenza vanno ben oltre la portata degli affari commerciali che avvengono in seno alla medesima. In essa operano le Borse merci dei mercati cerealicoli ma anche gli operatori del settore terziario. Il suo compito principale è l'organizzazione di «giorni». Ogni anno, in una città europea, la Borsa Europea del Commercio attesta il proprio carattere rappresentativo delle attività dei suoi membri. In tale occasione gli attori del settore cerealicolo si incontrano per discutere delle prospettive di mercato, per stabilire e consolidare i legami di reciproca fiducia che li legano al fine di creare una rete di sviluppo che generi un impatto positivo sulla politica delle autorità competenti.

⁸ Sull'affievolimento del rapporto tra sovranità e territorio, v. M. Taruffo, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 110.

⁹ G. Teubner, «*Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*», in *Global Law without a State*, a cura di G. Teubner, Dartmouth, 1998, 12. Cfr., per un approfondimento, N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.

¹⁰ Cfr. F. Ost e M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pur une théorie dialectique du droit*, Brussel, 2002.

¹¹ J. Habermas, *La costellazione postnazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002.

¹² Per una riflessione dettagliata sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto privato si veda, AA. VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti. Atti del 4° Convegno Nazionale*, 16-17-18 aprile 2009, Grand Hotel Quisisana – Capri, Napoli, 2010.

¹³ E. Bani, *Le borse merci*, Milano, 2009.

L'obiettivo che la Borsa si pone è la definizione di un unico contratto europeo per la compravendita delle agro-commodities, realizzando una ipotesi di standardizzazione dei contratti.

3. Le Borse merci nell'ordinamento giuridico italiano. Per presentare un modello di studio in merito alla predisposizione di contratti standardizzati richiamiamo l'ordinamento giuridico italiano.

Il decreto ministeriale del 20 dicembre del 2000, attribuisce alle Camere di commercio il compito di adottare norme tecniche, delegando, così, alle medesime la funzione di dettare le regole sulle modalità di gestione delle negoziazioni e la relativa vigilanza nonché sulle modalità di accesso alle stesse da parte degli operatori economici. Si tratta di una vasta gamma di azioni collocate lungo la scala pubblico/privato che attribuisce a tali soggetti la possibilità di giocare come co-decisorio delle regole e di divenire anch'essi, unitamente agli altri, «mercanti del diritto»¹⁴. Ci troviamo di fronte a soggetti chiaramente non giuridici e dichiaratamente economici che, pur nella loro autonomia normativa, abbisognerebbero di una costante e continua assistenza giuridica. Tralasciando gli aspetti organizzativi di questi istituti ciò che rileva è la constatazione che si tratta di settori nei quali le aggregazioni di categoria non soltanto gestiscono ma addirittura disciplinano e controllano questi istituti. Nonostante essi trovino la loro disciplina nella legge del 1913 e nel relativo regolamento esecutivo, che funge da mera legittimazione dei regolamenti interni delle singole Borse, esse hanno, sin dall'inizio, operato creando regolamentazioni funzionali differenziate fra le varie piazze, favorendo la frammentazione delle norme giuridiche e dunque, della regolamentazione dei mercati. La situazione è in parte cambiata con la costituzione della Borsa merci telematica avvenuta con provvedimento legislativo¹⁵, che ha soltanto ratificato le modifiche nel frattempo intervenute nel settore e rilevate dagli operatori pratici, i quali in questo scenario non soltanto possono vendere al prezzo più conveniente ma possono utilizzare pratiche speculative collegate alla variazione del prezzo. Il decreto del Ministro delle attività produttive del 9 marzo 2002 ha riconosciuto il ruolo di gestione della piattaforma telematica e dei servizi ad essa connessi alla società Meteora spa. Soltanto con decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali del 6 aprile 2006, n. 174 è stata istituita la Borsa merci telematica italiana (BMTI) e la Deputazione nazionale che, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza e controllo, si avvale dell'ausilio della società di gestione al fine di assicurare la trasparenza e la correttezza dei comportamenti sul mercato. Accanto al regolamento generale della BMTI esistono una serie di regolamenti speciali di prodotto che disciplinano i singoli mercati e sono adottati dalla Deputazione nazionale su proposta della società di gestione sentiti gli operatori della filiera riuniti in appositi comitati.

A organi pubblici è stato affidato il compito di provvedere all'organizzazione e ai controlli delle negoziazioni delle Borse merci ma ciò non preclude all'autonomia dei privati di esplicitarsi. In merito all'utilizzo di contratti standard, nel nostro ordinamento, l'adozione da parte degli operatori di contratti-tipo non prevede l'applicazione delle norme codicistiche per le condizioni generali di contratto contenute nell'art. 1341 c.c., in quanto il contratto non è predisposto da una delle parti ma da una associazione di categoria¹⁶.

¹⁴ Y. Dezelay, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, 1995.

¹⁵ Decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato del 20 dicembre 2000.

