

SAGGI E MONOGRAFIE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA
Collana diretta da FRANCESCO CAPRIGLIONE

3

NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO E CONTRASTO DELLA CRIMINALITÀ ECONOMICA

a cura di

LEONARDO DI BRINA

e

MARIA LAURA PICCHIO FORLATI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
CEDAM
2002

INDICE SOMMARIO

Introduzione (Leonardo Di Brina - Laura Picchio Fortati) pag. IX

ASPETTI GENERALI

STRATEGIE NORMATIVE DI CONTRASTO AL RICICLAGGIO DI DENARO DI PROVENIENZA ILLECITA

(Michele Corradino)

1. Trasformazione dei mercati, dimensione transfrontaliera e tecniche normative di contrasto al riciclaggio	pag. 1
2. Rapporti fra crisi degli intermediari e fatti di criminalità nella recente esperienza internazionale	» 4
3. Il ruolo della cooperazione tra Autorità nelle strategie di contrasto al riciclaggio	» 6
3.1. La liberalizzazione valutaria	» 10
3.2. Globalizzazione e conglomerati finanziari	» 12
3.3. Alcune forme di cooperazione tra Autorità	» 14
4. I principi adottati in sede internazionale e l'ordinamento italiano	» 16
4.1. La trasparenza della gestione: l'obbligo di sospensione ex art. 9, l. 5 luglio 1991, n. 197	» 18
4.2. <i>Know your customer</i> e obbligo di collaborazione	» 23
4.3. La trasparenza e l'onorabilità degli assetti proprietari	» 27
4.4. La necessità di estendere la normativa anticiclaggio a soggetti diversi dagli intermediari	» 31
4.4.1. L'attività di recupero crediti	» 32
4.4.2. L'attività delle società di servizi	» 32
4.4.3. L'art. 5, co. 3, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 153	» 35
5. Normativa sul sistema dei pagamenti e riciclaggio: l'inadeguatezza del livello di tutela. Conclusioni	» 37

ARBITRATO E STRUMENTI DI LOTTA ALLA CRIMINALITÀ TRANSNAZIONALE
RICONDUCCIBILI ALL'AUTONORMAZIONE ED ALLA LEX MERCATORIA

(Fabrizio Marrella)

Introduzione	pag. 41
1. Strumenti preventivi e di contrasto all'"illecito transnazionale" presso la CCI	» 42
2. L'elaborazione delle "ICC Rules of Conduct - Extortion and Bribery in International Business Transactions"	» 50
3. L'arbitro e l'"illecito transnazionale"	» 60
3.1. L'illecito commerciale transnazionale nella giurisprudenza arbitrale della CCI	» 72
3.1.1. L'inarbitrabilità delle controversie e la corruzione nel commercio internazionale: il lodo CCI n° 1110 del 15 gennaio 1963	» 75
3.1.2. Arbitri e giudici di fronte alla corruzione nel commercio internazionale: l'affare <i>Hilmarton</i>	» 76
3.1.2.1. Il lodo CCI n. 5622 dinanzi al giudice interno	» 86
3.1.3. <i>In pari causa turpitudinis</i> : il lodo CCI n. 6248	» 90
3.1.4. Il caso <i>Westman</i> , ovvero della miopia arbitrale e del disinteresse del giudice interno	» 91
3.2. Il possibile ruolo dell'arbitro nell'affermazione della <i>business ethics</i>	» 94
Conclusioni	» 98

PROFILI DI DIRITTO COMMERCIALE E DI VIGILANZA BANCARIA

SUPERVISIONE BANCARIA E LOTTA AL RICICLAGGIO

(Alberto Urbani)

1. Il contesto istituzionale: peculiarità delle funzioni della Banca d'Italia nell'ottica complessiva della lotta al riciclaggio	pag. 102
2.1. Lotta al riciclaggio e competenze delle c.d. "Autorità di Vigilanza". La Banca d'Italia tra "interessi" diretti e "interessi" riflessi: un primo cenno	» 107
2.2. (segue) Le diverse impostazioni organizzative del t.u. banc. e della legislazione antiriciclaggio e la posizione del Ministro del tesoro	» 108
2.3. (segue) Il nuovo ruolo dell'UIC come «autorità amministrativa centrale in materia di antiriciclaggio»	» 114

2.4. (segue) Compiti antiriciclaggio dell'Ufficio italiano dei cambi e sua qualificazione come «ente strumentale» della Banca d'Italia	» 121
2.5. (segue) L'art. 151 della l. n. 388/2000 e l'attribuzione all'UIC della veste di «unità di informazione finanziaria»	» 125
3.1. La collaborazione tra autorità nella lotta al riciclaggio: i rapporti tra le Autorità di vigilanza	» 127
3.2. (segue) Le c.d. «altre autorità» e la cooperazione in ambito sovranazionale	» 131
3.3. (segue) La collaborazione tra autorità nella normativa antiriciclaggio	» 133
3.4. (segue) Supervisione bancaria e rapporti con l'A.G. nel dialogo tra intenti comuni di repressione della criminalità economica e rispetto degli specifici ambiti di competenza	» 134
3.5. (segue) La collaborazione come canone comportamentale di carattere generale nei rapporti tra le autorità	» 141
3.6. (segue) Il contributo dei soggetti vigilati	» 143
4. Vigilanza bancaria e riciclaggio	» 147
4.1. (segue) Il c.d. "Decalogo" della Banca d'Italia: dalle «Indicazioni» alle «Istruzioni» operative per l'individuazione e la segnalazione di operazioni sospette	» 148
4.2. (segue) Il rapporto tra l'art. 3-bis, comma 4, l. n. 197/1991 e l'art. 150, comma 2, l. n. 388/2000	» 153
4.3. (segue) I contenuti delle nuove «Istruzioni»	» 154
4.4. (segue) I richiami espliciti alla disciplina antiriciclaggio contenuti nella normativa secondaria di vigilanza	» 161
4.5. (segue) Sinergie tra regole generali di vigilanza e disciplina antiriciclaggio	» 162
5. Contrasto del riciclaggio e nuovo ordinamento del credito: la vigilanza sugli intermediari non bancari	» 166
6. Conclusione: i controlli sull'operatività in funzione antiriciclaggio	» 170

LA FUNZIONE PREVENTIVA DELLA «SANA E PRUDENTE GESTIONE»
IN CHIAVE ANTIRICICLAGGIO

(Massimo Matusardi)

1. Premessa	pag. 171
2. La «sana e prudente gestione»: concetti generali	» 172
3. Sana e prudente gestione e «qualità» dei soggetti proprietari	» 175
4. La vigilanza prudenziale: un antidoto contro il riciclaggio	» 180
5. (segue) L'importanza degli assetti organizzativi	» 183
6. Utilizzo degli strumenti di rigore in chiave antiriciclaggio	» 186
7. Conclusioni	» 189

IL CONTROLLO SUGLI INVESTIMENTI
NEI MERCATI AZIONARIO E OBBLIGAZIONARIO
QUALE STRUMENTO DI LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA:
PRINCIPIA CONFRONTO E PONDERAZIONE DEGLI INTERESSI

(*Giuliana Martina*)

<i>Sezione I</i> - Il controllo sugli investimenti nel mercato azionario	
1. Controllo sugli investimenti in azioni nominative emesse da società non quotate. Il ruolo del registro delle imprese	pag. 191
2. Controllo sugli investimenti in azioni nominative emesse da società quotate	» 201
3. Dematerializzazione delle azioni	» 211
4. Controllo sugli investimenti azionari previsti dalle discipline di settore ..	» 216
5. Controllo sugli investimenti in titoli azionari al portatore	» 225
<i>Sezione II</i> - Il controllo sugli investimenti in titoli obbligazionari	
	» 228

LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA
E POTERE DI CONFISCA DI VALORI INGUSTIFICATI:
GLI ACCERTAMENTI PRESSO LE BANCHE

(*Sabina Patrignani*)

1. Accenti sulla confisca in materia penale: facoltativa ed obbligatoria	pag. 237
2. Il segreto bancario quale limite posto all'accertamento dei valori ingiustificati depositati presso le banche	» 239
3. Il potere di accertamento presso le banche della Magistratura penale	» 241
4. Il potere di accertamento presso le banche della Polizia Giudiziaria	» 246
5. Il potere di accertamento presso le banche dell'Amministrazione Finanziaria in relazione alla verifica di reati fiscali (l. n. 413/1991)	» 247
6. Il potere di accertamento presso le banche dell'Ufficio Italiano Cambi, nell'ambito della normativa anticiclaggio (rinvio)	» 249

RUOLO DELLA BANCA E TUTELA DEI DATI PERSONALI
NELLA DISCIPLINA DI PREVENZIONE DEL RICICLAGGIO
E IN QUELLA FISCALE

(*Anastasia Marangon*)

1. Il ruolo delle banche nella lotta alla criminalità organizzata: i dati bancari tra riservatezza e prevenzione	pag. 253
2. I dati bancari come dati «relativi allo svolgimento di attività economiche»	» 263

3. Protezione dei dati personali e misure di contrasto del riciclaggio e della criminalità organizzata	» 270
3.1. La normativa anticiclaggio	» 273
3.1.1. Obblighi di identificazione e di registrazione	» 273
3.1.2. Comunicazione dei dati aggregati	» 277
3.1.3. Segnalazione delle operazioni sospette	» 279
3.1.4. Segnalazione di infrazioni alla limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore	» 285
3.2. Normativa anticiclaggio e legge sulla tutela dei dati personali	» 285
3.3. La responsabilità dell'operatore bancario per errate segnalazioni ..	» 300
4. Protezione dei dati personali e normativa tributaria rilevante nella lotta al riciclaggio	» 301
4.1. La normativa tributaria	» 303
4.1.1. Le indagini fiscali	» 303
4.1.2. L'anagrafe dei rapporti di conto e di deposito	» 308
4.1.3. Il cosiddetto monitoraggio fiscale	» 311
4.2. Normativa tributaria e legge sulla tutela dei dati personali	» 312
5. Conclusioni	» 316

DIRITTO AMMINISTRATIVO

APPALTI PUBBLICI E NORMATIVA "ANTIMAFIA"
(*Giacomo Santi*)

1. Premessa	pag. 319
2. Evoluzione storica della normativa antimafia: dalla legge Rognoni - La Torre alla l. n. 55/1990	» 321
3. Le "cautele antimafia": la l. n. 47/1994 e il Decreto Maroni	» 325
4. Il decreto "sbloccacantieri". Il coinvolgimento delle camere di commercio nell'attività certificatoria antimafia	» 329
5. L'impatto delle "leggi Bassanini" sulla normativa "antimafia". Prime riflessioni	» 330
5.1. Ambito soggettivo ed oggettivo	» 332
5.2. Certificazioni e Comunicazioni antimafia nel regolamento "Bassanini" (d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252)	» 337
5.3. Il regime "antimafia" dei contratti di rilevanza comunitaria	» 338
5.4. Informazioni "antimafia" e normativa in materia di lavori pubblici ..	» 344
6. Il sistema antimafia: verso una tutela a carattere internazionale?	» 349

PROFILI DI DIRITTO PENALE

LE SANZIONI PATRIMONIALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

(Anna Maria Maugeri)

Sezione I — La confisca ex art. 240 c.p.	»	354
1. La natura giuridica della confisca ex art. 240 c.p.	»	359
2.1. Le cose che abbiano servito o siano state destinate a commettere il reato	»	359
2.2. L'appartenenza a persone estranee al reato	»	363
2.3. Il concetto di "estraneo al reato"	»	365
3. La confisca obbligatoria	»	367
3.1. Il prezzo del reato e il carattere obsoleto della distinzione tra prezzo e profitto	»	368
3.2. Il prodotto e il profitto del reato (la confisca delle utilità e dei surrogati) e la confisca di valore	»	370

Sezione II — L'"ipotesi particolare di confisca"

1. Introduzione	»	372
2. I presupposti applicativi dell'art. 12-sexies	»	374
3. Il sequestro preventivo ex art. 12-sexies	»	379
4. La natura giuridica dell'"ipotesi particolare di confisca" ex art. 12-sexies (e il rispetto del principio di irretroattività)	»	382
5. La compatibilità dell'art. 12-sexies con i principi costituzionali di colpevolezza, di proporzione, di legalità e di uguaglianza	»	386
6. La compatibilità dell'art. 12-sexies con la garanzia del diritto di proprietà (art. 42 Cost.)	»	388

Sezione III — La confisca misura preventiva nella legislazione antimafia

1. La confisca ex art. 2-ter l.n. 646/1982 — premessa	»	393
2. I presupposti per l'applicazione della confisca antimafia	»	395
2.1. La contemporanea applicazione di una misura di prevenzione personale	»	395
2.2. I presupposti della confisca misura preventiva	»	398
2.3. La mancata giustificazione dell'"origine dei beni"	»	403
3. La natura della confisca-misura preventiva	»	407
4. La sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni e la confisca ai sensi dell'art. 3-quater e dell'art. 3-quinquies l.n. 646/1982. La disciplina e la ratio della norma	»	411
4.1. Le situazioni tipo e l'obbligo di giustificazione (con particolare riferimento all'imprenditore vittima)	»	415
4.2. (segue) I "sufficienti indizi" e i "sufficienti elementi"	»	418
4.3. (segue) La tutela dell'imprenditore vittima	»	420

4.4. (segue) La seconda situazione tipo — l'impresa che agevoli	»	422
4.5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 487. (la colpevolezza dell'agevolante)	»	423
5. La confisca ex art. 416-bis del codice penale	»	425
6. Il rapporto delle moderne sanzioni patrimoniali con la presunzione d'innocenza	»	429

LA RILEVANZA PENALE DEL RAPPORTO TRA MAFIA E POLITICA

(Grazia Maria Vagliasindi)

1. Considerazioni introduttive	»	pag. 435
2. Il quadro normativo	»	» 441
2.1. I reati elettorali	»	» 441
2.2. L'originaria formulazione dell'art. 416-bis c.p.	»	» 448
2.3. L'attuale formulazione dell'art. 416-bis c.p.	»	» 451
2.3.1. Rapporti con altre figure di reato	»	» 458
2.4. L'art. 416-ter c.p.	»	» 460
2.4.1. Gli elementi costitutivi della fattispecie	»	» 460
2.4.2. Rapporti con altre figure di reato	»	» 472
2.4.3. Questioni interpretative	»	» 474
3. Prospettive <i>de lege ferenda</i>	»	» 485

SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI ASSOCIAZIONE A DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO (ART. 416-BIS C.P.)

(Francesca Privitera)

1. Premessa	»	pag. 489
2. La configurabilità di un concorso eventuale nel reato associativo	»	» 490
3. La responsabilità dei dirigenti delle associazioni criminose per i reati-scopo commessi dagli associati	»	» 495

La cautela con la quale la direttiva comunitaria n. 308/1991 guarda al trattamento dei dati forniti alle Autorità da parte degli intermediari - che, lo ricordiamo, possono essere utilizzati "esclusivamente a fini di lotta contro il riciclaggio", fatta salva la facoltà degli Stati membri di prevedere diversamente - è il sintomo più evidente del groviglio di interessi che la normativa sul riciclaggio rischia di fare entrare in conflitto.

Interessi contrapposti e non necessariamente di tipo criminale o solo egoistico: basti pensare, al riguardo, all'interesse pubblico ad evitare che una legislazione troppo disincentivi l'afflusso o la permanenza dei capitali di origine lecita in un determinato Paese.

La difficile ricerca di un punto di equilibrio tra differenti esigenze - tra le quali, fondamentalmente, stabilità e integrità del mercato, tutela dei consumatori e tutela della concorrenza - costituisce il terreno su cui gli interpreti e le Autorità sono immediatamente chiamate a confrontarsi. Garanzia ed efficienza, insomma, quali obiettivi prioritari.

Nella sede della cooperazione internazionale è però emerso un ulteriore elemento che, pur suonando quasi come provocazione, non può essere trascurato in una prospettiva *de jure condendo*: la velocità dell'evoluzione tecnologica quale limite alla politica legislativa.

In un mercato ancora non maturo il tempo di introduzione delle misure normative assume rilievo fondamentale: un "quadro normativo esauriente" in una fase ancora prematura soffoca l'innovazione e con essa lo sviluppo; il costo globale della regolamentazione, d'altra parte, può essere "significativamente maggiore" qualora si verifici un ritardo considerevole nella realizzazione delle misure normative necessarie.

Appare pertanto importante puntare sull'armonizzazione e sulla cooperazione internazionale anche allo scopo di evitare scollamenti temporali che incidano negativamente sul livello di efficienza della regolamentazione da emanare.

Perduta l'occasione della direttiva europea in tema di *e-commerce* che, nel testo predisposto dalla Commissione non si occupa, se non marginalmente, della tutela del sistema dei pagamenti resta da auspicare che - anche sulla scia delle preoccupazioni espresse dai Paesi del G-10 che hanno già deliberato di sottoporre a stretto controllo l'evoluzione degli schemi di moneta elettronica per adottare le eventuali misure ritenute necessarie - il Progetto di convenzione sulla "cybercriminalità" recentemente elaborato in sede di Consiglio d'Europa, possa estendere la propria area di operatività in modo da rispondere alle esigenze di tutela di questo delicato settore dell'economia.

MICHELE CORRADINO

ARBITRATO E STRUMENTI DI LOTTA ALLA CRIMINALITÀ TRANSNAZIONALE RICONDUCEBILI ALL'AUTONORMAZIONE ED ALLA LEX MERCATORIA

SOMMARIO: Introduzione - 1. Strumenti preventivi e di contrasto all'"illecito transnazionale" presso la CCI. - 2. L'elaborazione delle "ICC Rules of Conduct - Extortion and Bribery in International Business Transactions". - 3. L'arbitro e l'"illecito transnazionale"; 3.1. L'illecito commerciale transnazionale nella giurisprudenza arbitrale della CCI: 3.1.1. L'inarbitrabilità delle controversie e la corruzione nel commercio internazionale: il lodo CCI n° 1110 del 15 gennaio 1963, 3.1.2. Arbitri e giudici di fronte alla corruzione nel commercio internazionale: l'*affaire Hilmarion*: 3.1.2.1. Il lodo CCI n. 5622 dinanzi al giudice interno; 3.1.3. *In pari causa turpitudinis*...: il lodo CCI n. 6248, 3.1.4. Il caso *Westman*, ovvero della miopia arbitrale e del disinteresse del giudice interno; 3.2. Il possibile ruolo dell'arbitro nell'affermazione della business ethics. - Conclusioni.

Introduzione.

La crescente espansione della criminalità organizzata, sia a livello locale sia a livello internazionale in senso lato, si è imposta all'attenzione di tutti gli Stati richiedendo una attenta analisi e riflessione sugli strumenti più idonei a combattere il fenomeno criminoso.

Accanto agli strumenti giuridici che i singoli Stati o gruppi di Stati hanno elaborato per colpire i gangli vitali delle organizzazioni criminali (1) sono sorte, in forma spontanea, soprattutto dal dopoguerra a seguito

(1) Suggestiva è l'evocazione del rischio di una "legislazione simbolica" nel titolo di una tavola rotonda svoltasi il 20-22 ottobre 1994 a Urbino su *Il sistema penale bancario tra teoria e prassi: i rischi di una legislazione simbolica*. D'altro canto, uno studio dell'economia sviluppata dalla criminalità organizzata elaborato dalla Confcommercio (Progetto *Penelope. Arrivano i dollari (della camorra)*). *Rapporto sulle attività delle or-*

del fenomeno della mondializzazione dell'economia, una serie di regole di condotta di origine non statale o interstatale che possono fornire un contributo rilevante nella prevenzione e nella lotta alla criminalità organizzata.

Ed è proprio nell'ambito particolare in cui si colloca la *lex mercatoria* che è possibile rilevare l'esistenza di forme di autolimitazione sorte tra gli operatori del commercio internazionale, dirette a contrastare le forme più attuali di criminalità organizzata ponendosi in un rapporto di complementarietà o di integrazione con gli altri strumenti di lotta di natura statale ed interstatale (2).

Di tali forme si darà conto nelle pagine che seguono, dedicate, in particolare, alle norme di autoregolamentazione spontanea ed alle loro possibili applicazioni evidenziate dalla giurisprudenza arbitrale recente.

Una volta evidenziate le esigenze di tutela dall'"illecito transnazionale" manifestate dagli operatori del commercio internazionale si tenterà di fissare il quadro delle possibili applicazioni delle norme di autodisciplina nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale.