¹⁶ G. Santini, *Borse merci*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1987, 294. Cfr., in generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Milano, 349; C. DONISI, *Art. 1342*, in P. Perlingieri (a cura di), *Codice Civile*, Napoli, 1991, 371-372. Per la giurisprudenza, Cass. 6 agosto 2003, n. 11875, in *Giust. civ.*, 2003, 7; Cass., 29

Le Borse merci pur essendo delle strutture pubbliche presentano una forte componente di «accettazione», di partecipazione alle determinazioni da parte degli operatori privati¹⁷. Gli usi costituiscono «un testo contrattuale [...] che può ben dirsi ‘predisposto unilateralmente’, in quanto viene utilizzato dal proponente quale partecipe o beneficiario di una organizzazione, che, con lungo e ripetuto studio dei propri legali e successive deliberazioni dei suoi membri, l’ha compilato e poi aggiornato nell’interesse di una determinata categoria di imprenditori»¹⁸. La scelta del tipo contrattuale da parte della Borsa Europea del Commercio richiama il tema dell’autonomia contrattuale. È utile ribadire che il contratto, anche quello tipico, deve essere sempre sottoposto al controllo di meritevolezza. Le parti sono libere di determinare il contenuto contrattuale, di scegliere il tipo contrattuale purché volti a realizzare interessi meritevoli di tutela. La predisposizione di contratti standard nell’ambito dell’azione delle Borse merci sollecita una riflessione riguardo l’incidenza della telematica¹⁹ sulla formazione dell’accordo e la dibattuta configurabilità delle trattative precontrattuali²⁰. Su quest’ultimo punto, in dottrina, vi sono due teorie²¹. Il contratto telematico, secondo la teoria della «oggettivazione dello scambio», in mancanza di trattative, andrebbe ricondotto al modello dell’adesione non negoziale a contratto predisposto o, addirittura, dello scambio senza accordo, così come esposto da Natalino Irti. Secondo la teoria «consensualistica», i contratti telematici hanno natura negoziale in virtù della libertà di accettare l’accordo; dunque, si ritiene non esistente tale accordo negoziale non tanto perché mancano le trattative ma perché manca il potere dell’oblato di rifiutare²².

4. Il modello francese. Nell’ordinamento giuridico francese la disciplina dei *marchés et halles* in origine era affidata principalmente a forme di regolamentazione di carattere municipale che vedevano coinvolte le *Mairies*, enti locali direttamente interessati che esercitavano anche funzioni di polizia annonaria. A partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, su tale impostazione di base si è venuta a innestare una regolamentazione nuova che ha inciso sia sui poteri attribuiti alle collettività territoriali, sia sulle modalità d’esplicazione del commercio, sia, infine, sul soggetto gestore del singolo mercato e sulle modalità di operare dell’ente come soggetto regolatore e soggetto economico rilevante. Nel quadro dei *marchés et halles* descritto, importante punto di svolta appare essere il *décret n. 62-795 du 13 juillet 1962* che crea in Francia il primo *marché d’intérêt national* in un ambito territoriale prossimo alla stessa città di Parigi (*Rungis e Chevilly-Laure*). Tale decreto disciplina il trasferimento delle *Halles centrales* sulla piazza commerciale di Parigi e, grazie al collegato *arrêt du 31 mars 1967*, regola le operazioni e le transazioni relative ai prodotti che devono essere ivi commercializzati, imponendo per via amministrativa un accentramento degli scambi di tipologie di beni primari e di prodotti agro-alimentari. Il *Livre VII* del *Code de commerce* al *Chapitre I^{er}* del *Titre VI*, agli artt. da L761-1 a L761-11, detta la disciplina dei mercati d’interesse

novembre 1991, n. 12835, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1512; Trib. Genova, 25 luglio 1949, in *Foro it.*, 1950, c. 364, con nota di A. Scialoja, *Natura ed efficacia dei c.d. usi cotonieri*.

¹⁷ Per un’analisi approfondita sull’argomento, v. E. Bani, *Le borse merci*, cit.

¹⁸ Così, A. Scialoja, *Natura ed efficacia degli usi cotonieri*, cit., 373.

¹⁹ Per una visione d’insieme sul tema, si rinvia a E. Tosi, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2020.

²⁰ Sul tema, G. Perlingieri, F. Lazzairelli, *L’incidenza della telematica sulla formazione dell’accordo. La discussa configurabilità delle trattative precontrattuali nei contratti standard (o di massa)*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell’informatica*, Napoli, 2016, 281.

²¹ La visione dottrinale è ben evidenziata da R. Trezza, *Il contratto nell’era del digitale e dell’intelligenza artificiale*, in *Dir. econ.*, 2021, 2, 293.

²² N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss. Cfr., A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, 161 ss.

nazionale, la quale mira a stabilire norme dirette a favorire la liberalizzazione delle operazioni che si svolgono su tali mercati²³.

L'art. L761 del *Code de Commerce* definisce i mercati di interesse generale come «servizi pubblici di gestione di mercati, il cui accesso è riservato ai produttori e ai commercianti che contribuiscono all'organizzazione e alla produttività dei circuiti di distribuzione dei prodotti agricoli e alimentari, alla promozione della concorrenza in questi settori economici e alla sicurezza alimentare dei cittadini». Da tale definizione si ricava che nei mercati d'interesse nazionale le attività di «polizia amministrativa», esercitate dal gestore o dal soggetto da questi delegato, è circoscritta alla definizione della regolamentazione dell'accesso al mercato e della regolazione dell'attribuzione delle piazze disponibili su ciascuno di essi; a esso si affiancano rilevanti poteri di vigilanza e di controllo da parte di organismi statali. Sembra che l'intersezione interesse pubblico e interesse privato come «non possono essere fisiologicamente in conflitto così non possono non essere presenti in ogni attività giuridicamente rilevante»²⁴.

Grazie alla forza economica di tali mercati, sono i soggetti gestori a reperire in autonomia le fonti di finanziamento necessarie per realizzare interventi di miglioramento dei servizi, della logistica del mercato o delle sue strutture e servizi. Si dissolve, in tal senso, il legame (finanziario) tra il mercato e il soggetto pubblico. Inoltre, la possibilità offerta dal *Code de commerce* di insediare un mercato di interesse nazionale su terreni di proprietà privata, vale a confermare quanto sopra detto.

Un'altra figura presente sul mercato agricolo francese è costituita da *le marché au cadran*, mercato caratterizzato dall'offerta di prezzo al ribasso sia per quanto riguarda il commercio all'ingrosso sia quello al dettaglio. In tale contesto, acquirenti e venditori, riuniti nelle *Sociétés d'intérêt collectif agricole (SICA)*, si impegnano ad acquistare e a vendere soltanto nel mercato di riferimento. Tale sistema mira a tutelare i soggetti associati in quanto, a prescindere dal prezzo di aggiudicazione di una singola partita di merci, il prezzo effettivamente pagato dall'aggiudicatario sarà pari al prezzo medio di quella tipologia di prodotto commercializzata su quel mercato in quella determinata giornata. In tal modo, da un canto si offre una particolare tutela giuridica alle posizioni degli attori del mercato e dall'altro si tenta di porre in essere misure di sostegno a favore delle produzioni agricole. È la conformità del meccanismo di fissazione del prezzo di mercato rispetto alle regole concorrenziali sia europee sia nazionali a tutelare le produzioni nazionali; questo potrebbe rilevare una possibile ipotesi di configurazione di intese vietate dalle disposizioni del diritto dell'Unione europea²⁵. Tali metodologie contrattuali e commerciali rientrano nelle eccezioni disciplinate nell'art. L420-4 del *Code de commerce*; nonostante la legittimità in astratto di tale meccanismo di determinazione del prezzo, vige il divieto di introdurre, da parte di una società di interesse collettivo agricolo

²³ Per una ricostruzione storica dettagliata, v. E. Bani, *Le borse merci*, cit.

²⁴ Per una disamina sull'argomento, v. P. Perlingieri, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 58-59.

²⁵ Per una definizione puntuale di intesa si rinvia all'opera di F. Munari, *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Il diritto privato dell'Unione europea* Tizzano, Torino, 2000, 1149 ss. L'art. 101 TFUE identifica espressamente alcuni casi paradigmatici di intese restrittive della concorrenza (vengono in rilievo: quelle che fissano direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita di prodotti e servizi, ovvero altre condizioni contrattuali; quelle che limitano o controllano la produzione, lo sviluppo tecnico ed economico, gli investimenti; quelle che ripartiscono i mercati; quelle che discriminano i produttori senza nessuna giustificazione economica; quelle che subordinano la stipulazione di accordi all'accettazione di clausole). Si tratta di ipotesi molto ampie, tali da ricomprendere tutti i casi di limitazione alla libertà di azione delle imprese sul mercato: è il caso di accordi mediante i quali il produttore operante in uno Stato membro vende al proprio distributore in un altro Stato membro, ma vieta a quest'ultimo di rivendere nel primo Stato (Corte giust., 28 marzo 1984, cc. 29/83 e 30/83, *José Pérez Naranjo c. Caisse régionale d'assurance maladie*).

che gestisce un *marché au cadran*, clausole di esclusiva nei contratti di adesione al fine di impedire forme di dipendenza economica da parte di alcuni soggetti presenti sul mercato rispetto ad altri.

5. L'esperienza inglese. Le Borse merci in Inghilterra hanno raggiunto il loro sviluppo nel periodo compreso tra la fine del 1800 e inizio del 1900. Il funzionamento di tali borse non è avvenuto secondo uno schema predefinito; la pratica ne ha fissato in maniera progressiva le regole. Parlare di Borse o Mercati delle merci induce di per sé a pensare a organizzazioni commerciali di operatori disciplinate da una rigida auto-disciplina²⁶.