1. *Strumenti preventivi e di contrasto all'"illecito transnazionale" presso la CCI.*

La *questio* della predisposizione di strumenti di contrasto all'illecito commerciale transnazionale ha assunto una rilevanza tale da indurre la

organizzazioni criminali nel 1994, cit. in NUZZO, *Fiscalità, Riciclaggio di capitali e politiche criminali*, in *Rass. Trib.*, 1995, p. 1001, nota 16) ha portato alle seguenti stime: controllo e smaltimento dei rifiuti tossici: 30 miliardi di dollari; produzione di banconote ed altri falsi: 200 miliardi di dollari; beni posseduti dalle organizzazioni di stampo mafioso in Italia: 550.000 miliardi di lire; denaro sporco riciclato (in Italia): 100-120.000 miliardi di lire; sostituzione e produzione di materiale pornografico (in Italia): 8.000 miliardi di lire; usura (in Italia): 20.000 miliardi di lire; droga (in Italia): 35.000 miliardi di lire; tonero e scommesse (in Italia) 7.000 miliardi di lire. Inoltre si è rilevato che il controllo delle organizzazioni criminali si estende al 18% delle imprese artigiane; 24% dei cantieri edili; 70% del mercato del cemento; 20% delle imprese commerciali; 20% dei ristoranti ed altri punti di ristorazione; 70% del mercato di produzione dei falsi; 25% dei centri di smaltimento dei prodotti ortofrutticoli; 15% di super ed ipermercati; 19% del patrimonio immobiliare; 18% delle case di cura, cliniche ed istituti di bellezza; 20% delle agenzie turistiche; 15% di alberghi e centri turistici; 12% di bar, pasticcerie e gelaterie.

(2) Su questo ed altri aspetti inerenti il fenomeno più generale della nuova *lex mercatoria* si consenta di rinviare a MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in GALGANO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2002.

Camera di Commercio Internazionale (CCI/ICC) (3) ad istituire uno speciale organismo denominato *ICC Commercial Crime services* (d'ora in avanti CCS) (4).

Secondo il rapporto annuale 1997 della CCI:

"Les services de la CCI ... fournissent des informations aux entreprises et les encouragent à s'unir pour se défendre contre tous les types de délits, y compris lorsqu'ils relèvent du grand banditisme" (5).

La ragion d'essere di questo ente è dunque la seguente:

"Commercial crimes-covering corruption, fraud and many form of extortion are on the increase. The explosive growth of electronic communications and computer-based information systems makes companies especially vulnerable to fraudulent manipulations unless management is watchful and can recognise the alarm signals. To minimise the risk of often ruinous losses through criminal activity, employees must never relax their vigilance" (6).

Ne segue che lo scopo precipuo del CCS risulta essere orientato verso la tutela preventiva della concorrenza leale e della sicurezza delle contrattazioni nel commercio internazionale.

Al riguardo, giova rilevare che lo strumento principale di cui si avvale tale organismo è l'informazione.

Lo staff di questo ente raccoglie e centralizza, giorno dopo giorno, migliaia di informazioni di natura commerciale concernenti le imprese. Tali informazioni risultano accessibili soltanto ai membri dell'associazione e sono riunite in una banca dati cui possono accedere enti bancari, intermediari finanziari, imprese d'assicurazione, compagnie di navigazione, industrie. Il CCS ha instaurato un rapporto di stretta collaborazione con autorità di Pubblica Sicurezza, Magistratura ed organi di controllo quali la SEC statunitense.

Accanto all'attività di raccolta di informazioni commerciali, il CCS, attraverso le sue articolazioni, funge da organo consultivo delle imprese

(3) V., in generale, sulla natura e la funzione della CCI, GIARDINA, *Camera di Commercio Internazionale*, (voce) in *Enc. dir.*, V, Roma, 1988; nonché ASTOLFI, *International Chamber of Commerce*, (voce) in *Dig. com.*, IV, p. 472 s.; HASCHER, CCI, (voce) in *Enc. Dalloz - Rep. Dr. Intern.*, in CARREAU - LAGARDE - SYNNET (diretta da), Paris, 1998.

(4) "La mondialisation est une chance sans précédent pour les entreprises, mais l'intégration des marchés et la rapidité des communications les exposent aussi à des risques accrus de fraude et en particulier à des infiltrations criminelles", CCI, *Rapport 1997*, p. 16; cfr. le considerazioni svolte, all'inizio degli anni '80, da BOLLE, *Pratique de corruption et transactions commerciales internationales*, in *Rev. crit. dip.*, 1982, n. 2, p. 339 ss.

(5) *Ibidem*.

(6) *ICC Factsheet*, June 1995.

associate, qualora esse ne facciano richiesta.

Si tratta di attività che vanno dall'emanazione di pareri, alla trasmissione di informazioni, fino all'assistenza nell'esercizio dell'azione legale a favore della vittima di un illecito commerciale.

Il CCS realizza le sue finalità di prevenzione dell'illecito anche attraverso la diffusione di appositi bollettini di informazione contenenti delle analisi sull'evoluzione delle pratiche illecite, (7) nonché svolgendo attività di formazione dei dirigenti aziendali.

Al fine di potenziare l'attività della CCI con il proprio apporto di conoscenze specialistiche, il CCS partecipa all'attività delle Commissioni di studio e codificazione interne alla CCI stessa, quali la Commissione bancaria, assicurativa, delle telecomunicazioni, servizi finanziari, proprietà intellettuale, pratica commerciale internazionale e trasporti.

Il CCS risulta suddiviso in quattro sezioni:

- 1) ICC *International Maritime Bureau*,
- 2) ICC *Commercial Crime Bureau*,
- 3) ICC *Counterfeiting Intelligence Bureau*,
- 4) ICC *Cybercrime Unit*.

Ai fini di una più chiara esposizione dell'attività svolta dal CCS, appare utile iniziare la trattazione dall'*International Maritime Bureau* (d'ora in poi IMB). Successivamente si darà qualche cenno relativo alle funzioni svolte dagli altri organismi che risultano di più recente istituzione.

(7) V., ad es., la pubblicazione CCI n. 559, intitolata *Prime Bank Instruments Frauds*, 2nd ed., ICC Publishing, 1996. Suggestiva è l'introduzione all'opera in cui si afferma che "Prevention is better than even successful prosecution, and this is precisely the challenge the financial services industry, private investors and the law enforcement agencies face. Fighting Prime bank instrument fraud is all about education, due diligence and risk assessment. The report suggests a way forward in preventing the fraud and - if prevention is not possible - bringing perpetrators to justice." Altri volumi, tutti editi dalla CCI è redatti dal *Commercial Crime Services*, sono: *International Maritime Fraud*, 1981; *Piracy at sea*, 1989; *Ports at risk*, 1993; *Maritime joint ventures*, 1994; *Shipping at risk*, 1997. *China's maritime courts and justice*, 1997, a questi si affiancano i seguenti rapporti speciali: *Nigerian Oil Frauds*, 1989; *Anti-counterfeiting technologies*, 1990; *Organised Maritime Crime in the Far East*, 1991; *Product counterfeiting: managing investigations*, 1991; *Emulation without infringing - the Japanese experience*, 1991; *Counterfeit crime*, 1992; *The sale of non-existent Marlboro cigarettes*, 1992; *Counterfeiting in Italy*, 1993; *Due diligence*, 1994; *Nigeria: traders at risk*, 1994; *Prime bank instrument Frauds*, 1994; *Sugar frauds*, 1995; *Trading with Russia today*, 1995; *Counterfeiting in China*, 1995; *Prime bank instrument Frauds*, 2nd ed., 1996; *China trade: the risk factor*, 1996; *Industrial property protection in East Asia*, 1996; *Counterfeiting*, 1997; *Piracy and armed robbery against ships*, 1997; un rapporto annuale sulla pirateria *Annual Piracy report*; ed un bollettino mensile *Commercial crime international*.

L'IMB fu istituito a Londra nel 1981 e, da allora, ha sviluppato una singolare esperienza in materia di commercio marittimo che si è estesa progressivamente fino ad abbracciare tutti gli aspetti bancari e assicurativi legati ai trasporti marittimi (8).

Il credito di cui gode la CCI al livello transnazionale è stato riconosciuto, in questa attività, dalla Organizzazione Marittima Internazionale (OMI/IMO) (9) che nella risoluzione n.A504 (xii) del 1981 ha stabilito, *inter alia*, che:

"1. Recognizes the important and crucial role which self-regulation by the relevant industrial and commercial interests may play in combating maritime fraud in all its forms...

4. Welcomes the work of the International Chamber of Commerce in combating maritime fraud and, in particular, the positive and constructive initiative taken to set up the International Maritime Bureau.

5. Urges all interests and organisations concerned to co-operate fully with the International Chamber of Commerce and, as appropriate, with its International Maritime Bureau in taking effective measures and exchanging information for the further prevention of maritime fraud, bearing in mind that measures relating to documentation must not prejudice the facilitation of international maritime traffic and trade" (10).

Irtrandosi di una associazione (*non profit organization*) di diritto inglese, all'IMB partecipano attualmente circa 200 delle imprese più importanti del mondo operanti principalmente nel mondo bancario ed assicurativo (11).

La ragion d'essere di detto ente risiede nella considerazione secondo la quale le azioni illecite di qualsiasi natura quali la pirateria, il

(8) Ringrazio in questa sede J.ABHYANKAR, direttore dell'*International Maritime Bureau* della CCI, per le indicazioni concrete fornitemi sull'attività dell'ufficio da lui diretto e che si sono rivelate indispensabili data la rarità - se non la inesistenza - di riferimenti dottrinali sul tema. Al riguardo v. il rapporto intitolato *Maritime fraud and piracy* da lui presentato all'*International Conference on Responding to the challenges of transnational crime*, tenutasi a Courmayeur il 25-27 settembre 1998.

(9) Come è noto, l'IMO costituisce un'agenzia specializzata dell'ONU la cui funzione consiste nel migliorare le condizioni della navigazione internazionale intervenendo anche in materia di inquinamento ambientale. L'IMO è stata istituita attraverso la Convenzione di Ginevra del 17 marzo 1948 a cui hanno aderito 157 Stati. V. al riguardo <http://www.imo.org>, visitato nel mese di settembre 2001.

(10) Resolution A.504 (XII) adopted by the Assembly of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization on 20 November 1981: "Barratry, unlawful seizure of ships and their cargoes and other form of maritime fraud", TD/B/C.4/244, p. 1-2.

(11) La partecipazione all'IMB, risulta, tuttavia, di natura eventuale rispetto a quella alla CCI, pur restando tale organismo gerarchicamente subordinato alla CCI.

dirottamento, concepito alla stregua di una *deviation of ships from legitimate destinations*, nonché lo scarico di rifiuti nocivi nei mari costituiscono fenomeni suscettibili di procurare ingenti danni alle imprese (12). I soggetti potenzialmente vittime di questo tipo di attività criminose sono soprattutto gli enti bancari e assicurativi, gli spedizionieri marittimi, *shipowners* e *charterers*.

Obiettivo principale dell'IMB è, dunque, quello di: "to contain and prevent fraud and malpractice, particularly in the commercial sector" (13).

Il principio fondamentale cui si ispira tutto il *Commercial Crime Services* è quello della prevenzione dell'illecito come la più efficace se non l'unica forma di lotta contro l'attività della criminalità organizzata e tutte le altre forme di illecito commerciale transnazionale.

L'IMB può attivarsi d'ufficio o su richiesta di una società che ne sia membro. Lo svolgimento *in concreto* delle sue funzioni si realizza attraverso tre tipi di attività: un'attività di prevenzione in senso stretto, un'attività di tipo consultivo ed una operativa come, di seguito, meglio specificate.

L'attività preventiva di detto organismo si articola, a propria volta, secondo tre direzioni di sviluppo: a) un'attività di informazione e prevenzione dell'"illecito transnazionale"; b) un'attività di verifica dell'autenticità dei documenti mercantili e c) un'attività di inchiesta e di assistenza nel contenzioso.

Sotto il primo profilo, quello preventivo identificato *sub a*, l'IMB mantiene delle banche dati riservate in cui vengono costantemente registrate tutte le informazioni disponibili circa l'illecito-mercantile (14).

Lo stesso ufficio produce un bollettino di informazione ed alcuni rapporti speciali aventi ad oggetto specifici problemi o aree geografiche e contenuti le c.d. *red flags*, ovvero esami del *modus operandi* dell'illecito commerciale transnazionale, tratto dall'esperienza delle società membre dell'IMB, al fine di identificare le circostanze tipiche dell'illecito e permetterne il riconoscimento.

Non si tratta però solo di circostanze fattuali, poiché vengono inseriti

(12) A volte nel gergo amministrativo del personale di quest'organo si parla di *terrorism*. Occorre precisare, tuttavia, che trattasi di forme di illecito che, di regola, non coincidono con la nozione di *terrorismo internazionale* posto che quest'ultimo viene comunemente inteso alla stregua di atti di violenza su persone o cose diretti contro determinati Stati e volti a realizzare obiettivi di natura politica. Oggetto dell'attività dell'IMB è, invece, qualunque forma di dirottamento dei vettori nel quadro di operazioni di trasporto internazionale di merci.

(13) V. *ICC Commercial Crime Services Factsheet*, March 1995.

(14) "maintains confidential databases on all aspects of trading fraud" in *u.loc.cit.*

nella banca dati anche: "recent defaulters, companies in financial trouble and malpractices in trading and shipping... This is backed by a credit reporting service where some 12.000 reports on companies engaged in shipping related activities are available through an on-line service" (15).

Oltre all'attività di raccolta e circolazione di informazioni rilevanti, il servizio, come si è indicato *sub b*, assieme al *Commercial Crime Bureau*, provvede alla verifica della autenticità dei documenti mercantili, in particolare per quelli previsti dalle Norme ed Usi Uniformi in materia di credito documentario della CCI (NUU 500) che sono, *inter alia*, la polizza di carico marittima ed oceanica (art. 23 delle NUU); lettera di trasporto marittimo non negoziabile (art. 24); polizza di carico *charter party* (art. 25); documenti di trasporto multimodale (art. 26); documenti di trasporto aereo (art. 27); documenti di trasporto su strada, ferrovia e acque interne (art. 28); ricevuta postale (art. 29); documenti emessi da spedizionieri (art. 30); documenti on deck e shipper's load and count (art. 31); documenti *clean on board* (art. 32); documenti con nolo da pagare o prepagato (art. 33); documenti di assicurazione (art. 34-36); fatture commerciali (art. 37).

Infine, il servizio mantiene attiva una centrale operativa in grado di individuare tempestivamente eventuali danni ai vettori marittimi, tramite un: "cargo loss reporting centre which identifies loss patterns involving specific companies, individuals and commodities in order to target specific areas" (16).

La terza branca di attività dell'IMB indicata *sub c*, concerne, prevalentemente, l'attività di inchiesta diretta. A questo scopo parte del personale dell'IMB ha mansioni investigative ed interviene soprattutto nel caso di scomparsa di navi (17).

Oltre alla suddetta attività di natura ispettiva, giova rilevare che l'IMB può essere incaricato di svolgere funzioni peritali in tutti i casi di contenzioso sia arbitrale che giudiziale.

Proseguendo l'esame delle sezioni del *Commercial Crime Services*, si giunge al *Commercial Crime Bureau (CCB)*.

La prevenzione ed il contrasto in materia di "illeciti finanziari"

(15) *Ibidem*.

(16) Varie sono le fattispecie in cui l'IMB si è trovato ad intervenire. Nella prassi dell'IMB si distingue tra casi di "frode" del compratore, "frode" del venditore, *scuttling*, "frodì" nel trasporto delle merci, e navi fantasma.

(17) "the Bureau's investigations cover all aspects of crime and malpractice from the disappearance of ships and cargoes to diverse aspects of maritime fraud in all its forms." in *ICC Commercial Crime Services Factsheet*, March 1995.

(*fraudes financières*) (18) relativi sia al settore privato che al settore pubblico costituiscono la principale attività del CCS che, oggi, tende ad assorbire molte delle competenze relative alla materia del credito documentario originariamente attribuite all'IMB.

Il CCB, infatti, interviene essenzialmente nella verifica degli obblighi previsti in materia di credito documentario attraverso il controllo dell'esecuzione delle NUU 500 della CCI.

Su tale materia l'attività del CCS può incidere in misura notevole poiché, in base a quanto stabilito dall'art.13 delle NUU 500:

" a) Le banche devono esaminare con ragionevole cura tutti i documenti prescritti dal credito, per accertare se, *nella forma*, essi appaiono conformi ai termini e alle condizioni del credito. La conformità formale dei documenti prescritti ai termini e alle condizioni del credito sarà accertata *secondo la prassi bancaria internazionale* riflessa nei presenti articoli. I documenti non prescritti del credito non saranno esaminati dalle banche. Qualora le banche ricevano tali documenti, esse li restituiranno al presentatore o li inoltreranno senza responsabilità.

b) La banca emittente, l'eventuale banca conferente o la banca designata che operino per loro conto, disporranno ciascuna di un ragionevole periodo di tempo - non eccedente i *sette giorni lavorativi* per le banche successive al giorno di ricezione dei documenti - *per esaminare i documenti stessi e per decidere se ritirarli o rifiutarli* e per informarne la parte dalla quale i documenti sono pervenuti" (19).

La necessaria rapidità delle operazioni di credito documentario determina un aumento del rischio di inesigibilità a carico delle banche ed è proprio attraverso le eventuali verifiche del CCS che è possibile limitare il verificarsi di tale rischio.

Passando ad esaminare le ultime due sezioni del CCS si approda all'ufficio inchieste in materia di contraffazione dei prodotti ed all'unità di contrasto al crimine telematico.

Il *Counterfeiting Intelligence Bureau*, di recentissima istituzione si pone come obiettivo la lotta alla contraffazione dei prodotti. La principale attività di tale ufficio è quella di provvedere alla compilazione di liste di "offenders" nonché "enforcement support for police and customs". La centralizzazione dell'informazione sulla contraffazione

(18) v. HANNOUN, *Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à première demande*, in *Rev.dr.bancaire et de la bourse*, 1988, p. 187; PRUM, *Application de l'adage fraud omnia corrumpit à propos de garanties à première demande*, in *DPIC*, 1987, p. 121.

(19) Art. 13 delle NUU 500 della CCI, traduzione ABI, in COSTA C., *Il credito documentario*, Torino, 1997, p. 112. Corsivo aggiunto.

consente agli operatori del commercio internazionale di sapere se la propria controparte svolga tale attività e, quindi, eventualmente di adire le vie legali per ottenerne la cessazione, nonché, riteniamo, può anche incidere sulla formazione del contratto fino a portare all'esclusione di un dato soggetto dal mercato. Il fatto che tale sezione sia stata istituita in tempi recentissimi non ci consente, tuttavia, di valutare concretamente il grado di incisività della sua attività. In compenso, le predette considerazioni consentono di completare il discorso iniziale accennando alla *ICC Cybercrime Unit*.

Tra gli scopi di questa recentissima articolazione della CCI, emergono quelli di combattere il crimine telematico e predisporre dei rapporti periodici informativi, analogamente a quanto effettuato dagli altri organi del CCS. A tale attività si aggiungono la predisposizione di pareri e di revisioni presso le società affiliate in tema di sicurezza dei sistemi informatici, nonché l'effettuazione di indagini anche in collaborazione con le autorità nazionali ed internazionali (20).

A conclusione di tutto quanto sopra esposto, emerge il rilievo secondo il quale la *Business Community* ha istituito degli organi di prevenzione con specifici compiti di vigilanza in aree di interesse vitale per il commercio internazionale al fine di arginare e contrastare l'attività criminale al di là delle misure adottate dagli Stati.

Esistono, tuttavia, ulteriori forme di contrasto all'illecito che prendono forma, con sempre maggiore frequenza, attraverso l'elaborazione di codici di condotta collettivi contenenti norme di autodisciplina tese ad introdurre dei limiti all'attività contrattuale degli operatori economici.

Una volta esaminate le più rilevanti problematiche inerenti la compilazione del codice di condotta contro la corruzione della CCI si cercheranno di evidenziare le possibili applicazioni di quelle norme nel contesto arbitrale.

(20) I principali settori di intervento sono stati identificati nello svolgimento delle attività seguenti: "Illegal entry into computer systems to destroy or change data for financial gain
- Bogus websites that falsely present themselves as the sites of established companies for fraudulent purposes

- Spread of computer viruses capable of destroying data files
- Assumption of false identity in e-mail messages for fraudulent purposes

- Software piracy

- Internet auction sites

- Sale of counterfeit goods

- Non delivery of goods paid for by credit card

- Extortion by threat of sabotage

- Posting false information on bulletin boards to manipulate share prices." v. <http://www.iccwbo.org/ccs/> visitato nel mese di settembre 2001.

2. L'elaborazione delle "ICC Rules of Conduct - Extortion and Bribery in International Business Transactions".

Oltre a delle celebri opere di codificazione privatistica di prassi ed usi del commercio internazionale, quali gli INCOTERMS e le NUU 500, la CCI ha redatto un codice di autodisciplina volto ad aumentare il grado generale di normatività del commercio internazionale. Si è trattato di un'attività di codificazione di diritto uniforme di natura spontanea ed a vocazione generale. Sotto il primo profilo, il codice di condotta è stato elaborato su scala globale, senza riferirsi ad un ordinamento particolare e, quindi, idoneo a trovare identità di applicazione ovunque le imprese operino. Il codice, poi, presenta una vocazione generale, perchè non è limitato ad alcuna materia particolare, bensì si rivolge a qualsiasi tipo di operazione commerciale internazionale (21).