Tra le Borse merci inglesi più importanti si menziona il *London Metal Exchange (LME)* con sede a Londra che rappresenta la borsa più importante al mondo per i metalli non ferrosi. Lo scambio dei metalli preziosi avviene presso il *London Bullion Market Association (LBMA)*, il *London Platinum and Palladium Market (LPPM)*. Si tratta di mercati *over-the-counter (OTC)*. La loro disciplina non trova collocazione in un regolamento e sono caratterizzati dall'assenza di controllo sulle negoziazioni sia in termini di obblighi informativi per quanto concerne i prezzi e le quantità, sia in termini di controllo sulle operazioni svolte dai partecipanti al mercato. La contrattazione dei prodotti alimentari avviene nel *London Sugar Futures Market - LSFM*. Esso è costituito da associazioni autonome governate da consigli di amministrazione cooptati fra i membri. Sono assistiti da segretariati che esercitano i poteri fissati nei regolamenti di mercato. Nonostante siano autonomi, essi sono sottoposti al controllo da parte della *Bank of England*. Essi, pur ricoprendo un ruolo fondamentale sullo scenario economico, sfuggono al controllo procedurale relativamente alle regole applicabili alle operazioni di contrattazione ma, al contempo, sono soggetti ad un controllo esercitato da un organismo che svolge funzioni di politica monetaria. Tra le materie prime più importanti si ritrova lo zucchero. Tutti i contratti negoziati nel mercato a termine (dello zucchero) di Londra devono essere registrati presso la *International Commodities Clearing House Limited (ICCH)*²⁷, una società indipendente che provvede a svolgere per conto del LSFM determinati servizi di compensazione e di liquidazione. Tale società, dotata di consistenti capitali e riserve, organizza la compensazione giornaliera degli affari e garantisce ai *Clearing Members*, in nome dei quali i contratti vengono registrati, la corretta esecuzione degli stessi, conformemente alle regole del LSFM. Il mercato in oggetto fornisce i servizi organizzati per la conclusione di contratti di acquisto o di vendita di merci da consegnare a una data stabilita, al fine di proteggere i commercianti di prodotti e merci di base contro i rischi di un andamento sfavorevole dei prezzi.

I mercati a termine internazionali di Londra, che rappresentano le principali piazze per il commercio internazionale dei prodotti di base, contribuiscono alla stabilità e al buon funzionamento degli scambi internazionali e dei meccanismi di fissazione dei prezzi su scala mondiale.

Emerge una considerazione che rileva da un punto di vista strettamente giuridico, seppur oggi anacronistica vista l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea: lo statuto e i regolamenti del LSFM sono considerati come accordi a norma dell'art. 105 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea – TFUE. Statuto e Regolamenti indicano i tassi minimi netti di commissione applicabili dai membri, i quali possono essere sospesi o esclusi qualora violino le relative regole. I tassi minimi di commissione variano in funzione di chi li paga o li

²⁶ A. Zecchi, *La riapertura delle Borse Merci in Gran Bretagna ed i criteri di controllo valutario della Banca di Inghilterra*, in *Moneta e Credito*, 1954, 231.

²⁷ Decisione della Commissione del 13 luglio 1987 relativa ad una procedura in applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE (IV-31.764 - Baltic International Freight Futures Exchange Limited), in GU 10 agosto 1987, n. L 222, 24.

riscuote (*clearing clients/non-clearing clients*). La riflessione, seppur non più attuale, pare sia interessante per le implicazioni che ne derivano sul piano pratico. Il sistema così delineato è stato considerato dalla Commissione come una forma di fissazione dei prezzi contraria alle disposizioni di cui all'art. 105, par. 1, TFUE. Per tale ragione il LFSM è stato invitato a rinunciare al sistema di tassi minimi fissi. Tutte le altre transazioni che si svolgono fra membri o fra membri e non membri comportano il pagamento di un diritto di commissione. La Commissione ha ritenuto che quest'ultimo non limita la concorrenza, in quanto esso comporta soltanto l'obbligo di percepire una commissione senza fare alcun riferimento alle percentuali. Ne consegue che esiste una totale libertà di negoziare le percentuali reali delle commissioni di mediazione; in tal modo, le operazioni effettuate all'interno di tali organizzazioni, benché non disciplinate da regole statali, concorrono a regolamentare aspetti rilevanti delle relazioni economiche.

6. Il modello statunitense. Discorrere di Borse merci negli Stati Uniti d'America equivale a evocare il concetto di «speculazione» che trova nelle parole del giudice Holmes un indizio in merito alla necessità di «prevedere il futuro». Egli nel 1905 ha affermato che *«people will endeavor to forecast the future and to make agreements according to their prophecy. Speculation of this kind by competent men is the self-adjustment of society to the probable. Its value is well known as a means of avoiding or mitigating catastrophes, equalizing prices and providing for periods of want. It is true that the success of the strong induces imitation by the weak, and that incompetent persons bring themselves to ruin by undertaking to speculate in their turn. But legislatures and courts generally have recognized that the natural evolutions of a complex society are to be touched only with a very cautious hand, and that such coarse attempts at a remedy for the waste incident to every social function as a simple prohibition and laws to stop its being are harmful and vain»*²⁸. E così, i legislatori e i giudici devono essere consapevoli che le evoluzioni della società vanno toccate con 'mano cauta' per tentare di porre rimedio a una eventuale dissipazione della funzione sociale. Le Borse merci statunitensi nascono come organizzazioni *non profit*. Il *Chicago Board of Trade (CBOT)*, fondato nel 1848 da un gruppo di 83 *businessmen*, rappresenta la borsa dei *futures* e delle opzioni sui cereali più grande al mondo. Al suo interno vengono trattate soprattutto derrate agricole come il mais, l'avena, la soia, la farina di soia e il frumento. In passato le attività di scambio si basavano sul sistema delle aste aperte; oggi le necessità dell'economia globale impongono l'utilizzo di un sistema di scambio elettronico. Il sistema delle aste disponeva di una propria regolamentazione, tanto che parte della dottrina ha parlato di una legislazione come *«is largely the saga of a single institution»*²⁹. Al fine di contrastare questa egemonia legislativa, furono emanate l'«*anti-gaming*» or «*anti-bucket shop*» laws - in an attempt to make it as difficult as humanly possible to trade futures in Chicago»³⁰. Nel 1936, dopo che il Congresso aveva apportato delle modifiche ai regolamenti della Borsa valori di New York, il Dipartimento dell'Agricoltura, sulla base dell'incostituzionalità del *Future Trading Act* del 1921, «on the ground that it was an attempt to regulate by means of the taxing power»³¹, emanò il *Commodity Exchange Act*.

In una decisione del 1889 la Corte affermò che *«sales for future delivery on the Board of Trade are not in and of themselves interstate commerce. They can not come within the regulatory power of Congress as such, unless they are regarded by Congress, from the evidence before it, as directly interfering with interstate commerce so as to be an obstruction or a burden thereon»*. Qui, è la Corte Suprema a sostenere che la regolamentazione del *Chicago Board of Trade* non deve sovrapporsi alla legislazione federale.

²⁸ *Board of Trade v. Christie Grain & Stock Co.*, 198 U.S. 236, 247-248 (1905).

²⁹ J.H. Stassen, *The Commodity Exchange Act in Perspective--A Short and Not-So-Reverent History of Futures Trading Legislation in the United States*, 39, in *Wash. & Lee L. Rev.* 1982, 826.

³⁰ T. Taylor, *Trading in Commodity Futures. A New Standard of Legality?*, in *Yale L. J.*, 1933, 43, 63.

³¹ *Hill v. Wallace*, 259 U.S. 44, 1922.

In tale direzione è facile capire che la regolamentazione del *Chicago Board of Trade* influenza le contrattazioni, come è stato affermato nel caso *New York & C. Grain and Stock Exch. v. Board of Trade*, dove si legge che il Chicago Board of trade «has become of vast commercial influence, and fixes the market values of grain and agricultural products for a large territory, and the fluctuations in prices upon its floors powerfully affect the market prices of the necessaries of life throughout the country and the world»³². Sembra che si tratti di un governo del diritto che passa attraverso il governo del commercio³³.

Lo strumento più usato all'interno delle Borse merci statunitensi è il *future*, contratto a termine con il quale si acquista o si vende un prodotto reale sottostante, speculando sulle *commodity*. I *futures* sono contratti standardizzati nei quali non deve essere indicata né la quantità, né la qualità, né le modalità di consegna. Se l'acquirente alla scadenza (i contratti *future* hanno diverse scadenze durante l'anno dipendendo dalle materie prime e fanno riferimento al mese di consegna della merce) non vuole ritirare la merce potrà demandare al *broker* di vendere un *future* sulla stessa materia prima, oppure potrà concludere il contratto più vicino, in termini di scadenza, e 'aprire' quello con una scadenza successiva, compiendo così un'operazione detta *rollover*, esponendosi al rischio di realizzare una perdita che potrebbe derivare dalla ineguale quotazione dei due contratti.

Il 12 luglio del 2007 il *Chicago Board of Trade* e il *Chicago Mercantile Exchange (CME)*, specializzato nella commercializzazione di prodotti deperibili come uova, burro e pollame, hanno dato vita, con una operazione di fusione, al *Chicago Mercantile Exchange Group (CME)*. Il *New York Mercantile Exchange (NYMEX)* è oggi la più grande borsa merci al mondo su materie prime e fa parte del *CME Group*. La regolamentazione del mercato dei *futures* è affidata ad un'agenzia indipendente, la *Commodity Futures Trading Commission (CFTC)*³⁴, creata dal Congresso nel 1974. Essa vigila sulle Borse e approva i contratti, assicura che i prezzi siano resi noti al pubblico e che i *traders in futures* comunichino le loro posizioni qualora superino determinati livelli. Essa promuove l'efficienza e la competitività dei mercati, protegge i partecipanti dal rischio di frodi e di pratiche commerciali abusive, assicurando al contempo l'integrità finanziaria del processo di compensazione. L'attività di controllo della Commissione è stata estesa anche agli operatori stranieri³⁵.