Ai fini di una migliore comprensione delle linee di fondo che hanno ispirato il codice CCI contro la corruzione attualmente in vigore occorre ricostruire brevemente i tratti essenziali del movimento di "moralizzazione degli affari" che ha segnato dapprima il ventennio compreso tra gli anni '70 e gli anni '90 e, successivamente, evidenziare le circostanze che hanno portato alla redazione del codice attualmente vigente.

Se è vero che corruzione e commercio internazionale sono un binomio che è stato fatto risalire ai tempi di Hammurabi, è altrettanto vero che, in epoca moderna, tale fenomeno divenne una "preoccupazione ufficiale" del legislatore solo negli anni '70, essenzialmente negli Stati Uniti (22). Una seconda fase si aprì nel 1990, in Europa, grazie all'iniziativa di alcuni magistrati, tra cui i magistrati italiani del *pool man pulite* e si estese rapidamente ad altri paesi dell'Unione Europea (23).

Fu lo scandalo *Watergate* negli Stati Uniti la prima vicenda giudiziaria che portò alla luce la diffusione del fenomeno del finanziamento illecito ai partiti e della corruzione dei pubblici funzionari.

La legislazione in materia societaria sia civilistica che penalistica si rivelava poco efficace per combattere un fenomeno di corruzione

coinvolgente i funzionari degli enti pubblici preposti alla vigilanza sui settori più importanti dell'economia, quali la *Securities and Exchange Commission* e l'*Internal Revenue Service*. L'opinione pubblica apprese che le regole del capitalismo e del mercato applicate nel paese *leader* mostravano gravi carenze e deformazioni. Le *corporations* statunitensi avevano dimostrato che, sul principio della libera concorrenza, vessillo della cultura anglo-americana, era prevalso il gioco sporco di ciò che venne identificato con nomi assai significativi come *kickbacks*, *pôis-de-vin* etc. ed era perpetrato nei salotti ovattati della *corporate America* (24).

La lotta alla corruzione, iniziata su scala nazionale, portò, negli USA, all'approvazione del *Foreign Corrupt Practices Act* del 19 dicembre 1977 (25) (d'ora in poi FCPA) inteso a colpire, con sanzioni di diritto interno, la violazione del divieto di effettuare pagamenti illeciti a pubblici ufficiali ed a esponenti politici stranieri allo scopo di procurarsi o conservare affari (26).

Il testo inizialmente in vigore del FCPA era diviso in tre sezioni, contenenti disposizioni in materia contabile (*accounting standards*) tese al perseguimento della massima trasparenza di bilancio attraverso l'imposizione di un obbligo generale di registrazione dei pagamenti in "nero".

La seconda e la terza sezione del FCPA contemplavano specificamente il divieto di effettuare pagamenti a favore di "pubblici funzionari stranieri".

Nel suo insieme, tuttavia, il FCPA risultava carente di molte definizioni, tanto da far osservare che: "The law included no definitions and only a brief exclusion for payments which were "ministerial" in nature, the familiar minor "grease payments" so often necessary to pass goods through customs" (27).

Nel 1988, con l'inizio della recessione economica internazionale, il mondo delle imprese fece forti pressioni sul *Department of Justice* per chiedere, in un primo momento, delle *Guidelines* interpretative del FCPA

(24) Il panorama più completo dello scenario precedente al FCPA si rinviene nel numero speciale intitolato *Questionable corporate payments abroad: patterns, policies, solutions*, pubblicato nel 1976 come dossier della rivista *Business International*. Sulle tematiche concernenti i molteplici profili della responsabilità degli amministratori nell'esperienza statunitense v. anche, in generale, MARELLA, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali nella legislazione statunitense*, in *Il dir. econ.*, 1993, v.1, p. 155-181. (25) Pub.L.No 95-213, 91 Stat.1494 (1977).

(26) Veniva così radicata la competenza dell'autorità giudiziaria americana sui reati commessi all'estero da imprese americane in base al FCPA.

(27) FOLSOM - GORDON - SPANOGLE, *International business transactions in a nutshell*, St. Paul, 1992, p. 207.

(21) L'attività della CCI conta più di trent'anni in materia pubblicitaria essendosi realizzata attraverso l'elaborazione di norme autodisciplinari secondo tre direzioni fondamentali: "Autodiscipline et morale de l'entreprise", "Éthique du marketing", "Prévention des délits commerciaux". V. HASCHER, CCI, (voce) in *Enc. Dalloz-Rep. Dr. Intern.*, cit.

(22) V. in generale NOONAN, *Bribes: The intellectual history of a moral idea*, University of California Press, S.Franisco, 1984, p. 1 s.

(23) V. tra i tanti contributi la ricostruzione critica offerta da ALBANO, *Tangentopoli o la "soave rivoluzione"*, in *Crit. dir.*, 1995, v.1, p. 42-57.

e, successivamente, delle vere e proprie modifiche legislative.

Ne risultò l'eliminazione del presupposto della conoscibilità del fatto illecito a favore del requisito della conoscenza. Ciò avvenne attraverso la modifica del termine *reason to know*, da cui dipendeva l'imputabilità del fatto agli amministratori, nel più restrittivo *knowing that*, pur precisando che avere un *firm belief* oppure l'essere informato in qualche modo dell'operazione (*being aware*) integravano il requisito della conoscenza (*knowing*) dell'attività illecita.

Ulteriori specificazioni si ebbero in materia di *grease payments*. L'"unzione" delle ruote amministrative fu consentita attraverso la deroga offerta dalla *routine government action* che, secondo Folsom, Gordon e Spanogle Jr., finisce per includere tutte le attività dirette all'ottenimento di licenze ed autorizzazioni commerciali, l'avanzamento delle pratiche amministrative, l'ottenimento di protezione da parte della polizia locale ed altre attività connesse (28).

La reazione negativa delle imprese statunitensi al FCPA evidenziava la tensione esistente tra ragioni dell'impresa e ragioni della politica economica internazionale dello Stato. Il FCPA, in buona sostanza, per il governo statunitense non costituiva che un ulteriore tassello della costruzione dell'ordine economico internazionale inaugurata a Bretton Woods (29). La moralizzazione del commercio internazionale che si

voleva perseguire altro non era che la diffusione di una concezione del mercato rispondente ai precetti del capitalismo liberale. La corruzione, in questo contesto, si contrapponeva, quindi, al modello della concorrenza perfetta, vessillo della allocazione ottimale delle risorse.

Alle ragioni della politica economica dello Stato si opponevano, però, quelle delle imprese. L'imposizione della morale di Stato alle imprese statunitensi era vissuta come uno svantaggio concorrenziale nella misura in cui per esse diventavano vietati dei modi di ottenere la conclusione di contratti che non erano preclusi ai concorrenti provenienti dagli altri paesi occidentali. Significativa, al riguardo, era la posizione della Francia, ove fino a poco tempo fa veniva prevista la deducibilità fiscale dei c.d. *pôts-de-vin* versati dagli "exportateurs français travaillant notamment avec certains pays du Proche-Orient ou d'Afrique ou d'Asie" (30).

Ma, come era prevedibile, al dibattito svolto in sede legislativa negli Stati economicamente "più avanzati", si aggiunse il dibattito in quella sorta di "Parlamento mercatorio" che è la CCI.

In quella sede, il mondo delle società transnazionali si riunì per trovare una forma di risposta ad un tipo di pratiche che minavano dall'interno la stessa filosofia di mercato condivisa da tutti gli operatori del mondo occidentale. La comunità degli affari doveva offrire una risposta

(28) I pagamenti di "routine" risultano comprendere: "only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in i) obtaining permits, licenses or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country; ii) processing government papers such as visas and work orders; iii) providing police protection, mail pick-up and delivery or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country; iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo or protecting perishable products or commodities from deterioration; or v) actions of a similar nature." 15 USC §§ 78 dd-1 (f)(3)(A), 78dd-2(h)(4)(A) 1988. L'applicazione del FCPA non sembra essere stata entusiasmante dato l'esiguo numero di casi approdati davanti al giudice statunitense e poi risolti mediante patteggiamento. Così FOLSOM - GORDON - SPANOGLE JR., *op. cit.*, p. 208. Risultano peraltro escluse dal campo di applicazione del FCPA le *Reasonable and Bona fide expenditures* definite alla stregua del seguente criterio: "the payment, gift, offer or promise of anything of value that was made was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses...directly related to (A) the promotion, demonstration or explanation of products or services; or (B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof." 15 USC §§ 78 dd-1 (c)(2), 78dd-2(c)(2) 1988. Analogo discorso vale per i c.d. Payments lawful in foreign official's country qualora: "the payment of a gift, offer or promise of anything of value that was made was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party's official or candidates country" 15 USC §§ 78 dd-1 (c)(1), 78dd-2(c)(1) 1988.

(29) Su cui v. in generale PICONE, *Ordine economico internazionale*, in PICONE -

SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p. 170 s.; COMBA, *Il neo liberismo internazionale - Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli accordi di Bretton Woods all'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995; CARREAU - JUILLARD, *Droit international économique*⁴, Paris, 1998, p. 28 s.

(30) V. DOUVIER, *Droit fiscal dans les relations internationales*, Paris, 1996, p. 374. e spec. *Réponse Palmero, JO Sénat*, 10 novembre 1979, p. 3582, n° 31112; e cfr. *Réponse Longuet, JOAN*, 18 maggio 1981, p. 2085, n° 36313, BF 7 (1981), *cit.* in DOUVIER, p. 374. Al quesito di un parlamentare volto ad accertare se le spese tangenziali "dépenses traditionnelles et indispensables" potevano essere deducibili, il Ministro delle Finanze ha risposto che il regime giuridico dipende dalla dichiarazione della identità dell'*accipiens* (argomentando ex art. 238 e 240-1 CGI). Se l'identità dell'*accipiens* veniva dichiarata si doveva valutare se la commissione pagata risultasse "normale" e la normalità della commissione significava contropartita non eccessiva di un servizio effettivamente reso, conformemente all'oggetto sociale. Una volta soddisfatti tutti i requisiti indicati, la commissione poteva essere versata in qualunque valuta ed in qualunque modo. Di più si aggiungeva che la commissione non era soggetta ad alcuna ritenuta alla fonte, in quanto risulta pagata a persone non residenti in Francia. Il Ministro concludeva con queste parole suggestive: "Cette solution traduit la volonté des pouvoirs publics de ne pas pénaliser les exportateurs français par rapport à leurs concurrents étrangers tout en laissant à l'administration fiscale la possibilité d'apprécier a posteriori le bien fondé des différentes charges indirectes liées à une conclusion d'affaires à l'exportation".

affari che applicava un codice di cui la stessa *community* costituiva la fonte, non si registrò, invece, nessun entusiasmo per la sua applicazione in concreto.

Nonostante l'entusiasmo iniziale che doveva accompagnare il primo codice transnazionale di lealtà e correttezza commerciale, nella pratica il *panel* si riunì solo due volte in diciassette anni per esaminare un unico caso di corruzione (35). Per Vincke, l'inattività del *panel* durante quel periodo non avrebbe significato l'insuccesso del codice che, a suo avviso, sarebbe stato largamente recepito, ma il punto si trova assai controverso in dottrina (36).

In questo quadro si collocavano anche le discussioni riguardanti l'applicazione di eventuali sanzioni nei confronti della parte soccombente. Se si trattava di una società membro della CCI, il problema non era nuovo e si sarebbe risolto sul piano delle c.d. "sanzioni morali" della *Business community*, sanzioni, tutt'altro che trascurabili, che possono andare dal biasimo, alla limitazione *de facto* della possibilità di contrarre con gli altri operatori fino al vero e proprio ostracismo economico.

Se, però, si fosse trattato di una società non appartenente alla CCI, l'efficacia del codice poteva essere vanificata, poiché nessun tipo di sanzione sarebbe stato applicabile all'operatore non membro che non si fosse attenuto ai precetti del codice medesimo.

Il dilagare dei fenomeni di corruzione, posto in luce dai giudici del *pool* Mani pulite e confermato da parte dei magistrati di altri paesi europei che avevano svolto indagini analoghe, riportò in primo piano, all'inizio degli anni '90, il problema della *Business ethics*.

Ciò contribuì a generare un movimento di opinione che, diffusosi nell'ambito del commercio internazionale, riflù nuovamente presso la CCI, suscitando ulteriori riflessioni in materia.

Nel tentativo di trovare una soluzione al problema, la CCI condusse

(35) Così VINCKE, *How effective is business community in combating corruption?*, in *ASIL Proceedings*, 1997, p. 100.

(36) Cf. DRAETTA, *The European Union Fight against Corruption in International Trade*, in *RDA/IBLJ*, 1995, v. 6, p. 713 nonché *Id.*, *Spunti per un'azione comunitaria contro la corruzione nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1995, v. 2, p. 333-348.

Occorre, peraltro, osservare che non esistono statistiche al riguardo, il che rende difficile quantificare il fenomeno. Forse, il problema della diffusione del codice non doveva essere risolto esclusivamente in base al solo criterio della ricezione del codice non doveva essere volgere lo sguardo meno sul contenuto delle regole e più sui poteri "atipici" del *panel* che non risultava un organo arbitrare. Gli operatori, in tale modo, si trovavano soggetti all'autorità di un organo che non risolveva una controversia bensì aveva come funzione principale quella di emettere un parere il cui unico scopo era quello di dichiarare "corrotto" un membro della *Societas Mercatorum*.

alla violazione delle più elementari regole del gioco, in quanto su di loro pendeva la spada di Damocle di una proliferazione di trattati intergovernativi in materia di diritto penale commerciale internazionale. La risposta, dunque, prima ancora che dall'azione intergovernativa doveva provenire dalla stessa *business community* (31).

Venne costituito un comitato detto *Shawcross Committee*, dal nome del suo presidente (32), al fine di redigere un codice di autodisciplina oggetto di un rapporto da presentare in tempi rapidi al Consiglio della CCI.

Ne risultò un codice che, se poteva apparire assai scarno almeno dal punto di vista di un giurista di *Civil law*, trovava la sua giustificazione nell'esigenza di offrire un nucleo di principi di base su cui articolare quella disciplina in conformità ad un modello già sperimentato dalla CCI attraverso i Codici di pratiche leali in materia di pubblicità.

Per controllare l'applicazione del codice di autodisciplina venne costituito un apposito gruppo di lavoro al fine, secondo l'art. 11 dell'*ICC Report*, (33) di "interpretare, promuovere e controllare l'applicazione delle...regole di condotta".

Il gruppo di lavoro doveva riesaminare periodicamente il testo del codice, fornire eventuali interpretazioni "autentiche" dello stesso (34) e redigere un rapporto da presentare al Consiglio della CCI. Il *panel* avrebbe dovuto, altresì, esaminare eventuali casi di violazione del codice solo previo il consenso di ambedue le parti in causa. Detto organo avrebbe potuto essere adito nell'ipotesi di un tentativo di corruzione, concussione o di analoghe manovre poste in essere da un concorrente. In questo caso il *panel* avrebbe dovuto emettere un proprio parere conoscibile da tutte le società appartenenti alla CCI.

Se il progetto di costituire un organo con funzioni quasi-giurisdizionali poteva essere teoricamente ben accetto al mondo dell'impresa, trattandosi di un organo proponente dalla comunità degli

(31) Ed è un dato di fatto che a partire dagli anni '70 le maggiori società del pianeta si sono dotate di un codice di condotta. V. per qualche esempio GIARETTA, *Business ethics*, Padova, 2000, p. 1 s.

(32) Lord Shawcross era *Attorney General* in Gran Bretagna ed un membro del Tribunale internazionale di Norimberga.

(33) INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Extortion and bribery in business transactions*, 131st Sess., 29 nov. 1977.

(34) L'interpretazione "autentica" di un nucleo di regole di formazione spontanea è conosciuta dal diritto del commercio internazionale attraverso l'esperienza della CCI in materia di Norme ed Usi Uniformi in materia di Credito Documentario, ove la *Banking Commission*, offre periodicamente dei pareri ("opinions") che vengono raccolti a cura della stessa CCI e risultano indispensabili per l'esatta applicazione delle NUU.

Segretario Generale, Maria Livanos Cattaur: "Extortion and bribery are not only morally indefensible, they also have a profoundly distorting effect on the world economy rewarding inefficiency, reducing competition and diverting resources into non-productive sectors" (41). Il nuovo codice contiene norme più precise di quelle contenute nel codice del 1977. Infatti: "elles n'interdisent plus seulement les pots-de-vin aux fins d'obtenir ou de conserver de marchés, mais s'appliquent désormais aussi à la corruption à l'occasion de procédures judiciaires, en matière fiscale et réglementaire, ou encore dans les affaires relatives à l'environnement et dans le processus législatif" (42).

Nella versione attualmente "in vigore", il codice della CCI si compone di tre parti: la prima consiste in raccomandazioni rivolte agli Stati ed alle Organizzazioni Internazionali; la seconda contiene le regole di condotta rivolte alle imprese; la terza si rivolge alla stessa CCI nella sua attività istituzionale.

La seconda parte delle *Rules*, intitolata *Rules of conduct to combat extortion and bribery* e che più interessa l'oggetto del presente studio, si compone di sette articoli che incarnano un codice collettivo di correttezza commerciale transnazionale.

Il primo articolo rappresenta lo sviluppo delle corrispondenti norme contenute nella versione del 1977, ove le tangenti venivano vietate solo se si dimostrava che fossero direttamente collegate ad "obtaining and retaining business".

La versione attualmente in vigore amplia il campo di applicazione dell'art. 1 del codice, prevedendo sotto il titolo "Extortion" che "No one may, directly or indirectly, demand or accept a bribe".

Detto divieto viene ulteriormente specificato dall'art. 2, ove vengono individuate alcune fattispecie tipiche suggerite da certe prassi del commercio internazionale e dal dibattito levatosi in occasione di alcuni lodi arbitrali che avevano affrontato queste problematiche. In particolare, si nota il riferimento ai contratti di mediazione ed ai contratti d'opera intellettuale, contratti in cui la mediazione o la *locatio operarum*, come si evince dal caso *Hilmarton*, spesso si traduce in una sofisticata operazione di corruzione. L'articolo in esame è intitolato "*Bribery and Kickbacks*" e dispone:

"a. No enterprise may, directly or indirectly, offer or give a bribe and any demands for such a bribe must be rejected.

b. Enterprises should not (i) kickback any portion of a contract

(41) Rapporto annuale CCI, Paris, 1997, p. 7.

(42) *u. loc. cit.*

una vasta campagna anticorruzione coinvolgendo le oltre 7000 società appartenenti ai suoi comitati nazionali. I predetti comitati richiesero alla CCI ulteriori iniziative in materia e pertanto, nel 1994, a seguito di una riunione del Comitato Esecutivo e del Consiglio di Amministrazione, venne costituito un gruppo di lavoro *ad hoc* (37) (*ad hoc committee on extortion and bribery*) presieduto da François Vincke, amministratore della società Petrofina. Nel corso della prima riunione, tenutasi nel dicembre 1994, il Presidente stabilì come obiettivi la revisione integrale del codice di condotta del 1977, un coordinamento stretto con le iniziative in corso in quel momento presso organizzazioni intergovernative quali l'ONU, l'OCSE, l'OMC, la Banca Mondiale, il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea ed, infine, una più vincolante efficacia del nuovo codice rispetto al precedente (38).

Il gruppo di lavoro dopo cinque riunioni susseguitesi tutte nel corso di un anno presentò, a fine 1995, un nuovo rapporto che venne successivamente approvato dal Comitato esecutivo della CCI il 26 marzo 1996 (39) con il titolo di *ICC Rules of conduct to combat extortion and bribery*. A seguito di ulteriori modifiche ed integrazioni il codice entrò definitivamente in vigore, nel 1999, sotto il titolo di *ICC Rules of conduct - Extortion and bribery in international business transactions* (40). La posizione della CCI sul tema della corruzione venne espressa in modo inequivocabile in una dichiarazione del

(37) Erano presenti delegati provenienti dal mondo dell'impresa di Austria, Belgio, Canada, Francia, Israele, Messico, Olanda, Spagna, Svezia, Svizzera, Gran Bretagna e Stati Uniti.

(38) "This Committee should act swiftly and produce a renewed and fully credible document in a short period of time. That document should be fully endorsed not only by the central organization in Paris, but by all its constituent parts in the world.

The report to be produced by the Ad Hoc Committee should be in line with the most recent developments in antibribery activities by international organizations, including the United Nations (UN), the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), the World Trade Organisation (WTO), the World Bank, the Council of Europe and the European Union (EU).

The achievements of the new Committee had to be of a higher level of effectiveness than that of the previous committee. Indeed there had been criticism about the business community keeping the totally ineffective Panel "alive" as a body". Così VINCKE, *op. cit.*, p. 102-103. Per un esame delle iniziative in corso su scala internazionale e la loro possibile incidenza sul diritto penale italiano v. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Napoli, 1999, p. 1 s.

(39) International Chamber of Commerce, *Extortion and Bribery in International Business transactions*, 83 Sess., 26 marzo 1996.