Il *Commodity Exchange Act (CEA)* regola la negoziazione di *futures* delle materie prime³⁶; esso è stato modificato dal *Commodity Futures Trading Commission Act* del 1974 che ha ampliato la nozione di merci, includendo «*all other goods and articles [...] and all services, rights and interests in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt*»³⁷.

Per ogni contratto *future* che viene negoziato deve essere specificato l'oggetto del contratto. Poiché possono esistere notevoli differenze nella qualità delle merci disponibili sul mercato,

³² *New York & C. Grain and Stock Exch. v. Board of Trade* 127 Ill. 153, 161, 19 N.E. 855, 858, 1889.

³³ A. Reich, *The WTO as Law-Harmonizing*, in *Journal Int. E. L.*, 2004, 362.

³⁴ Per un'analisi normativa e per una ricostruzione storica dettagliata, v. www.cftc.gov/lawregulation/doddfrankact/index.htm.

³⁵ 7 U.S.C. § 6i (1976); 17 C.F.R. §§ 15-20, 1979. Tale scelta è risultata non molto efficace; sul punto J. Markham, *Regulation of international transactions under the commodity exchange act*, in *Fordham L. Rev.*, 1979, 129, 133.

³⁶ La Commissione aveva ricevuto dal Congresso il mandato di assicurare che i prezzi sulle borse riflettessero la legge della domanda e dell'offerta invece che le manipolazioni o le eccessive speculazioni. In tale direzione il *Commodity Exchange Act* statuisce che «un'eccessiva speculazione su qualsivoglia bene sottoposto a contratto di vendita futura dello stesso bene [...] che causi fluttuazioni repentine o esorbitanti, o cambiamenti ingiustificati nei prezzi di tale bene, è un fardello non dovuto e non necessario per il commercio internazionale di questo bene». W. Engdahl, *Perhaps 60% of today's oil price is pure speculation*, in *Global Research*, May, 2008, 2.

³⁷ This amendment eliminated any distinction between regulated and nonregulated commodities and brought within the regulatory some traded commodities as cocoa, coffee, copper, foreign currencies, iced broilers, lumber, mercury, palladium, platinum, plywood, propane gas, silver, sugar and silver coins. 7 U.S.C. § 2, 1976.

la borsa deve precisare quali siano le qualità accettabili per quella merce. Per alcuni tipi di merci la regolamentazione prevede la possibilità di consegnare anche quantitativi con qualità diverse; in tal caso il prezzo di consegna viene rettificato tenendo conto dell'eventuale divergenza dalla qualità standardizzata indicata nel contratto³⁸. Il mandato dell'agenzia è stato più volte ampliato: il *Dodd Frank Wall Street Reform* dell'11 gennaio 2012 ne ha esteso i tempi. Il Congresso ha affermato che esso serve «[t]o promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system»³⁹. In particolare, esso ha come obiettivo quello di ridurre i rischi connessi alle negoziazioni, prevedendo nuove forme di trasparenza. La riforma ha stabilito che i negoziatori devono rispettare elevati *standards* di condotta al fine di promuovere l'integrità del mercato.

Negli Stati Uniti, tutte le Borse merci devono registrarsi presso la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC), a norma della Section 5 del *Commodity Exchange Act* (CEA) del 1936, autorità di vigilanza istituita per prevenire e rimuovere gli ostacoli al commercio interstatale, al fine di promuovere mercati competitivi, efficienti e trasparenti che aiutino a proteggere i consumatori da eventuali frodi e pratiche sleali⁴⁰. Il *Commodity Exchange Act*, che ne disciplina l'istituzione è definito come «a remedial statute that serves the crucial purpose of protecting the innocent individual investor-who may know little about the intricacies and complexities of the commodities market-from being misled or deceived»⁴¹. Si evidenzia l'intenzione del legislatore federale di sottoporre a controllo la regolamentazione emanata dalle Borse merci nella consapevolezza che, in generale, accanto agli Stati e ai diritti positivi si affiancano altre fonti di produzione del diritto facenti capo non a volontà politiche sovrane ma a forze economiche, sociali e culturali. Al vecchio monismo⁴² si va sostituendo un largo pluralismo giuridico che produce decentralizzazione, frammentazione, privatizzazione. In tale direzione, il diritto si libera del lambiccato monismo, reclamando di veder riconosciuta la sua effettiva articolazione pluralistica, il suo distendersi a rivestire le coagulazioni sociali più svariate⁴³.

7. Le Borse merci telematiche. Un dato che oggi va rilevato è che le Borse merci sono piattaforme telematiche e ciò non è privo di conseguenze giuridiche. La Borsa merci telematica italiana (BMTI) nasce da una iniziativa del Sistema camerale con lo scopo di ammodernare i propri servizi a supporto della commercializzazione dei prodotti agroalimentari e dare trasparenza al meccanismo di formazione dei prezzi. La negoziazione delle merci avviene per il tramite dei Soggetti Abilitati all'Intermediazione (SAI) che raccolgono e gestiscono gli ordini degli operatori accreditati alla BMTI.

È possibile effettuare transazioni sia per le *commodities* sia per i prodotti tipici e di qualità. Gli operatori accreditati possono anche avvalersi di servizi accessori alle contrattazioni, tra i quali l'assicurazione del credito e i servizi finanziari a garanzia e supporto della loro attività. La contrattazione dei prodotti avviene sulla base di una regolamentazione che riguarda tutti gli aspetti delle operazioni, le caratteristiche dei prodotti e la struttura del contratto di

³⁸ Sull'argomento, v. I. Degregori, *Contratti a termine*, Milano, 2011, 57 ss.

³⁹ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376, 1376, 2010.

⁴⁰ Commodity Futures Trading Commission, *Data Repositories*, August 17, 2021.

⁴¹ Tale definizione è contenuta in G. Schwartz, *Deriving an Understanding of the Extraterritorial Applicability of the Commodity Exchange Act*, *St. John's L. Rev.*, 2017, 91, 774.

⁴² S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969. La crisi dello Stato moderno è costata sotto un duplice profilo: come «effetto di forze disgregatrici» e come «fenomeno concernente le relazioni interstatali». L'a. afferma che in seno allo Stato, e spesso, contro di esso, si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che a loro volta tendono a unirsi e collegarsi fra loro; Id., *Oltre lo Stato*, Discorso inaugurale dell'a.a. 1917-1918, Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri, in *Riv. dir. pubbl.*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950.

⁴³ Così puntualmente, P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit.

compravendita, come anche le modalità di gestione dei contenziosi. In un ambiente competitivo in termini di costi, gli scambi elettronici stanno diventando sempre più diffusi. La Borsa merci telematica più importante in Europa è l'*Intercontinental Exchange* (ICE). L'unico scambio fisico di materie prime rimasto in Europa è il *London Metal Exchange*. Il LME è il centro mondiale per il commercio di metalli industriali: più di tre quarti di tutte le attività di *futures* sui metalli non ferrosi vengono scambiate in quel mercato.

Per quanto riguarda le Borse merci telematiche statunitensi il *New York Mercantile Exchange* ha introdotto sistemi elettronici di scambio delle merci dal 2006. Qui rileva un aspetto molto interessante in merito agli scambi di merci con operatori stranieri in quanto esiste «the primary impediment to such actions is the presumption against extraterritoriality, which embodies the longstanding principle of American law that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States»⁴⁴. Nel caso *Morrison v. Nat'l Austl. Bank LTD.*, la Corte Suprema ha stabilito «a framework to determine whether a claim is permissibly territorial in the context of the Securities Exchange Act»⁴⁵. La possibilità offerta dalle piattaforme telematiche delle Borse merci agli operatori stranieri, nell'evidenziare che i confini tra i mercati esteri e stranieri diventa labile soprattutto in termini di sicurezza delle negoziazioni, appronta un sistema di controllo delle operazioni. I partecipanti potrebbero, senza scrupoli, manipolare il prezzo delle merci⁴⁶ e creare delle distorsioni di mercato.

Al di là dall'organizzazione telematica di ogni singola Borsa, che qui va trascurato, un dato deve essere evidenziato. Le conseguenze giuridiche sottese allo scambio telematico richiamano il concetto di frode. Senza volere affrontare questo argomento e tutte le conseguenze che ne derivano per il mercato, ci si limita ad affermare che nel sistema degli scambi, l'eclissi della legalità può ricondursi a vicende di frode contrattuale. Il mercato è la risultante di accordi tra operatori liberi di decidere: imprenditori e consumatori. Il principio sul quale esso si fonda è il rispetto dei patti. La frode inquina l'accordo e, se diffusa, distrugge il mercato. Non è sufficiente il diritto privato generale dei contratti a regolare gli affari. La complessità del fenomeno impone di sofisticare il diritto per proteggere le parti dalle eventuali frodi. In tale ambito, un ruolo importante è svolto dall'etica che potrebbe rivelarsi un efficace strumento di protezione del diritto.

8. Note finali. L'analisi condotta mette in evidenza un aspetto importante: nel momento in cui si esplora, da parte del legislatore e della riflessione giuridica, la possibilità di una regolazione dell'economia diversa da quella pubblica tradizionale si torna a praticare e a teorizzare l'eteronoma predisposizione delle regole dell'agire economico. Lo studio dei diversi modelli ci ha permesso di individuare l'ordinamento giuridico che meglio di altri opera un efficace controllo sulla regolamentazione predisposta dalle organizzazioni in questione, che come noto, non dispongono di nessun potere legislativo. Ci si riferisce al sistema giuridico statunitense. Sia il Congresso sia l'organizzazione giudiziaria svolgono un'attenta attività di «valutazione» delle regole adottate.

Con riferimento alle Borse merci telematiche, ancora una volta è l'ordinamento statunitense a riservare un maggiore controllo sulle norme predisposte dalle medesime. In tale direzione, le operazioni telematiche effettuate da operatori stranieri sono soggette ad un controllo individuato e descritto dalla Corte Suprema nel caso *Morrison*. La Corte ha previsto due fasi

⁴⁴ *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 266-85, 2010.