(40) V. da ultimo VINCKE - HEIMANN - KATZ (Eds.), *Fighting bribery*, ICC pub n°610, Paris, 1999, *passim*.

books" or secret accounts, nor may any documents be issued which do not properly and fairly record the transactions to which they relate". Ed inoltre: "c) Enterprises should take all necessary measures to establish independent systems of auditing in order to bring to light any transactions which contravene the present Rules of conduct. Appropriate corrective action must be taken".

Altri obblighi a carico delle imprese sono previsti nell'art. 5, ove si dispone che il Consiglio di Amministrazione di ogni società dovrà prendere delle misure "ragionevoli" perchè non possa essere effettuato alcun versamento, a propria insaputa, in violazione del codice *de quo*. Da ciò discende un ulteriore dovere di controllo da parte degli amministratori di società, per una categoria di fatti che il codice di condotta si propone di vietare. A questo fine - e per costringere il *top management* a controllare in modo effettivo l'attività legata al *day-to-day management* - il codice prevede un obbligo periodico di verifica da parte degli amministratori, rafforzato dall'ulteriore obbligo di prendere delle misure disciplinari contro qualunque funzionario, quadro o impiegato, che abbia violato le disposizioni del codice (45).

L'art. 6 del codice in esame tocca, a propria volta, il delicato problema del finanziamento illecito ai partiti. La disposizione *de qua* vieta qualunque contributo contrario al diritto dello Stato cui il partito appartiene in quanto: "Contribution to political parties or committees or to individual politicians may only be made in accordance with the applicable law, and all requirements for public disclosure of such contributions must be reported to senior corporate management".

Ai divieti di fonte statale, dunque, si aggiungono quelli di fonte deontologica con una possibile coincidenza di alcuni criteri. Se, infatti, come apparirà più chiaro dal prosieguo del presente lavoro, le regole deontologiche transnazionali esplicano la loro efficacia più visibile proprio là dove manchi un vincolo statale o tale vincolo sia più flessibile rispetto alla percezione degli operatori, in materia di finanziamento ai

(45) Art. 5: Responsibilities of Enterprises

The Board of directors or other body with ultimate responsibility for the enterprise should:

- take reasonable steps, including the establishment and maintenance of proper systems of control aimed at preventing any payments being made by or on behalf of the enterprise which contravene these Rules of Conduct;
- periodically review compliance with these Rules of Conduct and establish procedures for obtaining appropriate reports for the purposes of such review; and
- take appropriate action against any director or employee contravening these Rules of Conduct."

payment to employees of the other contracting party, or (ii) utilise other techniques, such as subcontracts, purchase orders or consulting agreements, to channel payments to government officials, to employees of the other contracting party, their relatives or business associates".

L'art. 3 disciplina più ampiamente alcuni aspetti inerenti il contratto internazionale di mediazione.

Al riguardo si afferma che l'ammontare delle provvigioni versate al mediatore deve essere il corrispettivo "appropriato" per le prestazioni rese, significando, perciò, con il termine di "appropriato" l'assenza di trasferimenti di denaro per il pagamento di tangenti a soggetti terzi.

Viene, inoltre, prevista l'istituzione di un registro contenente i nomi, e i riferimenti ai contratti stipulati con mediatori nell'ambito di operazioni poste in essere con organi ed enti di uno Stato. Il registro dovrà essere reso disponibile per l'ispezione da parte dei sindaci e dei revisori della società, nonchè a certe condizioni - che, tuttavia, non vengono precisate - potrà essere ispezionato anche da pubblici ufficiali all'uopo autorizzati con obbligo di riservatezza.

Coerentemente con quanto disposto dall'art. 3 (43), la norma successiva rafforza l'obbligo contabile sopra citato, vietando ogni tipo di "contabilità nera" e stabilendo che: "a) All financial transactions must be properly and fairly recorded in appropriate books of account available for inspection by boards of directors, if applicable, or a corresponding body, as well as auditors".

Alla condanna della contabilità "nera" si collega il divieto di emettere qualunque tipo di documento commerciale privo di riferimenti relativi al rapporto fondamentale. Al fine di dare concreta applicazione ai principi contenuti nel codice, le imprese dovranno istituire apposite forme di controllo contabile (44). Ciò in quanto: "b) There must be no "off the

(43) "Art. 3: Agents

Enterprises should take measures reasonably within their power to ensure:

- that any payment made to any agent represents no more than an appropriate remuneration for legitimate services rendered by such agent;
 - that no part of any such payment is passed on by the agent as a bribe or otherwise in contravention of these Rules of conduct; and
 - that they maintain a record of the names and terms of employment of all agents who are retained by them in connection with transactions with public bodies or State enterprises. This record should be available for inspection by auditors and, upon specific request, by appropriate, duly-authorised governmental authorities under conditions of confidentiality."
- (44) Da queste considerazioni è sorta la figura dell' "ethical officer", un tipo di funzionario avente come specifica mansione il controllo interno del rispetto dovuto alle norme di etica degli affari. Sui possibili riflessi giustlavoristici di tali tematiche v. in generale PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999, *passim*.

partiti non pare si sia, invece, voluto alzare il livello della illiceità al di sopra di quanto preveda la normativa statale.

Inoltre è opportuno rilevare che i principi ora enunciati sono destinati alla massima diffusione secondo un modello diverso da quello previsto per i noti codici di autodisciplina in materia di pubblicità e marketing.

Se i principi elaborati dalla CCI in materia di marketing si sono riversati negli ordinamenti interni attraverso la loro recezione spontanea nei codici di autodisciplina pubblicitaria — che a loro volta hanno trovato riconoscimento nell'ordinamento interno attraverso il principio di autonomia contrattuale — il codice etico, di cui qui si tratta, dovrebbe essere recepito dagli operatori anche *uti singuli*. Che di un modello di unificazione spontanea si tratti emerge, infatti, all'art. 7 che dispone quanto segue:

"These Rules of Conduct being of a general nature, enterprises should, where appropriate, draw up their own codes consistent with the ICC Rules and apply them to the particular circumstances in which their business is carried out. Such codes may usefully include examples and should enjoin employees or agents who find themselves subjected to any form of extortion or bribery immediately to report the same to senior corporate management. Companies should develop clear policies, guidelines, and training programs for implementing and enforcing the provision of their codes."

Per quanto riguarda, infine, il controllo dell'applicazione di detto codice, le norme contenute nella terza parte prevedono, non già dei *panels*, ma dei *subcommittees* con il compito di sensibilizzare i comitati nazionali della CCI sulla importanza della diffusione e del recepimento del codice. A questo scopo, i comitati nazionali dovranno presentare dei rapporti periodici sulla sua applicazione in concreto.

Accanto alla suddetta attività dei *subcommittees* risultano però possibili ed auspicabili degli ulteriori tipi di applicazione delle norme ora esaminate.

L'applicazione delle norme di *business ethics* risulta infatti possibile attraverso l'arbitrato commerciale internazionale, quando si tratti di arbitrato amministrato e, tra le norme deontologiche ascrivibili alla *business ethics*, si possano riscontrare disposizioni precise, sufficientemente dettagliate ed emanate dallo stesso ente che amministra l'arbitrato.

3. L'arbitro e l'"illecito transnazionale".

Se, dunque, l'esigenza della prevenzione e della eventuale repressione dell'"illecito transnazionale" da parte della stessa *societas mercatorum*

è ormai assodata, occorre evidenziare in che modo l'arbitro internazionale possa tenere conto di quelle stesse esigenze.

Al riguardo, occorre subito notare che l'eventuale rilevanza penale dell'"illecito transnazionale" non basta a rendere l'arbitro *absolutus* da ogni considerazione in merito. Al contrario, la risoluzione di Helsinki, adottata dall'assemblea plenaria dell'*International Law Association* il 17 agosto 1996, ridefinisce il complesso rapporto tra arbitro e giudice penale a favore di una maggiore autonomia del primo rispetto al secondo, con il risultato di accentuare il ruolo dell'arbitro in questo specifico contesto. In base a detta risoluzione:

"Le fait qu'une procédure étatique, pendante ou à venir, de nature civile ou pénale, soit connexe à une procédure arbitrale, pendante ou à venir, ne devrait pas permettre, à lui seul, d'interdire ou de suspendre le déroulement normal de ladite procédure arbitrale" (46).

Al consolidarsi del principio del *favor arbitri*, in senso internazionale-privatistico e comparatistico, segue, quindi, la necessità di mettere in evidenza alcuni strumenti propri dell'istituto arbitrale e suscettibili di essere impiegati nel contesto di una lotta privatistica all'"illecito transnazionale" (47).

A tal fine si possono evidenziare due settori specifici di intervento dell'arbitro internazionale: il settore dell'applicazione della *lex contractus* e quello dell'esame dell'eventuale violazione dell'ordine pubblico.

Come si vedrà meglio più oltre, una volta esaminata la giurisprudenza arbitrale, sul piano dell'applicazione della *lex contractus* l'arbitro sarà chiamato ad interpretare la legge competente e, di conseguenza, potrà applicare la sanzione civile della nullità al contratto controverso qualora risultrasse che il contratto risulti *contra bonos mores* (48).

Per quanto riguarda il profilo dell'eventuale violazione dell'ordine pubblico, occorre mettere subito in evidenza che, parte della dottrina sostiene che l'arbitro, oltre a tenere conto dell'ordine pubblico dello Stato o degli Stati dell'*exequatur*, debba applicare anche una nozione di ordine pubblico *transnazionale*, distinta da quella di ordine pubblico "statale" ed, al limite, anche da quella di ordine pubblico "veramente

(46) *Rev. arb.*, 1996, n. 3, p. 566.

(47) Alcune premozioni sono state offerte da MUYANIA, *A note on arbitration and criminal liability in Uganda*, in *Journal of international arbitration*, 1999, vol. 16, n. 3, pag. 119-126; v. anche RAMOS, *The relationship between civil and criminal actions and arbitration agreements in maritime disaster cases under Spanish law*, in *Yearbook maritime law*, 1985-1986, vol. 2, p. 125-135.

(48) Con l'avvertenza che si deve trattare di *bonos mores* del commercio internazionale le cui regole prendono forma nei codici di etica degli affari.

della Convenzione di New York del 1958 (51).

Dall'altro lato, ponendosi dal punto di vista del collegio arbitrale, l'ordine pubblico del foro - o dei *fora* - di "atterraggio" del lodo costituisce l'elemento necessario di valutazione da adottare in sede di redazione del lodo, pena l'inammissibilità dell'esecuzione dello stesso e la conseguente frustrazione della volontà delle parti (52).

Sviluppando l'idea di ordine pubblico sul piano internazionale, già Niboyet (53), noto per essere un fautore della teoria universalistica del diritto internazionale privato, aveva intuito la possibile contraddizione insita nel concetto di ordine pubblico nel caso in cui una Corte Internazionale si fosse trovata nella posizione assurda di dover applicare il diritto di uno Stato determinato che, tuttavia, divergesse dai principi più basilari riconosciuti dalla comunità internazionale. Dopo Niboyet, Rolin (54), Goldman (55) e Rigaux (56) avevano alimentato un dibattito in cui, se Rigaux dimostrava l'interesse, ma allo stesso tempo l'ambiguità di fare riferimento ad un ordine pubblico "veramente" internazionale fondato essenzialmente su regole di *jus cogens*, Goldman ribadiva che l'unica ragion d'essere di un siffatto ordine pubblico internazionale sarebbe stata quella di essere distinto da quello del foro, fatto che avrebbe potuto condurre paradossalmente il giudice nazionale a condannare su questa base lo stesso proprio diritto (57).

(51) Il caso è lungi dall'essere ipotetico posto che al 31 maggio 2001 ben 126 Stati - tra cui i più importanti del mondo - sono parti della convenzione di New York del 1958 in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri.

(52) A seguito dell'importante evoluzione giurisprudenziale segnata dai casi *Hilmarton* e *Chromalloy* il ruolo dell'eventuale violazione dell'ordine pubblico della *lex situs arbitri* sembra assumere oggi un ruolo sempre più secondario. Prevalgono, infatti opposte considerazioni tese a potenziare l'analisi dell'ordine pubblico del paese di *exequatur*, caldegiate dalla dottrina francofona la quale sostiene che l'annullamento del lodo nel paese del sito arbitrale non preclude e non deve precludere il successivo riconoscimento e l'esecuzione dello stesso ad opera del giudice dello Stato dell'*exequatur*, in quanto questi deve valutare autonomamente i requisiti di eseguibilità in conformità all'ordinamento di cui esso stesso è espressione.

(53) LA PRADELLE - NIBOYET (sotto la direzione di), *Répertoire de droit international*, v° *Ordre Public*, n°439.

(54) ROLIN, *Vers un ordre public réellement international*, in *Mélanges Basdevant*, 1960, p. 441.

(55) GOLDMAN, in *Clunet*, 1966, p. 137; *Mel. Cassin*, p. 449 et s.

(56) RIGAUX, I, n°513 cit. in BATHIFOL - LAGARDE, *op. cit.*, p. 598 s.

(57) All'origine di tali dibattiti si trovava la celebre sentenza, del 12 luglio 1929, sui pretesi serbi e brasiliani di tali dibattiti la Corte Permanente di Giustizia Internazionale (*Affaire concernant le payement de divers emprunts serbes émis en France*, CPIJ, 12 luglio 1929, Ser. A, n°20-21, Arrêt n. 14, p. 41-42; CPIJ, Ser. C, n°16 (III) su cui v. GENET, *L'affaire*

internazionale", con tutti gli effetti internazionalprivatistici che tale nozione comporta. È dunque su questa tematica che risulta necessario offrire *hic et nunc* alcuni spunti di riflessione.

Come è noto, la nozione di ordine pubblico risulta polisemica potendo comprendere contenuti diversi nel tempo e nello spazio.

La consultazione dei primi corsi pubblicati dall'Accademia di diritto internazionale dell'Aja negli anni '20, consente di cogliere appieno l'evolversi della nozione nel contesto dell'arbitrato e del commercio internazionale (49).

Le linee fondamentali di un concetto vastissimo come quello di ordine pubblico sono state tratteggiate, da ultimo, da Jobard-Bachelletier e De Geouffré de la Pradelle con queste parole suggestive:

"...partout l'appel à l'ordre public évoque de grands principes, des intérêts généraux, même, des valeurs très hautes - en un mot, l'ordre au sens le plus élevé du terme, dont chacun comprend l'importance et qui mérite certain sacrifices. Mais cet ordre, fondamentalement bénéfique, est "public" avant tout, les intérêts qu'il sert, les principes qui l'expriment, les valeurs qui l'inspirent ont l'autorité publique pour gardienne" (50).

La funzione che, in generale, l'ordine pubblico assolve nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale è, però, duplice.

Da un lato, ponendosi dal punto di vista di un singolo ordinamento statale, ci si trova in presenza di un nucleo di principi del foro dotato di vigore speciale, da cui il giudice adito ai fini del riconoscimento ed esecuzione del lodo "straniero", non può prescindere in virtù dell'art. V

(49) HEALY, *Théorie générale de l'ordre public*, RCADI, 1925/IV, t.9, p. 407-558; nonché BALLADORE - PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, RCADI, t.51, 1935/I, p. 287-404, a cui cfr. RUNDSTEIN, *L'arbitrage international en matière privée*, RCADI, 1928/III, t.23, p. 327-462; adde GUGGENHEIM, *Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire*, in RCADI, 1932/II, t.40, 1932, p. 645-764; BOREL, *Les voies de recours contre les sentences arbitrales*, RCADI, 1935/II, t.52, p. 1-104; DE TAUBE, *Les origines de l'arbitrage international: Antiquité et Moyen Age*, RCADI, 1932/IV, t.42, p. 1-116; e, più in generale, VITTA, *La défense internationale de la liberté et de la moralité individuelles*, RCADI, 1933/III, t.46, p. 557-666. Un interessante disamina della nozione di ordine pubblico nel quadro degli accordi internazionali sulle materie prime è stata offerta da FRANCK *Minimum Standards of public policy and order applicable to collective international commodity negotiations*, in RCADI, 1978/2, t.160, p. 395-436.

(50) JOBARD-BACHELLETIER - DE GEOUFFRÉ DE LA PRADELLE, *Ordre public international*, (voce), in *Jurisc. dr. int.*, p. 3. V. in generale CARBONE - LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, in Resoigno (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, p. 146 s.; cfr. ZHUSOV, *Mandatory and public policy rules in international commercial arbitration*, in NILR, 1995, p. 81-119.

Recenttissimamente, tuttavia, la nozione di ordine pubblico, sia pure di "contenuto variabile" — secondo la nota terminologica di Chaim Perlmans — è stata impiegata dal giudice nazionale al fine di evidenziare l'adesione generale dell'ordinamento giuridico interno a valori universali espressi in risoluzioni di organizzazioni internazionali o evidenziati da principi, anche giurisprudenziali, formati negli ordinamenti di civiltà giuridica affine (58).

Tornando al contesto arbitrale, occorre sottolineare che il caso *Hilmarton* ha fornito recenttissimamente alla dottrina specialistica la cartina di Tornasole per verificare tutta la complessità della nozione dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria (59). Il passaggio dall'impostazione internazionalprivatistica tradizionale centrata sulla figura del giudice statale a quella, diversa e più complessa, propria dell'istituto arbitrale veniva sintetizzata da Fadlallah esprimendo i seguenti dubbi:

des emprunts serbes et brésiliens devant la Cour Permanente de Justice Internationale, in RGDP, 1929, p. 669-694; cfr. PRUDHOMME, Les emprunts des Etats brésiliens et serbes devant la Cour Permanente de Justice Internationale de La Haye, in Clunet, 1929, p. 837-895; sulla questione dei prestiti brasiliani v. ibidem, Arrêt n. 15, nonché CPII, Ser. C, n°16 (IV), e le annotazioni di FACHRI, The Brazilian Loans Case, in BYIL, 1930, v.11, p. 208-209; in Clunet, 1929, p. 1006) in cui la stessa Corte aveva osservato che, in caso di applicazione del diritto interno, la medesima avrebbe dovuto rispettare le interpretazioni giurisprudenziali nazionali della legge statale competente nella misura in cui, tuttavia, ciò avrebbe portato a soluzioni "ragionevoli".

(58) È quanto si fa strada in modo sempre più nitido, sulla scia di un'importante dottrina, nella giurisprudenza italiana dell'ordine pubblico internazionale che appare orientata ad individuare "principi comuni alle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo" v. ad es. Cass. 24 novembre 1989, n. 5974, *Sorichetti c. Monass, in Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 155 s. V. in particolare MOSCONI, Art. 16, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n°218 - Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 981; Id., *Exception to the operation of choice of law rules*, in *RCADI*, 1989/V, p. 9 s.; BADIALI, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, (voce) in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; *Barile, Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, (voce) in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1106 s.; *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento statale (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969, *passim*; *BENVENUTI, Comunità statale, comunità internazionale ed ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1977, p. 1 s.; *SERDUTI, Ordine pubblico internazionale ed ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1954, p. 82 s., Id., *Sul limite dell'ordine pubblico*, in *Riv. dir. intern.*, 1960, p. 303 s. Quest'ultimo autore ha visto in modo nitido la possibilità se non l'esigenza che i principi costitutivi dell'ordine pubblico debbano rispondere a concezioni universalmente accettate ed essenziali per ogni convivenza umana e civile.

(59) Sull'intera vicenda v. *infra*.

"Le choix de la loi applicable par les parties est un dogme. Tous les systèmes invitent l'arbitre international à le respecter. Le juge étatique, on le sait, n'est pas désarmé par cette désignation. Il a toujours la faculté de recourir à son ordre public classique, à ses lois de police et le cas échéant aux lois de police étrangères. Mais l'arbitre? Quel ordre public lui imposer autre que celui de la loi applicable?... Sans doute est-il parfois suggéré de reconnaître l'existence d'un ordre public transnational. Mais, outre que cet ordre ne comporterait que certains principes généraux admis universellement, l'on a vu dans l'affaire *Hilmarton* le tribunal fédéral suisse affirmer qu'il ne connaît que l'ordre public suisse... Quant aux lois de police proprement dites, il semble largement acquis que les parties puissent les écarter, de sorte que l'arbitre ne pourrait les appliquer contre la volonté déclarée des contractants" (60).

Alla luce di tali considerazioni, altra parte della dottrina (61) ha potuto osservare il consolidarsi di un vero e proprio ordine pubblico *transnazionale*, distinto da quello interno, internazional-domestico e "veramente internazionale", ma costituente, al pari degli altri, un nucleo di principi invalicabili i cui elementi sarebbero diretti ed

(60) FADLALLAH, *Les instruments de l'illicite*, in *L'illicite dans le commerce international*, Paris, 1996, p. 295.