⁴⁵ D.E. Kovel e A. McNeela, *The Commodities Exchange Act and the Presumption against Extraterritoriality: An Examination of Transnational, Platform-Based Electronic Trading under Second Circuit Precedent*, in *J. INT'L Bus. & L.*, 2019, 18, 147.

⁴⁶ D.E. Kovel e A. McNeela, op. ult. cit., 162.

per individuare la presunzione di extraterritorialità: nella prima fase il Tribunale deve verificare se il Congresso ha chiaramente espresso che le regole dell'organizzazione si estendono anche agli operatori stranieri. Se ciò non è previsto, il Tribunale deve instaurare una seconda fase «of the analysis which asks whether the case involves a permissible domestic application of the statute»⁴⁷. Ancora!

Dall'analisi del formante giurisprudenziale pare emerga l'intenzione di tutelare le negoziazioni di merci che avvengono tra operatori nazionali e operatori stranieri in un mercato globalizzato. Tale considerazione richiama il *Commodity Futures Modernization Act* (CFMA) del 2000, che ha fornito una regolamentazione più flessibile⁴⁸ in merito alla partecipazione di soggetti stranieri alle negoziazioni borsistiche. Esso ha stabilito che «board of trade shall endeavor to avoid [...] imposing any material anticompetitive burden in trading on the contract market»⁴⁹.

Lo studio comparatistico condotto evidenzia che dinanzi al progressivo indebolimento della sovranità statale ci si trova in presenza di regole giuridiche che non sono più un prodotto finito ma un *work in progress*⁵⁰, determinando soluzioni giuridiche che governano le relazioni economiche e che finiscono per forgiare anche le scelte degli attori statali. Tale mosaico giuridico richiede una ristrutturazione politica e istituzionale, mediante la riorganizzazione della struttura dei poteri. In tale prospettiva diventa utile tener presente che «il diritto, nella sua autonomia, forte delle sue radici nel costume sociale, ha vissuto e vive, si è sviluppato e si sviluppa anche al di fuori di quel cono d'ombra, anche fuori dei binari obbliganti del cosiddetto diritto ufficiale: conseguenza inevitabile di non essere dimensione del potere e dello Stato, ma della società nella sua globalità»⁵¹. Nel lavoro di ricostruzione intrapreso nulla può e deve apparire scontato. L'inadeguatezza di una costruzione giuridica ridotta a geometrie concettuali elaborate all'ombra della norma positiva e costantemente in tensione fra la tradizione della scienza giuridica e i principi, le regole e gli istituti giuridici tramandati all'interno di una realtà in divenire⁵², impone una riflessione ulteriore. Il diritto non può sottrarsi al riconoscimento della verità e al suo accertamento. Non vi può essere contrasto assoluto tra autorità e ragione⁵³; il buon legislatore è obbligato a coniugare il certo, che deriva dall'autorità e il vero che deriva dalla ragione⁵⁴. Il fine del diritto è la giustizia⁵⁵. «La 'verità', questo il primo assunto della filosofia antica e della sua esemplarità comportamentale, non può essere disgiunta dal diritto»⁵⁶.

Abstract. L'attività svolta dalle Borse merci sul panorama giuridico mondiale mostra l'immagine di un ordinamento composto da sfere decisionali diverse dagli Stati e dotate di un certo grado di autonomia. La possibilità di una regolazione dell'economia diversa da quella pubblica tradizionale implica la teorizzazione dell'eteronoma predisposizione delle regole dell'agire economico.

⁴⁷ *Nabisco, Inc. v. Eur. Cmty.*, 136 S. Ct. 2090, 2101, 2016.

⁴⁸ J.M. Falvey e A.N. Kleit, *Commodity Exchanges and Antitrust*, in *Berkeley L. J.*, 2007, 4, 134.

⁴⁹ *Commodity Exchange Act*, 7 U.S.C. § 7(d)(18) (2006).

⁵⁰ M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 59.

⁵¹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 62-63.

⁵² P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 302.

⁵³ G.B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, cap. LXXXII.

⁵⁴ P.V. Molinari, *La verità nell'ordinamento giuridico*, Conversazione tenuta il 29 ottobre 2004 in Cosenza nella sala dell'Accademia Cosentina.

⁵⁵ In questi termini, F. Viola, *Diritto vero e diritto giusto*, in *Persona y Derecho*, 1991, 24, 256.

⁵⁶ Così, F. Casucci, *L'avvenire s'impiglia nell'origine. L'educazione del giurista plurale*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, 19 ss.

Abstract. The activity carried out by commodity exchanges on the world legal scene shows the image of an order composed of decision-making spheres different from States and endowed with a certain autonomy. The possibility of a regulation of the economy different from the traditional public implies the theorization of the heteronomous arrangement of the rules of economic action.

Parole chiave. Borse merci – eteronomia – controllo.

Key words. Commodity exchanges – heteronomous – control.