(61) LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, *Rev. arb.*, 1986, p. 329; OPPETT, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, in *JDI*, 1987, p. 5s.; Id., *Droit du commerce international et valeurs non marchands*, in *Mélanges Lalive*, 1993, p. 309; FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, n°584, 1468 s., s.1518 s., e bibliografia ivi citata; cfr. MAYER, *La règle morale dans l'arbitrage international*, in *Etudes Bellet*, 1991, p. 379 s.; in senso più moderato EL KOSHERI - LEBOULANGER, *L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence*, *Rev. arb.*, 1984, p. 3 s.; favorevole ad un inquadramento nella *lex mercatoria* LOQUIN, *La réalité des usages du commerce international*, *Rev.int.dr.écon.*, 1989, p. 180 s. V. sul tema anche i seguenti dossier della CCI: AA.VV., *L'exaction et la corruption dans les transactions commerciales*, Pub. CCI n°315, 1977; e spec. AA.VV., *Les commissions illicites*, Pub. CCI n°480/2, 1992, p. 1 s. Ampi riferimenti sull'intera tematica si reperiscono, da ultimo, in KAHN - KESSIDJIAN (a cura di), *L'illicite dans le commerce international*, Paris, 1996, p. 1 s.; FUMAGALLI, *Mandatory rules and international arbitration: an Italian perspective*, in *Bull. ASA*, 1998, p. 43 s.; GARCIA DE ENTERRIA, *The role of public policy in international commercial arbitration*, *Law & Pol. in Int'l Bus.*, 1990, p. 389 s.; DOLINGER, *World's public policy: real international public policy in the conflict of laws*, in *Texas Intnl. L. J.*, 1982, p. 167 s.; DOMKE, *Towards an international public policy in commercial arbitration*, in *Festschrift für Arthur Bulow*, 1981, p. 49 s.; cfr. VANDER ELST, *Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate*, *Mélanges Léglise, Paris*, 1985, p. 653 s. nonché FERRANTE, *Enforcement of foreign arbitral awards in Italy and public policy*, in *Hommage à F. Eisemann*, Paris, 1978, p. 83 s.

immediata degli stessi operatori economici. Secondo i sostenitori della teoria dell'ordine pubblico transnazionale, la giurisprudenza arbitrale avrebbe ad esempio, elaborato il principio (lexmercatoristica) della nullità dei contratti ottenuti attraverso l'attività di corruzione (62). Per Philippe Kahn:

"La notion d'ordre public transnational est plus large que celle de pratique illicite, car elle peut aboutir à la condamnation de comportements qui soient parfaitement licites eu regard de la législation sous l'empire de laquelle ils se sont manifestés, mais qui vont à l'encontre d'une règle que les arbitres considèrent comme primordiale au regard des pratiques internationales" (63).

Contro questa impostazione, due attenti osservatori del diritto commerciale internazionale come Henry Batiffol e Paul Lagarde hanno rilevato che: "...l'idée de justifier le recours à l'ordre public par un appel à des valeurs universelles ou de droit naturel est ancienne, mais la spécificité de cet ordre public universel a pris plus de consistance à partir du moment où ses sources ont commencé à devenir internationales" (64). Gli stessi autori, tuttavia, osservano che: "les tribunaux y ont parfois recours dans le cas où, si le contrat avait été soumis à la loi du for, ils auraient fait appel aux notions internes de cause immorale ou illicite, ou de public policy, pour imposer un minimum de moralité dans les transactions commerciales internationales" (65). Ed anche se per l'arbit-

(62) FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 835. V. Institut de droit et pratique des affaires internationales de la CCI, *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, séminaire des 7 et 8 avril 1986, Paris, ICC publishing, 1986 ove ulteriori riferimenti.

(63) KAHN, *u. loc. cit.*, p. 100

(64) BATIFFOL - LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, Dalloz, 8 ed., 1993, p. 586.

(65) A titolo di esempio si cita il primo caso della Banca Ottomana, in cui il tribunale di Parigi, si era rifiutato di pronunciarsi su dei "principes d'un prétendu ordre public international supérieur à toutes les lois internes dont l'existence n'est reconnue par aucune droit positif et particulièrement par le droit français" (19 mars 1965, in *Clunet* 1966, p. 137, nota di GOLDMAN, in *Rev. crit. dip.*, 1967, p. 85, nota di LAGARDE). Questa posizione era stata successivamente superata nel secondo caso *Banque Ottomane* (Paris, 3 oct. 1984, in *Rev. crit. dip.*, 1985, p. 526, nota di SYNETT) in cui vi era un preciso riferimento all'esistenza di un ordine pubblico "sinon universel du moins commun" a diversi ordinamenti giuridici. L'applicazione della nozione di ordine pubblico internazionale a fini "moralizzatori" viene effettuata in riferimento a forniture destinate all'effettuazione di un colpo di stato (Seine, 2 juil 1932, in *Rev. crit. dr. int.*, 1934, p. 770, nota di LAGARDE); di contrabbando (4 janv. 1956, in *Rev. crit. dip.*, 1956, p. 679); corruzione (Com.7 mars 1961, *Bull. Civ.*), traffico d'armi (Paris, 9 fev. 1966, in *Rev. crit. dip.*, 1966, p. 264, nota di LOUIS - LUCAS). Contra si veda una sentenza in cui non è stata accolta la tesi del contratto con l'ordine pubblico nono-

tro, che è privo di foro, un ordine pubblico anazionale potrebbe assolvere la funzione che l'ordine pubblico ha per il giudice nazionale, tuttavia, gli stessi autori, avvertono che la prassi internazionale è lungi dall'essere univoca. Ciò in quanto: "les sentences arbitrales y font volontiers référence, notamment pour annuler de contrats de corruption trop voyants. Le contenu de cet ordre public retenu par les arbitres est cependant incertain, la *lex mercatoria*, et les "principes généraux des obligations applicables dans le commerce international" ayant parfois été invoqués par valider, au contraire, des contrats de corruption" (66).

Accogliere la tesi dell'ordine pubblico transnazionale equivale, infatti, a riconoscere, in pieno, l'esistenza della *lex mercatoria* quale ordinamento giuridico indipendente: fatto, questo, che forma oggetto di un dibattito non ancora sopito (67).

Un ordine pubblico transnazionale risulterebbe tuttavia auspicabile nell'ipotesi di elezione di un diritto applicabile anche statale il cui richiamo potesse condurre, a causa di lacune interne o per disposizione espressa, a soluzioni di tipo "illecito" dal punto di vista degli stessi operatori economici (come, ad esempio, in materia di traffico di droga, contratti di vendita di organi del corpo umano, usura, corruzione, o ingaggio di mercenari per l'effettuazione di un colpo di Stato).

Si tratterebbe, quindi, di casi, abbastanza rari, nella prassi contemporanea ma significativi di una certa tendenza in cui non sarebbe lo Stato ad arginare le possibili devianze del liberalismo implicito nella *lex mercatoria*, ma, al contrario, sarebbe l'universo giuridico presente nella *lex mercatoria* ad intervenire proprio là dove il diritto di uno Stato condurrebbe a soluzioni giuridicamente lecite secondo la legge applicabile ma paradossalmente illecite - *rectius* immorali - per la maggior parte degli operatori del settore (68). Valga, ad ulteriore conferma delle

stante si fosse in presenza di un traffico d'armi legato alla corruzione (Paris, 29 janv. 1991, in *Rev. crit. dip.*, 1991, p. 731, nota di HEUZE, in *Clunet*, 1991, p. 691, 1er es., nota di OPPERT *adde* Versailles, 22 mars 1990 et Paris 1er juin 1988).

(66) BATIFFOL - LAGARDE, *op. cit.*, p. 588. Si citano al riguardo una sentenza svizzera (Trib.fed., 27 nov. 1973, *JT* 1974-634), una sentenza francese (Paris, 12 juin 1980 poi in Civ.9 dec.1981, J.1982-931, nota di OPPERT, *Rev. arb.* 1981-292, 2e esp., nota di COUCHEZ). Il dibattito che ne è seguito si trova sintetizzato in OPPERT, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, in *Clunet*, 1987, p. 5 s.ed. *ibidem*, 1991, p. 691 s. Cfr. GOLDMAN, in *Clunet*, 1985, p. 130, spec. p. 153 e JOBARD - BACHELLIER, *Jurisclass. droit internat.*, fasc.534-2, n°51 e s., 102 e s.

(67) Su cui v. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, cit.

(68) Basti pensare al diritto di uno Stato "meno sviluppato" giuridicamente ed in cui la concezione occidentale della corruzione non fosse condivisa. V. al riguardo le deroghe già previste al *FCPA* statunitense enunciate *supra*.

un ordine "pubblico" in cui, evidentemente, l'idea di ordine "privato" risulta necessariamente esclusa.

Secondo la critica relativistica, propugnata dal Mayer, poiché l'ordine pubblico transnazionale incorpora in sé delle norme di natura morale, l'arbitro internazionale si troverebbe nella situazione paradossale di farsi strumento di applicazione di una morale effimera la cui fonte ultima risulterebbe essere, in ultima analisi, la propria coscienza. Infatti, a causa della mancanza genetica di una qualsiasi *lex fori* da cui trarre le norme costitutive dell'ordine pubblico transnazionale, l'arbitro finirebbe per reperirle solo in sé stesso (71).

Diversa e più incisiva è, infine, la critica di Heuzé il quale, rilevato che l'arbitro fonda i propri poteri sulla volontà delle parti, ne deduce che la stessa volontà delle parti pone un limite invalicabile all'esistenza di un ordine pubblico transnazionale. Ciò in quanto il fondamento dei propri poteri impedisce, *ipso facto*, all'arbitro internazionale di erigersi a custode di valori e di interessi appartenenti ad altri ordinamenti o, comunque, esterni alla volontà delle parti (72).

La dottrina favorevole alla teoria dell'ordine pubblico transnazionale (73) ha tentato di superare le critiche testé citate argomentando - a dire il vero - in modo non sempre coerente. Sull'obiezione dell'utilità stessa della nozione si è proposto di estendere il concetto di ordine pubblico transnazionale sino a ricomprendervi l'ordine pubblico "veramente internazionale" che costituirebbe "l'assurance d'une exécution universelle de la sentence" (74).

(71) MAYER, *La règle morale dans l'arbitrage international*, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 379. V. anche BREDIN, *La loi du juge*, in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, 1982, p. 15 s.; nonché SANDROCK, *How much freedom should an international arbitrator enjoy?*, in *Am. Rev. Int. Law*, 1992, v.3, *Essays in Honor of Hans Smit*, p. 30 s.

(72) HEUZÉ, *La morale, l'arbitre et le juge*, in *Rev. arb.*, 1993, p. 179, nonché *Id.*, *Corruption*, (voce) in *Encyclopédie Dalloz/Rép. de droit international*, cit.

(73) LEW, *Applicable law in international commercial arbitration*, Oceana, 1978, n°413, p. 540 s.; GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives*, in *Trav. com. fr. DIP*, 1977-1979, p. 21 s.; CHAPPELLE, *Les fondations de l'ordre public en droit international privé*, Thèse Paris II, 1979, n°491 s.; p. 530 s.; LALIVE, *op. cit.*, 364 s.; MOUTRY, *Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la lex mercatoria?*, in *Rev. arb.*, 1989, p. 3 s.; OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, 1992, p. 381 s.; JACQUET - DELEBEQUE, *Droit du commerce international*, Paris, 1997, n°156, p. 92, e v. *amplius* STRENGER J., *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, *RCADI*, 1991/II, t.227, p. 209, spec. p. 328.

(74) LOQUIN, *Les manifestations de l'illicite*, KAHN - KESSÉDIAN (sotto la direzione di), in *L'illicite dans le commerce international*, Paris, 1996, p. 247.

considerazioni appena presentate, quella dottrina che ha prospettato che siffatto approccio possa operare non solo "a valle" del ragionamento conflittualistico dell'arbitro, bensì anche "a monte" e, cioè, alla stregua della determinazione delle norme di applicazione necessaria in quanto: "Gli arbitri tendono a dare peso più facilmente a norme di applicazione necessaria di un ordinamento terzo riconducibili a principi condivisi a livello transnazionale (riconducibili a un 'ordine pubblico veramente internazionale') mentre essi tendono ad assumere un atteggiamento più prudente negli altri casi, ed in particolare quando si tratti di norme confliggenti con le esigenze di libertà dei traffici commerciali internazionali (come divieti di esportazione, norme valutarie etc.)" (69).

Contro l'impostazione ora delineata, altra parte della dottrina ha, però, attaccato la nozione di ordine pubblico "transnazionale" rilevandone l'inutilità oppure la completa relatività.

In base alla teoria dell'inutilità, l'ordine pubblico transnazionale non svolgerebbe alcuna funzione ogni qualvolta un lodo risultasse contrario ad un qualsiasi ordine pubblico statale. In questo caso, l'ordine pubblico statale si sostituirebbe a qualunque altra norma di origine transnazionale che non fosse contenuta in esso stesso, poiché il giudice nazionale risulta essere custode solamente dell'ordine pubblico dell'ordinamento di cui egli risulta espressione (70). A ciò si aggiunga che, per definizione, l'ordine che si vuole assicurare è, nella sua essenza,

(69) BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, cit., p. 223 s.; cfr. DERAINS, *Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale*, in *Etudes Goldman*, p. 29, *Id.*, *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*, in *Rev. arb.*, 1986, p. 375 ss.; cfr. il lodo n°6320 del 1992 in cui gli arbitri hanno ritenuto che, da un lato, la finalità della normativa statunitense *RICO* risultasse conforme ad un principio di civiltà giuridica; dall'altro lato però la sanzionatorio previsto da tale normativa (*treble damages*) risultava tipico solo dell'ordinamento interno statunitense. Infatti, se la lotta alla corruzione si presenta alla stregua di una priorità incontestabile, l'applicazione *tel quel* della legge *RICO* doveva essere opportunamente ridimensionata sulla base della considerazione secondo la quale, altrimenti, si darebbe applicazione "extraterritoriale" ad una normativa caratterizzante lo specifico sistema statunitense. Gli arbitri rilevavano in particolare che: "While it is of course, in the interest of the international community and international commerce to prevent, also at the international level, practices such as those at which *RICO* aims, it cannot be judged that the specific legal consequences of a *treble damages* claim of an 'injured party' are a common feature of many national laws or international law" (corsivo aggiunto), in *Revue CCI*, t.III, p. 336 e 577 s.

(70) Evidenzia questo atteggiamento uno dei più famosi teorici dell'ordine pubblico transnazionale LALIVE, *Ordre public transnational (ou réalement international) et arbitrage international*, in *Rev. arb.*, 1986, p. 330.

Su questa scia, Matray, ad esempio, ha immaginato di concepire l'ordine pubblico transnazionale come una nozione da collocarsi tra l'ordine pubblico proprio dei singoli Stati ed un ordine pubblico comune a tutti gli Stati, definendolo come "un ordre public en quelque sorte régional ou multinational" (75) ma ha finito per reperirlo nell'ordine pubblico comunitario riducendo così un fenomeno transnazionale ad un fenomeno regionale.

Orbene, secondo noi, si confondono sulla questione due aspetti da tenere separati se si vuole fare chiarezza.

Da un lato, indicare che l'ordine pubblico transnazionale equivale a quello "veramente internazionale", il cui contenuto comprende lo *ius cogens* ed alcuni principi generali di diritto ex art.38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, significa affermare che l'ordine pubblico, cui aspirano gli operatori del commercio internazionale, coincide con quell'elevato - ma più ridotto - concetto di ordine pubblico dato dallo *ius cogens* il cui rispetto (con le note controversie che hanno impedito ad alcuni paesi come la Francia di firmare la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969) si imporrebbe solo agli accordi internazionali conclusi tra soggetti del diritto internazionale pubblico (76).

Dall'altro lato, pensare che l'arbitro debba garantire il rispetto di un ordine pubblico transnazionale, inteso alla stregua dell'ordine pubblico "veramente internazionale", ponendosi nella prospettiva di un utopico riconoscimento universale del lodo, equivale, prima, a ricadere nella critica dell'inutilità di un *tertium genus* di ordine pubblico e, poi, soprattutto, a sottovalutare l'intrinseca variabilità di quella nozione nella sua applicazione concreta da parte del giudice interno come ha dimostrato il caso *Hilmarton* su cui si dirà in seguito (77).

Ne segue che, l'unica ragion d'essere dell'ordine pubblico transnazionale, al pari della *lex mercatoria*, non si rinviene direttamente né nelle norme di *hard law*, evidenziate dal diritto statale ed interstatale, né in molte norme di *soft law* quale ad esempio il progetto di codice di condotta delle multinazionali. Gli elementi costitutivi di tale tipo di ordine pubblico si individuano solo attraverso i capillari dell'ordina-

(75) MATRAY, *Arbitrage et ordre public transnational*, in *The art of arbitration, liber amicorum Pieter Sanders*, 1982, p. 244.

(76) Cfr. al riguardo RIGAUX, *Droit international privé*, t.I, n°513 nonché BATHIFOL-LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8 ed., Paris, 1992, p. 598.

(77) È noto, infatti, che l'ordine pubblico in sede di *exequatur* di un lodo arbitrale, nonostante venga espressamente definito da alcuni ordinamenti (ma non in Italia) come internazionale, può rimanere, al di là della vocazione a ricomprendere in sé stesso valori internazionalmente condivisi, di natura interna.

mento statale ed interstatale e trovano necessariamente riscontro in quelle esigenze del commercio internazionale legate a rilevanti interessi propri degli operatori come gruppo. Detti interessi si manifestano attraverso l'espressione di regole generali di organizzazione del mercato le quali vengono poste in modo immediato e diretto dai medesimi operatori del commercio internazionale.

Il superamento delle critiche di cui sopra, sembra, quindi, possibile concependo la nozione dell'ordine pubblico transnazionale, nel modo ora indicato, ponendosi al di fuori della nozione dell'ordine pubblico interno ed al di sotto dell'ordine pubblico "veramente internazionale".

Tuttavia, anche quest'ultimo tipo di approccio presta il fianco al rilievo secondo il quale risulta insita nell'idea dell'ordine "pubblico" la presenza dell'autorità statale e, pertanto, anche qualora si accogliesse in pieno la dottrina della *lex mercatoria*, l'idea di ricostruire l'ordine pubblico transnazionale per analogia rispetto all'ordine pubblico *tout court* si scontrerebbe inevitabilmente con la considerazione secondo la quale l'ordine che si vuole assicurare al di fuori ed al di là dello Stato è un ordine "privato" transnazionale, come tale inidoneo ad incarnare quegli interessi collettivi imprescindibili che solo l'autorità statale potrebbe rappresentare e tutelare.

In conclusione, si deve osservare che, se la funzione dell'ordine pubblico transnazionale corrisponde alla necessità di assicurare un ordine all'interno della comunità degli affari e di porre un freno a condotte devianti in grado di minacciare il corretto funzionamento dei mercati, può, oggi, essere impiegata dagli arbitri non tanto la nozione dell'ordine pubblico transnazionale, bensì un'interpretazione estensiva della nozione di *bonos mores* entro cui fare rientrare quei valori fondamentali che risultino essere espressione immediata e diretta del gruppo socio-economico cui appartengono le parti.

Le regole da fare rientrare nella predetta nozione di *bonos mores* sarebbero, secondo noi, da trarre dall'esame dei codici di condotta, sia al livello delle associazioni di categoria, sia al livello delle singole imprese, considerati alla stregua di catalizzatori di principi irrinunciabili e di regole di correttezza professionale degli operatori economici. L'esame della "giurisprudenza arbitrale" sembra confortare quanto ora ribadito e ci consentirà di precisare meglio il ruolo dell'arbitro nella lotta alla criminalità transnazionale (78).

(78) Al riguardo, giova rilevare che l'idea di un ordine pubblico degli affari trova le prime espressioni confuse già nel lodo CCI n. 761, del 4 luglio 1951, ove si fa riferimento a "l'ordre public international qui régit notre civilisation traditionnelle", cui fa seguito il lodo n. 3267 del 1979 che inizia a menzionare espressamente l'esistenza di un "ordre pu-

3.1. L'illecito commerciale transnazionale nella giurisprudenza arbitraria della CCI.

L'idea sopra prospettata di un fenomeno spontaneo di regolamentazione del commercio internazionale e, quindi, di un contributo concreto alla lotta contro la criminalità economica transnazionale attraverso l'applicazione di norme di diritto spontaneo contenute nei codici "etici" ed in particolare del codice di etica degli affari della CCI ha preso forma in alcuni lodi arbitrali che ora si illustreranno succintamente.

Il ricorso diffuso all'arbitrato consente, infatti, agli arbitri di conoscere le controversie nascenti da operazioni del commercio internazionale lecite ed illecite e di svolgere nel contempo un ruolo complementare rispetto a quello del giudice penale, colpendo il fenomeno criminale più a monte, al livello del contratto di base da cui scaturisce successivamente l'atto qualificato e punito eventualmente dalla legge statale come reato.

Piuttosto, avendo una matrice penalistica, la nozione di corruzione può risultare assai restrittiva rispetto a "prassi del commercio internazionale" particolarmente sviluppate all'ombra, ad esempio, dei contratti di consulenza evidenziati dal codice della CCI e, *inter alia*, dal lodo *Hilmarton*.

L'arbitro, molte volte, sarà chiamato a giudicare fattispecie rientranti in questa zona grigia (79) e a sanzionare non tanto l'attività materiale

blie *communément admis*: Successivamente nel lodo CCI n. 2730 del 1982, gli arbitri affermando la contrarietà alla morale ed al buon costume del contratto controverso affermavano che "ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément de droit commun des contrats dans le domaine international." Infine, recentemente, nel lodo CCI n. 6503 del 1990, e nel lodo n. 6320 del 1992, gli arbitri si sono riferiti al diritto comunitario della concorrenza ed alla legge RICO statunitense in relazione all'espressione di un ordine pubblico transnazionale che, seppur evocato, non è stato né definito, né applicato. V. in proposito RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, p. 363 s.

(79) Tra la giurisprudenza arbitrale della CCI vengono trattati più estesamente nel testo tre casi paradigmatici: i lodi n°1110 del 1963; n°5622 del 1988 (*Hilmarton*) e n°6248 del 1990. Giova tuttavia aggiungere che al lodo CCI n°1110, hanno fatto seguito il lodo CCI n° 6248 del 1990, in *Yearbook Comm. Arb.*, 1994, p. 124-140; i due lodi CCI n° 6286 del 28 Agosto 1991, ivi, 1994, p. 141-161, e n°7047 del 1994, ivi, 1996, p. 79-98 in merito a contratti di consulenza, in *ASA Bulletin*, 1995, v. 2, p. 301-357; il lodo CCI n° 6497 del 1994, in *Yearbook Comm. Arb.*, 1999, p. 71-79; tra i lodi pronunciati nell'ambito del contenzioso Iran Stati Uniti v. Iran-US Claims tribunal, lodo n° 48 (255-48-3) del 19 Settembre 1986, *American Bell International Inc. v. The Islamic Republic of Iran (et alii.)*; Iran-US Claims tribunal, lodo n° 43 (258-43-1) del 8 Ottobre 1986, *Oil Field of Texas, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, in Yearbook Comm. Arb.*, 1987, p. 287-291. Adde il lodo CCI n°3916 del 1982, in *Recueil*

della corruzione che sarà colpita dalla norma penale, bensì, ad esempio, il contratto tra appaltatore e "consulente" ove una delle parti reclami il pagamento della tangente che pretende dovutale sotto il falso pretesto di una normale provvigione. In questo senso, pur in presenza di un diritto statale applicabile, favorevole alla validità del contratto stesso, l'arbitro potrà sancirne la nullità. A tale fine all'arbitro basterà fare riferimento al concetto di "buon costume", presente nella generalità degli ordinamenti, assumendolo, tuttavia, in un'accezione transnazionale (80).

I contratti aventi per oggetto il pagamento di compensi nascenti da operazioni di intermediazioni di dubbia liceità possono, infatti, costituire

CCI, t.I, p. 507, con nota di JARVIN, su cui v. *infra* nota 87 in cui gli arbitri si sono riferiti ai *bonos mores* del commercio internazionale. Secondo JARVIN (*Recueil*, cit., p. 511): "Aussi peut-on considérer que les arbitres internationaux sont mieux placés que les juges nationaux pour connaître les pratiques et les normes des affaires internationales et sont en mesure, par conséquent, de contribuer à la création d'un véritable ordre public international." *Contra* v. il lodo n°4145 consistente in due lodi parziali pronunciati il 1983 ed il 1984 con lodo finale del 1986, in *Recueil CCI*, t.I, p. 559, t.II 53, nonché in *Clunet* 1985, v. 112, p. 985 con nota critica di DERAINS, relativo ad un contratto di appalto stipulato tra un ente pubblico di uno Stato mediorientale ed un appaltatore asiatico. Il collegio arbitrale risultava inizialmente composto dall'austriaco Fritz Mascher, dallo svizzero Jean-Claude Fivaz e dal sudcoreano Prof. Sang Hyung Song che a seguito dei due lodi parziali venne sostituito dallo statunitense Prof. Michael Reisman. La questione della corruzione venne esaminata nel secondo lodo parziale a seguito della richiesta presentata dalla parte convenuta. Gli arbitri, rigettando l'istanza rilevavano che, sulla base della legge svizzera eletta dalle parti come *lex contractus*, la corruzione è un caso di immoralità ma che per farla valere in giudizio occorre provare i fatti che ne stanno a fondamento, in base al noto brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*. Non veniva tuttavia impiegata dagli arbitri la tecnica delle presunzioni inaugurata dal lodo CCI n°3916 del 1981 pur se gli stessi ammettevano che "following general principles of interpretation... a fact can be considered as proven even by the way of circumstantial evidence. However, such circumstantial evidence must lead to a very high probability."

V. anche da ultimi i lodi n°5943 del 1990, in *Clunet*, 1996, p. 1014; 6497 del 1994, in *Yearbook Comm. Arb.*, 1999, p. 71; n°8891 del 1998, in *Clunet*, 2000, n°4, p. 1076-1083, con una nota di HASCHER.

(80) Infatti, se la *lex contractus* fosse il diritto italiano, una contrarietà del contratto al buon costume risulterebbe sufficiente a determinare la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1322 c.c. Il diritto italiano utilizza in questo contesto l'espressione "contratto immorale", assumendola in senso specifico. Si tratta, infatti, di un contratto che va non contro dei principi etici astratti, bensì contro i *boni mores* in quanto costituiti dai "principi che corrono sotto il nome di morale sociale (norme sociali) cioè quel che di regola si pratica dalla generalità delle persone oneste, corrette, di buona fede, di sani principi, in un determinato "ambiente" e in un determinato momento", MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 274. Tra una letteratura vastissima v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, v. II, t. I, Padova, 1999, p. 311 s. ed i riferimenti ivi citati.

vietata ma difficilmente repressa dal giudice penale, sicché, ben possono applicarsi i principi civilistici in materia di illiceità ed immoralità del contratto.

L'esame di alcuni tra i lodi più significativi consente di fornire degli esempi concreti di quanto si è già rilevato.

3.1.1. *L'inarbitrabilità delle controversie e la corruzione nel commercio internazionalista: il lodo CCI n° 1110 del 15 gennaio 1963.*

La prima reazione degli arbitri chiamati a risolvere problemi di "illiceità transnazionale" è stata quella di vagliarli sul piano dell'arbitrabilità.

Il caso esemplare di questo approccio si rinviene nel noto lodo CCI n. 1110, che ha dato luogo alla nascita di una corrente di pensiero denominata, in gergo, "giurisprudenza Lagergren" (83). Per l'arbitro Lagergren:

"...It cannot be contested that there exists a general principle of law recognised by civilised nations that contracts which seriously violate *bonos mores* or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators. This principle is especially apt for use before international arbitration tribunals that lack a 'law of the forum' in the ordinary sense of the term... As might be expected, the documents drawn up seems on their face to be legal and bear the semblance of ordinary commercial documents. However, it is, in my judgement, plainly established from the evidence taken by me that the agreement between the parties contemplated the bribing of Argentine officials for the purpose of obtaining the hoped-for business..."

Although these commissions were not to be used exclusively for bribes, a very substantial part of them must have been intended for such use. Whether one is taking the point of view of good government or that of *commercial ethics* it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil; it is *contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations*...

(83) V. WETTER, *Issues of corruption before international arbitral tribunals: the authentic text and true meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110*, in *Arbitration international*, 1994, vol. 10, n. 3, pag. 277-294; nonché BOCKSTIEBEL, *Public policy and Arbitrability*, in *ICCA, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (Atti del VIII Congresso dell'ICCA, New York 6-9 maggio 1986), Deventer, 1987, p. 177 s.

il supporto di fenomeni criminali difficilmente repressibili con strumenti unicamente penalistici e statuali. Ciò, secondo parte della dottrina, risulta dimostrato dal fatto che, nonostante i contratti di questo tipo debbano considerarsi vietati in ogni ordinamento, la realtà si dimostra ben più complessa mostrando uno spettro di possibilità che vanno: "da un divieto assoluto di simili pratiche (come quello del *Foreign Corrupt Practices Act* statunitense del 1977) a forme di tolleranza più o meno aperta, come quelle consistenti nel consentire alle proprie imprese la deducibilità fiscale (e quindi un incentivo) delle spese in questione" come, ad esempio, avviene in alcuni paesi europei e come dimostra l'elencazione contenuta nella recentissima Raccomandazione dell'OCSE del 1996 (81).

Inoltre, vi sono dei paesi come la Svizzera - il cui diritto è stato eletto come *lex contractus* nel maggior numero dei lodi reperiti sul tema dell'"illiceità transnazionale" - che risulta assai liberale in materia di intermediazione, inclusa quella con la Pubblica Amministrazione, fermo restando un divieto generale della corruzione, divieto che viene interpretato restrittivamente dal giudice interno (82). Occorre, infine, rilevare che molti paesi dell'area mediorientale, quali gli Emirati Arabi Uniti e l'Arabia Saudita, obbligano le imprese straniere all'iscrizione in appositi registri in cui occorre indicare uno *sponsor* locale, pena l'inammissibilità alle gare d'appalto. Anche in questi ordinamenti, la corruzione appare

(81) *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions*, OCDE/GD (96) 83, OCSE, Parigi, 1996. V. anche il rapporto del 26 maggio 1997 intitolato *Implementing the 1996 OECD Recommendation on the Tax deductibility of Bribes to Foreign Public Officials* ove viene evidenziata la deducibilità fiscale per paese. Ad esempio, la Francia consente la deducibilità fiscale dei compensi pagati a funzionari stranieri alla stregua di costi d'esercizio. La Svizzera prevede la deducibilità dei detti compensi "provided that they can be proved to be commercially justified and evidence must be given upon request from the tax authorities. In general this includes the disclosure of the identity of the recipient. Così la Germania consente "deductions for bribes paid to foreign officials as business expenses, except when either the briber or the recipient have been subject to criminal penalties, which is currently the case for German officials and for some types of foreign officials of certain international organisations (e.g. officials of the European Union). Facts raising the suspicion that a punishable act of this kind has been committed, will be communicated by the tax authorities to the penal prosecution authorities. A basic requirement for the deduction is the identification of the recipient of the bribe to the tax authorities safeguarding the implementation of legal limitations for the deduction of bribes. In addition, the bribe must be shown to have contributed directly to the realisation of income (i.e. it cannot be a general goodwill gift)".

(82) CRIVELLARO, *Intermediazione illecita e arbitrato internazionale*, in *Impresa & Stato*, *Rivista della Camera di Commercio di Milano*, n°29, p. 2, nel sito internet impresa-stato.mi.camcom.it/im_29/crivell.htm, visitato nel mese di settembre 2001.

After weighing all the evidences I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in Argentina or in France or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, *guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability.*

Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for the assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunal) in settling their disputes" (84).

Lagergren ritenne che l'arbitro che si trovasse ad accertare una violazione grave come quella sopra descritta non potesse che dichiarare l'inarbitrabilità giacché la fonte dei propri poteri risiedeva nel contratto controverso il quale non prevedeva in alcun modo la possibilità di sanzionare entrambe le parti.

In estrema sintesi, nel lodo Lagergren, l'inarbitrabilità è stata dichiarata senza che sia stato effettuato un approfondito esame della propria competenza. Ciò in quanto ci si trovava innanzi a:

"...une absence de juridiction, ce qui doit se traduire, nous semble-t-il, non pas par une simple incompétence, puisque l'arbitre déclare qu'aucune tribunal ne devrait prêter son appui au contrat, mais par une irrevocabilité de fond qui serait puisée sur l'adage *fraus omnia corrumpit*, soit dans la théorie des *clean hands*" (85).

A tali conclusioni si potrebbe obiettare che, di fronte all'accertamento di un'attività corruttiva, come nella presente fattispecie, la risposta dell'inarbitrabilità anche se giuridicamente corretta, non appare soddisfacente mancando qualunque elemento sanzionatorio.

3.1.2. Arbitri e giudici di fronte alla corruzione nel commercio internazionale: l'affare Hilmarton.

Superato il dogma dell'inarbitrabilità (86) e sviluppatasi la teoria del-

(84) Estratto riportato da LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, p. 554. Corsivo aggiunto.

(85) FADLALLAH, *Les instruments de l'illicite*, in *L'illicite dans le commerce international*, Paris, 1996, p. 296.

(86) In materia di arbitrato intemo sembra costante in Italia, sia pure con riferimento all'arbitrato irrituale, un orientamento giurisprudenziale volto a sancire la nullità sia della

l'autonomia della clausola compromissoria (87), si è formata una prima "giurisprudenza arbitrale" sull'"illecito transnazionale" legato alle attività di corruzione o di offerta di tangenti.

Nel lodo CCI n°2730 del 1982, ad esempio, un collegio arbitrale aveva dichiarato la nullità di un contratto che aveva come scopo l'elusione della legge valutaria jugoslava, attraverso un contratto simulato di esportazione al fine di ottenere la valuta necessaria per un'operazione di importazione. Il collegio arbitrale affermava, *inter alia*, che:

"De manière générale, tout contrat ayant un objet contraire à des lois impératives ou d'ordre public, à la morale et aux bonnes moeurs est nul

clausola compromissoria sia del contratto principale cui essa accede. Con sentenza del 14 aprile 1997 (pubblicata in *Riv. arb.*, 1997, p. 275) aderendo ad un orientamento seguito dalla Corte d'Appello di Roma (24 gennaio 1991, in *Riv. arb.*, 1992, p. 281 s. nota di Grossi), il Tribunale di Milano ha stabilito che la questione di nullità del contratto nominalmente soggiace alla clausola compromissoria in quanto diversi sono gli atti di volontà che hanno posto in essere i due negozi giuridici, ma che la nullità del contratto, per illiceità della causa, si estende al patto compromissorio medesimo. Sul tema v. Cass. SS. UU., n. 4114 del 1981, in tema di nullità per illiceità della causa, di un contratto concluso tra parti, di cui una straniera, ai fini dell'illecita esportazione di capitali; [Cass. n. 3266 del 1986 - cessione di azioni a terzi per esonero dalla responsabilità ex art. 2362 c.c.; Cass. n. 2035 del 1994 e 5790 del 1996 in tema di nullità di appalto su edifici non conformi alla normativa edilizia; Cass. n. 4824 del 1979 e n. 8984 del 1994 in tema di contratto stipulato con convenzione di incapece] nonché Trib. Milano 15 luglio 1995, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, p. 641, sulla nullità per illiceità della causa e per motivo illecito comune a entrambe le parti di un contratto di "consulenza commerciale" stipulato al fine di procurare ad una delle parti contratti con la P.A. sfruttando le conoscenze politiche dell'altra parte. In dottrina v. in generale: GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto Impr.*, 1991, p. 469 s.; DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitro irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 2, p. 401 s.; RICCI, *Sui poteri (e doveri) degli arbitri irrituali di fronte ad una questione di nullità dei patti parasociali per contrarietà a norme imperative*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 2, p. 487 s. In generale v. CARLEO, voce *Controverse non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 263 s.

(87) Sulla diversa funzione della clausola compromissoria rispetto al contratto in cui essa risulta inserita si era già espresso CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 327 s. Cfr., per la dottrina contemporanea, BERNINI, *L'arbitrato. Diritto interno. Convenzioni internazionali*, Bologna, 1993, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, nonché SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p. 122 s.; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 283 s.; VIGORITI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitro irrituale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 62 s.; nonché GIARDINA, *Autonomia della clausola compromissoria e rinuncia all'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 798 s.; MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 409 s.; BERNARDINI, *Ricevibilità del ricorso in annullamento ed autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 800 s.

d'une nullité absolue...Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine international" (88). Di qui gli arbitri concludevano che "...En l'espèce les parties ont sciemment passé un contrat fictif, en violation de la législation jugoslave qui régit le contrat, et en procurant à l'exportateur fictif un crédit lui-même fictif qu'il n'aurait pas obtenu autrement. Il y a donc à la fois violation de la loi, de la morale et des bonnes moeurs" (89).

Su questa linea giurisprudenziale si collocano alcuni altri lodi (90)

(88) Lodo CCI n°2730 del 1982 in *Clunet*, 1984, p. 914, cit. in TARAMASSO, in ALPA - BESSONE, *I contratti in generale*, aggiornam., Torino, 1999, I, p. 870.

(89) Lodo CCI, cit. in JARVIN - DERAINS, *Recueil CCI 1974-1985*, p. 490, corsivo aggiunto. Nello stesso senso vedi il lodo CCI n°2930 del 1982, in *Yearbook Comm. Arb.*, 1984, p. 105 s. ove si afferma che: "...in general all agreements contrary to mandatory provisions of law or public policy, to morality or bonos mores are null and void... This principle is recognized in all countries and in all legal systems. It is an element of generally accepted contract law in the international field".

(90) Il lodo CCI n°3913 del 1981, ad esempio, ha affermato la nullità, per illiceità della causa, di un contratto tra un'impresa britannica svolgente una non meglio definita attività di intermediazione in Africa ed una impresa francese beneficiaria dei suoi servizi. Gli arbitri hanno affermato che: "...il ressort de ce qui précède que (l'entreprise britannique) devait remplir l'office d'un intermédiaire financier, recevant une certaine somme d'argent qu'elle redistribuerait aux membres d'une filière composée de responsables locaux dont les "positions" permettaient de penser qu'ils étaient susceptibles de concourir favorablement à l'attribution à (l'entreprise française) du marché de... En d'autres termes, la commission stipulée au profit de (l'entreprise britannique) devait servir à payer ce qu'il est convenu d'appeler communément des "pôts-de-vin". Le versement de "pôts-de-vin" par l'entreprise britannique" est la cause de l'engagement souscrit par (l'entreprise française)... Une telle cause est, en droit français, illicite et immorale... cette solution n'est pas seulement conforme à l'ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît." V. *Rev. arb.*, 1986, p. 339; *arb. Int.*, v.2, p. 112; LEW J., *Contemporary problems in International Arbitration*, London, 1986, p. 68; JARVIN - DERAINS, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, v.1, Paris, 1990, p. 562 s. In senso conforme v. il lodo n. 3916 del 1982 in cui si tratta di un contratto avente per oggetto delle commissioni da versare per "facilitare" la concessione di appalti da parte dello Stato iraniano. Il convenuto greco accipiva, nel corso del contraddittorio, l'illegalità e la conseguente nullità del rapporto giuridico fondamentale sulla base sia del diritto iraniano, sia di quello francese applicabile in specie. L'arbitro austriaco, citando il "lodo Lagergren", affermava che "la moralità negli affari internazionali" imponeva la declaratoria di nullità del contratto per contrarietà al buon costume. Di più, con allusione al diritto internazionale pubblico ed all'art.38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, dichiara l'esistenza di un principio generale del diritto delle nazioni civili, secondo il quale gli accordi che violano pesantemente "les bonnes moeurs" o l'ordine pubblico "internazionale" sono nulli o quantomeno inef-

che confermano l'approccio ora evidenziato, ma il *landmark case* è sicuramente il caso *Hilmarton*.

Nel celebre lodo *Hilmarton* (91) veniva posta in discussione la liceità di un'attività di intermediazione in Algeria. L'arbitro designato, dopo aver rilevato che la legge algerina contemplava il divieto di qualsiasi forma di intermediazione, pure in assenza di prova dell'uso illecito della provvigione pagata all'intermediario, sanciva la nullità del contratto per contrarietà con l'ordine pubblico svizzero in base all'art.20 del codice svizzero delle obbligazioni.

Considerata la peculiarità del caso, appare utile effettuare un breve *excursus* sulle questioni emerse in sede di procedimento arbitrale.

Trattavasi di un arbitro amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale (CCI) in una controversia tra una società di diritto francese, la società *OTY*, rappresentata dall'avvocato Yves Derains, e la società *Hilmarton*, di diritto inglese, rappresentata dall'avvocato Zwaahlen-Stamm. La società *OTY*, intendendo partecipare ad una gara d'appalto bandita dalle autorità algerine per effettuare dei lavori di risanamento della città di

ficaci. V. *Rev. arb.*, 1984, p. 9 e 1986, p. 339; LEW, *op. cit.*, p. 68, spec. p. 84; *Recueil CCI, op. cit.*, p. 507. Cfr. il lodo CCI n. 4145 del 1984, in *Recueil CCI*, p. 559, in cui un collegio arbitrale con sede a Vienna, è stato investito di una controversia insorta tra, da una parte due società del Lichtenstein ed una società di un paese arabo e, dall'altra parte, una società coreana. La parte attrice, designata dal contratto quale consulente del convenuto, esigeva il pagamento di una commissione. Il convenuto eccepeva l'illiceità del contratto in quanto legato alla realizzazione di un'operazione di corruzione. La parte attrice, invece, sosteneva di aver diritto alla commissione in quanto si trattava di un contratto di consulenza. Gli arbitri, esaminavano la questione ricercando l'intenzione reale delle parti in base a quanto statuito dall'art.18, comma 1, del Codice Svizzero delle Obbligazioni. Sulla base di un'interpretazione estensiva dell'articolo citato, il collegio ha ritenuto che la corruzione fosse da qualificarsi un atto immorale (contra *bonos mores*) tuttavia, lo stesso collegio ha concluso che la parte convenuta non aveva fornito alcun elemento probatorio (*preuve directe ou circonstancielle*) diretto a dimostrare la pretesa immoralità. Sul tema assai controverso della prova dell'immoralità nel contesto del commercio internazionale v. ROSELL - PRAGER, *Illicit commissions and international arbitration: the question of proof*, in *Arbitration international*, 1999, vol. 15, n. 4, pag. 329-348.

(91) Lodo CCI n° 5622 reso a Ginevra il 19 agosto 1988, in *Rev. arb.*, 1993, p. 327, nota di HEUTZÉ, *La morale, l'arbitre, le juge*, p. 179 s.; in seguito *Rev. arb.*, 1994, n. 2, p. 327; ivi, 1995, n. 4, p. 640-650; *Bull. ASA*, 1993, n. 2, p. 253; nonché ivi, 1994, n. 3, p. 445; *JDI*, 1994, p. 701-710; ivi, 1996, n. 1, pp.120-135; *Yearbook Comm. Arb.*, 1994, p. 105; MBROUKINE, *Le choix de la Suisse comme siège de l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage conclues entre entreprises algériennes et entreprises étrangères*, in *Bull. ASA*, 1994, p. 4; cfr. FOUCHARD - GAILLARD - GOLDMAN, *op. cit.*, p. 131,154, 368, 867, 870, 929; in Italia la vicenda è stata riportata complessivamente in *Riv. arb.*, 1992, p. 773-784, ed annotata da GIARDINA.

Algeri, nel 1980 stipulava un contratto di "consulenza" (denominato "Protocole d'accord") con la società inglese *Hilmarton* allo scopo di ottenere l'aggiudicazione della gara d'appalto nelle migliori condizioni possibili. Nel lodo l'arbitro stabiliva che il ruolo di *Hilmarton* era configurabile alla stregua di un'attività di consulenza:

"Aux termes de ce Protocole d'Accord, X (92) avait une mission de Conseil juridique et fiscal ainsi que la coordination dans le domaine administratif entre les différents participants à l'exécution du dit projet (cfr. art.1 al.1 et 2 al.1 du Protocole d'Accord)" (93).

Nel contratto la società *OTV* si impegnavano a versare alla controparte una provvigione del 4% del valore dell'appalto da pagarsi in varie rate qualora ne avesse ottenuto l'aggiudicazione. In caso di controversia, veniva stipulata una clausola compromissoria di arbitrato CCI. Il diritto applicabile, scelto espressamente dalle parti, risultava essere la legge svizzera e la sede dell'arbitrato veniva fissata in Ginevra.

Aggiudicatasi la gara di appalto nel 1983, la società francese iniziò ad effettuare i pagamenti pattuiti, ma nel 1985 interrompeva i pagamenti stessi in quanto, secondo quanto riportato, "claimant's performance under the Protocol had been deficient" (94).

La società *Hilmarton* dava corso al processo arbitrale e l'arbitro unico designato, con lodo reso a Ginevra il 19 agosto 1988, applicava la legge svizzera, qualificando il contratto *de quo* come contratto di intermediazione.

La società *OTV* eccepeva che l'aggiudicazione della gara era stata ottenuta attraverso l'attività svolta, in via principale, dall'Ambasciata francese e dai suoi organi economici (*Mission Economique Extérieure*) mentre la società *Hilmarton* avrebbe svolto un'attività sussidiaria.

Stante l'assenza di prove scritte relative all'attività della società *Hilmarton*, l'arbitro prendeva atto delle dichiarazioni rese dai testimoni della società stessa. Tali dichiarazioni, tuttavia, a giudizio dello stesso arbitro, non erano state confrontate con quelle dei rappresentanti della *OTV* che avevano partecipato alla stipulazione del *Protocole d'Accord*. Inoltre, si rilevava la notevole difficoltà di ricerca delle prove determinata dal furto di un fascicolo della società *Hilmarton* avvenuto il 25 febbraio 1986 e dalla circostanza che alcuni dipendenti della società *OTV*, incaricati di un ruolo chiave nella vicenda, risultavano essere stati

(92) I termini di X e Y si riferiscono rispettivamente alla società *Hilmarton* ed alla *OTV*. La ragione di tale terminologia sta nel fatto che al momento della pubblicazione del lodo vigeva ancora un obbligo di riservatezza.

(93) Così riportato in *Riv. arb.*, cit., p. 775.

(94) ARNALDEZ - DERAINS - HASCHER, *Requet CCI*, 1991-1995, Paris, 1997, p. 220.

licenziati. Nonostante il verificarsi di tali fatti avversi, l'arbitro designato arrivava a tracciare un quadro approssimativo dell'effettiva attività svolta dalla società *Hilmarton* in questi termini:

"La société X essentiellement a exercé une activité proche de celle d'un service de renseignements commerciaux à caractère plus ou moins confidentiel, ainsi qu'une activité consistant à exercer une influence auprès des autorités algériennes afin que le dossier de Y soit, contre rémunération, préféré à celui d'autres concurrents. C'est cette dernière activité qui, semble-t-il, a constitué 85% des activités exercées par cette société. A une telle activité sont applicables les règles relatives au courtage" (95).

Al riguardo, appare utile precisare che il diritto svizzero, all'art. 412 del Code des Obligations (d'ora in avanti CO), così definisce il contratto di mediazione:

"Col contratto di mediazione il mediatore riceve il mandato di indicare l'occasione per concludere un contratto o di interporre per la conclusione d'un contratto verso pagamento di una mercede.

Le disposizioni del mandato propriamente detto sono in genere applicabili al contratto di mediazione."

Dall'analisi di tale norma emergono i due principali requisiti del contratto: in primo luogo, l'esecuzione di una prestazione verso un corrispettivo e, in secondo luogo, la prestazione deve consistere in un'attività diretta a realizzare la conclusione di un altro contratto. Nella fattispecie in esame, l'arbitro, verificava la presenza dei due requisiti: quello della provvigione del 4% e quello dell'attività di intermediazione svolta da *Hilmarton* presso le Autorità algerine.

A questo punto, l'arbitro unico si poneva la seguente questione: "En l'espèce, on peut donc se demander si l'activité de la société X est contraire à la loyauté commerciale et donc aux bonnes moeurs" (96).

Ciò in base a quanto previsto dalla legislazione svizzera che, all'art. 20 CO, sancisce il seguente principio: " Il contratto che ha per oggetto una cosa impossibile o contraria alle leggi od ai buoni costumi è nullo".

Nella formulazione del giudizio di nullità del contratto di specie, l'arbitro unico esponeva elementi di riflessione di notevole rilevanza. Una volta constatato, infatti, che il Tribunale federale svizzero aveva esaminato la nozione del "buon costume" a più riprese, egli sottolineava come la stessa corte: "il n'a que rarement eu l'occasion de s'exprimer

(95) Lodo cit., in *Riv. arb.*, 1992, p. 776. Corsivo aggiunto.

(96) Corsivo aggiunto.

sur la notion de *loyauté commerciale*" (97).

Su tale argomento veniva citata la seguente giurisprudenza in materia di violazione della correttezza commerciale ("loyauté commerciale"):

" - s'entendre entre soumissionnaires en vue de l'adjudication de la vente et de l'abatage de bois sur pied (cfr. ATF (98) 82/1956 II 23, JDT (99) 1956 I 207)

- collaborer à une tentative de captation d'héritage (cfr. ATF 66/257, JDT 1941 I 246),
 - conclure un contrat en vue de porter atteinte aux droits d'un tiers (cfr. ATF 102/1976 II 389, JDT 1978 I 578).

Il s'avère difficile à partir des quelques cas examinés par le Tribunal fédéral de pouvoir retenir des critères objectifs permettant de déterminer de façon sûre si une pratique découlant d'un contrat est oui ou non contraire à la *loyauté commerciale*."

Dall'esame dei criteri suddetti l'arbitro giungeva alla conclusione secondo la quale la nozione di violazione della correttezza commerciale, così com'era stata elaborata dalla giurisprudenza svizzera, era insufficiente per la risoluzione del caso di specie.

Quanto invece alla prospettata ipotesi di pagamento di una tangente l'arbitro, in assenza di elementi probatori, rilevava come, nel corso di un'udienza, uno dei testimoni avesse affermato in termini contraddittori che: "lorsque les algériens venaient en France on s'occupait d'eux".

A ciò si aggiungeva la circostanza che, nella corrispondenza intercorsa tra le due società, vi erano dei riferimenti a dei versamenti da dedurre dal compenso di *Hilmarton*: "qui auraient été faits directement par Y à des représentants locaux".

Esaminate le circostanze di fatto, l'arbitro affrontava la questione della violazione della legge algerina n. 78-02 relativa al monopolio pubblico del commercio estero. All'arbitro era sufficiente notare che: "...cette loi a pour but de prohiber tout trafic d'influence et notamment toutes interventions mettant en jeu des relations réelles ou supposées au sein de l'Etat ou des organismes de l'Etat algérien, étant entendu que l'assistance est permise à certains conditions spécifiés par l'art. 21 de la même loi."

L'arbitro giungeva alla conclusione che l'attività della società *Hilmarton* era stata svolta in violazione della legge algerina.

Tuttavia, prima di giungere ad un giudizio conclusivo, l'arbitro operava una distinzione tra il *lobbying* e l'attività di cui si parla denominata,

in francese, *trafic d'influence* e resa in italiano con il termine di "traffico di influenza" (100).

Il *lobbying*, nell'accezione statunitense, veniva definito come un'attività svolta da un soggetto verso corrispettivo e finalizzata ad esercitare una certa influenza presso i membri di una delle Camere per fare o non fare approvare una legge. Il *lobbyista*, tuttavia, deve essere iscritto presso un registro tenuto dal "Clerk of the House of Representatives of the United States" ed è soggetto ad una normativa severa in tema di trasparenza dei propri bilanci.

L'attività di intermediazione della società *Hilmarton* tuttavia non presentava, secondo l'arbitro, alcuna analogia con l'attività di *lobbying* appena illustrata.

L'arbitro introduceva una considerazione finale: il divieto di intermediazione contenuto nella legge algerina perseguiva una duplice finalità, quella di garantire e proteggere il monopolio del commercio estero dello Stato algerino e quella della lotta alla corruzione. Il primo profilo non appariva decisivo, in quanto il contratto risultava soggetto alla legge svizzera e quindi il divieto algerino rilevava alla stregua di una mera norma di applicazione necessaria di un altro ordinamento (101). Il secondo profilo, invece, risultava decisivo, ai nostri fini, in quanto consente di mettere in luce la possibile efficacia dei codici di condotta transnazionali.

L'arbitro affermava infatti che:

"...la loi algérienne n'a pas pour objet de servir le seul intérêt de l'Etat algérien...mais surtout celui de garantir des pratiques commerciales saines et loyales et de lutte contre la corruption en général. En effet, la loi algérienne comporte une idée de portée générale à respecter par tous les ordres juridiques désireux de lutter contre la corruption. C'est pourquoy, la violation d'une telle loi s'inscrivant dans l'ordre public international doit être jugée comme contraire à la notion de bonnes moeurs de l'art.20 al.1 CO faisant partie de l'ordre public suisse.. cette lutte contre le trafic d'influence ne ressortit pas au seul souci du législateur algérien. En effet, au niveau mondial, la plupart des Etats européens ont adopté une législation spéciale en matière de corruption...Bien plus, la *Chambre de Commerce Internationale a crée en 1975 une "Commission on ethical praxises" qui a élaboré une série de recommandations visant à assurer une plus grande loyauté en matière*

(100) V. Lodo cit., *Riv. arb.*, 1992, p. 779.

(101) Si trattava, dunque, volendo impiegare per analogia la terminologia della Convenzione di Roma del 1980 in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, di una fattispecie assimilabile a quelle contemplate nell'art. 7, comma 1. Non si deve perdere di vista, tuttavia, che la Convenzione di Roma non risultava applicabile al caso di specie.

(97) Corsivo aggiunto.

(98) "Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse".

(99) "Journal des Tribunaux".

de transactions internationales et ainsi à promouvoir certaines règles de conduite en ce domaine... Cette volonté de mettre un terme ou tout au moins un frein à des pratiques jugées contraires à la loyauté commerciale trouve également un écho dans le droit pénal suisse qui réprime non seulement la corruption active (cfr. art. 288 CP) mais aussi la gestion déloyale des intérêts publics (cfr. art. 314 CP).

Il est ainsi unanimement reconnu que le trafic d'influence doit être sanctionné et ne mérite aucune protection juridique" (102).

L'arbitro pertanto rilevava, nella fattispecie in esame, un'ipotesi di violazione del buon costume, ma tale nozione si caratterizzava per avere una precisa connotazione di tipo transnazionale.

Pierre Lalive, cui si deve un contributo decisivo alla teoria dell'ordine pubblico transnazionale nell'arbitrato commerciale internazionale ha affermato, in proposito, che:

"la notion des "bonnes moeurs" dans les relations commerciales internationales a des contours évolutifs et flous (comme d'ailleurs *mutatis mutandis*, celle des "bonnes moeurs" en droit interne, encore qu'à un moindre degré, s'agissant d'une communauté plus homogène que la communauté internationale. Il est néanmoins possible d'affirmer que l'ordre public transnational est ici menacé par des comportements directement hostiles à des principes dont le fondement ético-juridique est généralement admis. Au demeurant, la répression de ces comportements n'est pas seulement prévue (sinon toujours effectivement appliquée) par les lois internes de la plupart des pays; le caractère répréhensible de ces pratiques résulte aussi d'une série de textes internationaux, dont on se bornera à rappeler ici, à titre d'exemple, ceux qui émanent de l'Organisation de Nations Unies, de la Chambre de Commerce Internationale et des Communautés européennes" (103).

L'arbitro, quindi, riferendosi alla giurisprudenza arbitrale Lagergren, al principio di autonomia della clausola compromissoria e allo studio di Lalive (104) pronunciava la nullità del contratto per contrarietà dell'oggetto al "buon costume" ai sensi dell'art. 20 CO della legge svizzera.

Dichiarata la nullità del contratto ex art. 20 CO, la pretesa della società *Hilmarton* di ottenere il pagamento del saldo della "mercede"

(102) Lodo cit., in *Riv. arb.*, 1992, p. 739, corsivo aggiunto.

(103) LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, in *Rev. arb.*, 1984, p. 339.

(104) Lodo cit., in *Riv. arb.*, p. 782. Secondo Lalive, infatti, "la protection des intérêts supérieurs de la communauté internationale paraît bien plutôt recommander que l'arbitre ne renonce pas à juger sur le fond, et examine la conformité du contrat avec l'ordre public transnational".

non poteva più trovare fondamento. Ciò in base all'ulteriore principio espresso all'art. 66 CO che così dispone:

"Non vi ha luogo a ripetizione di ciò che fu dato intenzionalmente per uno scopo contrario alla legge od ai buoni costumi".

Ne conseguiva che:

"En l'espèce, aucune des circonstances telles que le Tribunal fédéral les a retenues, n'apporte dans le cadre des prétentions formulées par X contre la société Y. En effet, l'une n'est pas plus que l'autre digne de mériter protection. Aussi, l'arbitre ne saurait s'écarter de l'application stricte de l'art. 66 CO. En conséquence, X ne peut réclamer le montant des honoraires auprès de la société Y. D'ailleurs face à un contrat déclaré nul pour illicite ou contraire aux bonnes moeurs, l'arbitre ne pourra donner suite aux prétentions des parties sans devenir en quelque sorte "complice" de la partie revendiquante, rôle qu'il se doit de refuser! Le "solvens" sait ou doit savoir que lui sera opposé la règle *nemo auditur suam turpitudinem allegans* (cfr. Engel, *op. cit.* (105), p. 401). Par conséquent, si la demande de restitution des montants versés était formulée par Y, elle serait refusée" (106).

Il lodo qui riportato fornisce, dunque, un chiaro esempio di come l'esigenza di lotta alla corruzione ed all'"illecito transnazionale", materializzata nelle norme del codice collettivo della CCI, possa prendere forma e ricevere applicazione in sede arbitrale. Risulta dunque chiaro che la lotta alla corruzione si trova in un rapporto di coerenza con il "buon costume del commercio internazionale", la cui violazione da parte degli operatori economici può comportare, come conseguenza, l'applicazione della sanzione civile della nullità del contratto e del principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*.

Alla luce delle considerazioni precedentemente svolte si può formulare ora il presente quesito: una interpretazione transnazionale del diritto svizzero, eletto dalle parti quale *lex causae*, sarà riconosciuta dal giudice nazionale, organo di uno Stato che si trova in prima linea nella lotta alla criminalità transnazionale?

In base a quanto sopra esposto, si dovrebbe propendere per una risposta affermativa, concordando con la scelta dell'arbitro di procedere ad un'interpretazione estensiva del "buon costume" in sintonia con valori transnazionali.

Tuttavia, tale orientamento non ha trovato adeguato sostegno nei giudizi successivamente espressi nei vari gradi del contenzioso giudiziario.

(105) ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973.

(106) Lodo cit., in *Riv. arb.*, p. 784.

rio, evidenziando appunto uno scollamento tra giurisprudenza arbitrale e giurisprudenza statale.

3.1.2.1. Il lodo CCI n. 5622 dinanzi al giudice interno.

Una volta emesso il lodo a Ginevra, la società *Hilmarton* impugnava il lodo innanzi alla Corte di Giustizia di Ginevra e, con sentenza del 17 novembre 1989 (107), ne otteneva l'annullamento. Avverso tale decisione, la società *OTV* presentava ricorso al Tribunale Federale che, però, con sentenza del 17 aprile 1990, lo respingeva (108).

La *Cour de Justice* di Ginevra (109) ed il Tribunale Federale svizzero (110) ritenevano che, pur essendo la lotta alla corruzione una priorità generale, il divieto di qualsiasi forma di intermediazione contenuto nella legge algerina non poteva essere fatto proprio dall'ordinamento svizzero. Pertanto, se la corruzione, di per sé, era da ritenere contraria all'ordine pubblico svizzero, da ciò non poteva dedursi che qualsiasi attività di intermediazione potesse essere considerata illecita.

Da parte dei giudici svizzeri si aggiungeva che:

«... dans la mesure où la norme algérienne en question interdit toute intervention d'intermédiaires à l'occasion de la conclusion d'un contrat, même en l'absence de pots-de-vin, trafic d'influence ou activité douteuses, elle constitue une mesure prohibitive trop large, de nature protectionniste, destinée à assurer un monopole de l'Etat sur le commerce extérieur. Au regard du droit suisse, une telle norme représente une lourde atteinte à la liberté de contracter des individus et ne peut, à défaut d'activités qui seraient aussi qualifiées de douteuses en Suisse, passer, sur le plan éthique, avant les principes généraux et fondamentaux du droit liés à la liberté contractuelle' (111).

Mentre il ricorso era ancora pendente presso il giudice Svizzero, la società *OTV* chiedeva l'*exequatur* del lodo in Francia e lo otteneva con ordinanza del *Tribunal de Grande Instance* di Parigi, il 26 febbraio 1990. Contro tale ordinanza, la società *Hilmarton* ricorreva in appello, ma il ricorso veniva respinto, con sentenza del 19 dicembre 1991, dalla Corte d'Appello di Parigi (112). Anche questa sentenza veniva impugnata, ma

(107) V. *Riv. arb.* 1992, p. 735 ss.

(108) *Ibidem*, p. 781 ss.

(109) Cour de Justice de Genève, 17 novembre 1989, *Société Hilmarton Ltd. c. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 735 ss.

(110) Tribunal Fédéral, 17 aprile 1990, *Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV) c. Société Hilmarton Ltd.*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 739 ss.

(111) *Ibidem*, p. 742.

(112) Cour d'Appel de Paris, 19 dicembre 1991, in *Riv. arb.*, 1992, p. 743 ss, con nota di

la Cassazione respingeva l'ulteriore ricorso (113).

La battaglia giudiziaria continuava e, nonostante il lodo, pronunciato in Svizzera ed ivi annullato, fosse stato riconosciuto e dichiarato esecutivo in Francia, la società *Hilmarton* chiedeva l'*exequatur* della sentenza svizzera di annullamento del lodo. Il Tribunale di Nanterre, che veniva investito del ricorso, concedeva l'*exequatur* della sentenza svizzera. Contro l'*exequatur*, la società *OTV* ricorreva in appello sostenendo, *inter alia*, la mancanza di interesse ad agire della società *Hilmarton* e l'inservanza del principio della *res iudicata* da parte del tribunale di Nanterre la cui ordinanza si poneva in contrasto con la sentenza della *Cour de cassation* francese del 23 marzo 1994.

La Corte d'appello di Versailles riconosceva, invece, sussistere l'interesse ad agire della società *Hilmarton* al fine di ottenere l'*exequatur* di una sentenza straniera di annullamento di un lodo arbitrale. Inoltre, la decisione di riconoscimento di una sentenza straniera di annullamento di un lodo arbitrale non era in contrasto con l'efficacia di cosa giudicata della sentenza della Cassazione che riconosceva, in via definitiva, il lodo straniero annullato all'estero.

Paradossalmente, in questa fase della battaglia giudiziaria, non si discuteva più della conformità del lodo arbitrale all'ordine pubblico internazionale e del se la lotta alla corruzione costituisse un principio condiviso da tutti gli Stati, ma della conformità all'ordine pubblico internazionale francese della sentenza del giudice svizzero che aveva annullato la decisione dell'arbitro. In altri termini si trattava di valutare una sentenza di un giudice nazionale che, a contrario, finiva con l'approvare il comportamento del ricorrente *Hilmarton* che, secondo il lodo, avrebbe svolto l'attività illecita presso le autorità algerine.

Così, la Corte d'Appello di Versailles, in un apposito paragrafo intitolato *Sur l'atteinte à l'ordre public international tenant à un trafic d'influence*, stabiliva quanto segue:

«Considérant que selon la société *OTV*, l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 17 avril 1990 est manifestement contraire à l'ordre public international en ce qu'il annule une sentence arbitrale qui s'est refusée à condamner une société française à rémunérer une pratique de trafic d'influence.

Qu'en effet, tout en annulant la sentence, la Cour de justice de Genève n'en a pas moins admis "qu'il n'est pas contesté et au demeurant qu'il est établi par l'audition des témoins que le travail d'*Hilmarton*

consistait à exercer une influence sur l'administration algérienne en vue de faire attribuer ultérieurement le marché convoité à OTV².

Que de même, l'arrêt du tribunal fédéral suisse indique que "le travail dont l'intimée avait été chargée par la recourante consistait, presque exclusivement, à entreprendre toutes démarches utiles auprès des fonctionnaires et responsables du gouvernement algérien en vue de l'obtention du marché";

Qu'en outre, un témoignage d'un collaborateur d'Hilmarton, repris par l'arrêt du Tribunal fédéral suisse, a qualifié l'activité de sa propre société de "sorte de lobbying" et défini sa société comme "insider" auprès du département concerné du gouvernement algérien;

Qu'ajoutant que la lutte contre le trafic d'influence est une préoccupation de la plupart des Etats, même si telle n'est pas la conception de l'ordre public suisse, la société OTV conclut à la réformation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré exécutoire en France une décision étrangère contraire à l'ordre public international;

Considérant toutefois que les arrêts rendus par la Cour de Justice de Genève et par le Tribunal fédéral suisse, loin d'avoir constaté la réalité du trafic d'influence allégué, retiennent bien au contraire l'absence de toute corruption et relevent que la société Hilmarton a exercé une activité de courtier licite;

Que s'il est vrai que le contrat litigieux, comme l'a admis le Tribunal fédéral, viole la loi algérienne en ce qu'elle prohibe totalement l'usage d'intermédiaires, les premiers juges ont justement énoncé que ce contrat n'était pas sur ce point contraire à l'ordre public (s'entend international) français;

Qu'il y a lieu d'ajouter que le témoignage invoqué par la société OTV confirme tout au plus le rôle d'intermédiaire de la société Hilmarton auprès des autorités algériennes, et qu'aucune conséquence probante ne peut être tirée des énonciations de la sentence du 19 août 1988, puisqu'elle a été annulée pour cause d'arbitraire, c'est-à-dire, selon les explications non contredites de la société Hilmarton, en raison de ce que cette sentence était totalement insoutenable, en contradiction avec la situation effective, et dépourvue de tout motif raisonnable;

Que des lors, le dernier moyen soulevé par la société OTV ne pouvant non plus être accueilli, il y a lieu de débouter cette société de son appel et de confirmer la décision déférée en toutes ses dispositions" (114).

(114) Cour d'Appel de Versailles, 29 giugno 1995, in Riv. arb., 1997, p. 389, nota di GIARDINA, Riconoscimento in Francia di lodi esteri annullati nel paese d'origine, ivi, p. 391.

Conclusi l'iter processuale relativo al lodo CCI n. 5622, la medesima Corte di Versailles veniva investita di un nuovo ricorso teso ad annullare l'ordinanza del giudice di primo grado che concedeva l'exequatur di un secondo lodo arbitrale, emesso, il 10 aprile 1992, tra le stesse parti e sulla stessa materia del contendere. La Corte confermava l'exequatur determinando la paradossale situazione secondo la quale venivano a coesistere nell'ordinamento interno tre pronunce: l'exequatur del primo lodo svizzero, quello della sentenza di annullamento dello stesso lodo e l'exequatur del secondo lodo svizzero di contenuto opposto al primo. In sostanza, l'originaria decisione dell'arbitro unico che si poneva in linea con l'obiettivo generale della lotta alla corruzione nel commercio internazionale, veniva stravolta dai giudici nazionali. Da un lato, i giudici svizzeri, optando per una nozione restrittiva dell'ordine pubblico, inficiavano la validità del lodo; dall'altro, i giudici francesi, pur scrupolosi nel mantenere un controllo minimo sui requisiti formali di validità del lodo, finivano con l'attribuire contemporaneamente efficacia ad un lodo ed alla sentenza che lo annullava (115).

Il nuovo lodo - a differenza del precedente che rilevava e condannava l'attività di corruzione - riconosceva il diritto del creditore ad ottenere la provvigione dalla società OTV, con il risultato concreto di consentire il pagamento delle tangenti.

Questo nuovo lodo ora coesisteva con il primo lodo e con l'ordinanza di riconoscimento della sentenza che lo annullava. Non restava, dunque, che approdare in Cassazione per cercare di fare chiarezza sugli elementi contraddittori.

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 10 giugno 1997, chiariva come l'esistenza di una sentenza definitiva che concedeva l'exequatur ad un lodo straniero, costituisse formale impedimento al riconoscimento di una sentenza straniera di annullamento dello stesso lodo. Analogamente, doveva essere rigettata l'istanza di riconoscimento di un nuovo lodo arbitrale in contrasto con un lodo già riconosciuto. Infatti, riformando il giudizio della Corte d'Appello, la

(115) Su tale aspetto si segnala una vera e propria querelle tra il Prof. Philippe Fouchard, favorevole alla soluzione della giurisprudenza francese e, più in generale, all'idea dell'eliminazione del sindacato del giudice del situs arbitri, ed il Prof. Jean François Poudret, il quale difende la soluzione adottata dai giudici svizzeri e, sostiene la tesi della necessità di un doppio vaglio del lodo ad opera sia del giudice del locus arbitri che di quello del paese dell'exequatur: V. POUURET, *Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? - Réponse à Philippe Fouchard*, in Rev. arb., v.1, 1998, p. 7 ss.; cfr. precedentemente v. FOUCHARD, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, in Rev. arb., 1997, p. 329 s.

Suprema Corte così concludeva:

“en statuant ainsi, alors que l'existence d'une décision française irrévocable portant sur le même objet entre les mêmes parties faisant obstacle à toute reconnaissance en France de décision judiciaire ou arbitrale rendue à l'étranger incompatible avec elle, la cour d'appel a violé le texte susvisé.”

Il risultato, pertanto, fu quello di mantenere la validità del primo lodo di condanna dell'attività di corruzione, annullando senza rinvio le due sentenze della Corte d'appello di Versailles del 1995.

Come ha osservato Giardina (116), la Cassazione, così statuendo, ristabiliva l'armonia interna all'ordinamento francese, ma cristallizzava la disarmonia internazionale delle decisioni, rappresentata dal contrasto tra la soluzione proveniente dal paese sede dell'arbitrato (la Svizzera) e quella del paese dell'esecuzione del lodo (la Francia).

3.1.3. In pari causa turpitudinis...: il lodo CCI n. 6248.

Anche il lodo n.6248 del 1990, riguardava un contratto di consulenza sottoposto alla legge svizzera in vista dell'ottenimento di un appalto. Il contratto risultava dotato di una clausola compromissoria dal seguente tenore:

“ This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the Swiss Federal Code of Obligations. The complete or partial invalidity or unenforceability of any part or parts of this Agreement shall in no way affect the validity and enforceability of the whole ... ” (117).

Il convenuto sollevava l'eccezione di immoralità del contratto avverso la domanda dell'attore finalizzata ad ottenere il pagamento del compenso di intermediazione. Il collegio arbitrale, nonostante la “ questione morale ” fosse emersa *in limine litis*, riteneva la propria competenza sulla base del principio di autonomia della clausola compromissoria e sul fatto che la questione della competenza non fosse stata sollevata da nessuna delle parti.

Al termine di una lunga motivazione, il collegio arbitrale pronunciava la nullità del contratto per contrarietà al buon costume e per motivo illecito comune ad entrambi i contraenti.

Infine, lo stesso collegio condannava l'attore al pagamento delle spese arbitrali ed entrambe le parti a sostenere le proprie spese legali.

3.1.4. Il caso Westman, ovvero della miopia arbitrale e del disinteresse del giudice interno.

Un ulteriore esempio della esigenza vitale di una responsabilizzazione e della massima valorizzazione del ruolo dell'arbitro internazionale nel contesto della lotta all'“ illecito transnazionale ”, nonché della necessità di rigettare quelle tesi secondo cui spetterebbe all'arbitro decidere ed al giudice eventualmente sanzionare, può essere tratto dal caso *Westman*. Nel caso di specie, emerge, infatti, con sufficiente chiarezza la miscela pericolosa dell'atteggiamento miope degli arbitri assieme al disinteresse del giudice interno a valutare la conformità di un contratto ai valori contenuti nei codici di condotta.

Con lodo CCI, reso il 21 marzo 1992, un collegio arbitrale, rigettava l'eccezione di immoralità, presentato dalla società EGT (European Gas Turbine SA), e fondata sul traffico d'influenza esercitato per ottenere un appalto relativo alla costruzione di un impianto petrolchimico in Iran (118).

Il collegio, una volta respinta l'istanza, dichiarava la validità del contratto controverso condannando, così, la parte soccombente al pagamento di una commissione pari al 4% del valore dell'appalto.

Avverso il lodo “ Westman ”, la società EGT presentava ricorso innanzi alla Corte d'Appello di Parigi per contrarietà all'ordine pubblico internazionale ex art.1502, comma 5, NCPC francese. Nel ricorso si chiedeva al giudice la pronuncia di nullità del lodo per contrarietà all'ordine pubblico internazionale sulla base di una “ frode ” processuale commessa dalla società Westman nel corso del procedimento arbitrale.

La Corte, premesso che un contratto avente per causa e per oggetto l'esercizio di un traffico d'influenza da realizzare attraverso il versamento di una commissione risultava contrario all'ordine pubblico internazionale francese, stabiliva, nei suoi *considerando* che:

“...la société Westman, fait état pour l'essentiel, des motifs adoptés par les arbitres pour retenir la validité du contrat du 11.12.1985 (conclusions du 30 octobre 1992). Dans ces conclusions postérieures, elle énonce que si les dépenses mentionnées dans l'état de frais et ses annexes remis par elle au tribunal arbitral ne figurent pas dans ces 'comptes' déposés au Registre du Commerce de Londres, c'est parce que ces dépenses ont été supportées directement par (ses) actionnaires, auxquels elle les

(118) Cour d'appel de Paris, 30 sept. 1993, in *Rev.crit. dip.*, 1994, p. 349, note HEUZÉ; *RTD com.*, 1994, p. 743, obs.DUBARRY - LOQUIN; in *Rev.arb.*, 1994, p. 359, note BURBAU. Impugnato in Cass., 19 dicembre 1995, *Westman International Ltd. c/ Sté EGT*, in *Rev.arb.*, 1996, p. 50.

(116) Cass., 10 giugno 1997, in *Riv. arb.*, 1997, p. 796 ss, nota di GIARDINA, *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni*.

(117) *Receivell CCI*, t.III, p. 239-240.

remboursera après 'récupération' du montant de sa commission, de sorte que les dites dépenses, effectuées "pour son compte par des tiers...n'ont pas été comptabilisés comme dette de la société" (119).

Rilevando la stato di contraddittorietà del diritto positivo di molti paesi in cui, alla condanna della corruzione, il legislatore aveva associato la deducibilità fiscale delle "spese" sostenute dalle proprie imprese purché queste venissero effettuate esclusivamente nell'ambito del commercio internazionale, la Corte ribadiva che:

"en droit français, la corruption (*hormis la cas du droit fiscal où, dans les relations commerciales internationales, il existe, pour des raisons propres à cette matière, une certaine tolérance*) est sanctionnée pénalement (qu'elle soit passive ou active: art.177 et suivants du Code Pénal) et sur le plan civil, les contrats tendant à la corruption ou au trafic d'influence sont *annulés pour immoralité ou illicéité de la cause ou de l'objet* (art.1133 du Code Civil) si le but immoral ou illicite est connu des parties et donnent lieu à application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (120).

Quindi, in un successivo *considerando*, affermava:

"...que la connaissance par les parties du but immoral ou illicite du contrat, exigée par la jurisprudence, n'est pas destinée (quelles qu'en soient les conséquences concrètes) à amoindrir la rigueur de la sanction de la nullité mais, au contraire, à la renforcer en protégeant le cocontractant qui n'a rien à se reprocher dans la conclusion du contrat et l'application de l'adage précité, vise à faire obstacle à l'exécution d'un contrat immoral ou illicite en ôtant tout sécurité à la partie qui l'a exécuté la première" e giunge alla affermazione paradossale secondo la quale le pratiche di corruzione sarebbero contrarie:

"à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale".

Un fenomeno di autoregolamentazione spontanea transnazionale è stato, così, sorprendentemente ridotto, dalla Corte d'Appello di Parigi, ad un "etica di Stato": uno Stato, però, che condannava la pratica della corruzione interna ma ammetteva la deducibilità fiscale delle spese legate alla corruzione transnazionale.

Di più, il riferimento alla concezione dell'etica degli Stati della comunità internazionale ovvero ad un "etica" di diritto internazionale pubblico, appare completamente fuori luogo giacché gli Stati interpongono sul contenuto dell'etica degli affari solo *jure gestionis* alla pari

(119) Corsivo aggiunto.

(120) *Rev.arb.*, v.2, 1994, p. 366; corsivo aggiunto.

degli altri operatori economici di natura privata.

Con le premesse summenzionate, la Corte giustificava il controllo, non solo di legittimità ma anche di merito del lodo impugnato, attraverso queste parole:

"Considérant que le pouvoir reconnu, en matière d'arbitrage international, à l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité, implique dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international (art.1502-5° du nouveau Code de Procédure Civil), un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit et en fait sur tous les éléments permettent notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public internationale et dans l'affirmative d'apprécier, au regard de celle-ci, la licéité du contrat;

Considérant, en effet que compte tenu notamment de sa *connaissance revendiquée des usages locaux pour une 'prequalification'* destinée à sélectionner en fonction des critères n'apparaissant pas définis avec précisions, les entreprises admises à participer à la procédure d'appel d'offres, la mission de courtier attribué par le dispositions du contrat à la société Westman, *puis eu égard à l'importance et à la complexité du marché, celle de conseil pour la soumission de l'offre et d'assistance technique pour l'exécution du contrat ne peuvent être regardés comme dénués de toute utilité;*

"Considérant que les expressions contenues dans les 'notes internes' précitées (notamment "nos amis du projet") – dont l'authenticité est d'ailleurs contestée par la société EGT – ne mettent pas en évidence, en l'absence de précision, des agissements concrets pouvant être qualifiés de trafic d'influence;

Considérant que la stipulation d'une rémunération des prestations de services sous la condition du succès de celle-ci ne peut être considérée comme de nature à caractériser en 'contrat de trafic d'influence ou de pots-de-vin' des lors qu'il ne ni démontré ni même prétendu que cette stipulation ne correspond pas à un usage courant en matière de contrat international de courtage;

Considérant que l'existence d'un compte en Suisse sur lequel la société Westman a demandé qu'il lui soit versée la commission (lettre de son conseil du 23.5.1989) ne peut, de même, établir le but et l'objet prétendument illicites du contrat;

Considérant que les dispositions du contrat qui subordonnent à la prequalification d'Alstom le droit de la société Westman au paiement

d'une commission qui englobe notamment "les dépenses de toute nature" exposées pour l'accomplissement de sa mission, sont, de plus, peu compatibles avec le dessin qui lui est imputée d'avoir dissimulé sous une mission de courtier pour la "prequalification" telle que prévue au contrat, un contrat de prêt-de-vin alors qu'elle n'aurait pu obtenir, en cas de non prequalification, le remboursement des prêts-de-vin qu'elle aurait versé...

Considérant qu'il s'ensuit d'une part, qu'après avoir procédé à une procédure à une analyse des dispositions du contrat et des indices invoqués par la société EGT au cours de l'instance arbitrale, le tribunal arbitral a à juste titre, retenu que le contrat ne pouvait recevoir une telle qualification et d'autre part que les documents susmentionnés produits dans le cadre du présent recours en annulation ne sont pas de nature à avoir une incidence sur cette appréciation du tribunal arbitral" concludeva rigettando il ricorso (121).

3.2. Il possibile ruolo dell'arbitro nell'affermazione della business ethics.

Quale ruolo avrà, dunque, l'arbitro internazionale dinanzi alle norme della *business ethics*?

A differenza del giudice interno, la propria specializzazione lo condurrà a vagliare, con grande attenzione, le norme contenute nei codici di *business ethics*, sia nell'applicare eventualmente la *lex mercatoria* o i Principi Unidroit, sia nell'interpretare un diritto interno eletto dalle parti come *lex contractus*.

Se la *lex mercatoria* diviene applicabile a titolo di *lex contractus*, ne segue che la maggiore elasticità, pur nell'ambito di un arbitrato secondo diritto, offerta all'arbitro nella determinazione delle norme applicabili al merito gli permetterà, nella misura in cui l'arbitro le ritenga appropriate alla soluzione del caso di specie, di applicarle fondandosi, in caso di arbitrato CCI, sull'art. 17 del nuovo Regolamento del 1998, che, in materia di "regole di diritto applicabili", così dispone:

"1. Le parti sono libere di pattuire le regole di diritto che il tribunale arbitrale deve applicare al merito della controversia. In mancanza di tale accordo, il tribunale arbitrale applica le regole di diritto che ritiene appropriate nel caso di specie.

2. In tutti i casi, il tribunale arbitrale tiene conto delle stipulazioni contrattuali e degli usi del commercio.

3. Il tribunale arbitrale si pronuncia quale amichevole compositore o

(121) "le moyen de nullité de la sentence tiré d'une contrariété à l'ordre public international pour l'illicéité du contrat du 11 décembre 1985 comme constituant un contrat de trafic d'influence et de prêts-de-vin doit donc être rejeté" (corsivo aggiunto).

decide *ex aequo et bono* solo se le parti, d'accordo, gli hanno conferito tali poteri."

Qualora, invece, l'arbitro internazionale si trovasse a dover applicare un diritto interno eletto alla stregua della *lex contractus*, tre vie concurrano all'applicazione delle norme della deontologia degli affari.

La prima sarà quella dell'interpretazione della nozione di *bonos mores* tratta dalla *lex contractus* ma interpretata in senso transnazionale. Il *bonos costume* cui fa riferimento il diritto interno positivo attraverso la nozione di causa del contratto, altro non è, infatti, che un rinvio a parametri di comportamento diversi da quelli direttamente imposti dal diritto statale. Nella misura in cui l'arbitro internazionale constata l'esistenza di norme sufficientemente precise e dettagliate, dirette a regolare l'attività degli operatori economici di un dato settore del commercio internazionale attraverso un codice collettivo di condotta, egli dovrà misurare con attenzione la "moralità" della fattispecie giungendo a constatare la violazione o la non violazione dei *bonos mores* specificamente individuati nei codici collettivi.

Una corretta applicazione della *lex contractus*, conduce infatti, *ipso facto*, all'interpretazione della legge straniera incluse le clausole generali in essa contenute. I codici collettivi, da questo punto di vista, possono divenire così un limite all'autonomia delle parti che l'arbitro deve verificare attraverso l'interpretazione transnazionale della causa contrattuale con tutti gli effetti (i.e. nullità del contratto) da essa derivanti.

La seconda via sarà quella di valutare il comportamento delle parti attraverso i principi generali della correttezza e della buona fede (ad es. se risultasse applicabile il diritto italiano ciò avverrà principalmente sulla base degli art. 1175 e 1375 c.c.) o della diligenza nell'adempimento (*in casu* art. 1176, secondo comma, c.c.).

Tale valutazione, da fondare sempre sull'interpretazione della *lex contractus*, consente all'arbitro internazionale, di dare contenuto ad altre clausole generali dell'ordinamento richiamato - diverse dai *bonos mores* di cui sopra - giungendo, per questa via, a valorizzare le regole di comportamento contenute nei codici di condotta collettivi di cui la *business ethics* si compone (122). Il codice deontologico apparirà, così, *in the eyes*

(122) In senso sostanzialmente conforme con la tesi da noi esposta in una prospettiva transnazionale si pongono, dal punto di vista del diritto interno, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., nonché ALFA, *Istituzioni di diritto privato*², Torino, 1997, p. 76 s. Un approccio diverso era stato avanzato, in un periodo in cui il fenomeno dei codici collettivi era meno diffuso, da SANTINI, *Commercio e servizi*, Bologna, 1988, p. 278 s., spec. p. 289 s. che propende per un inquadramento dei codici collettivi negli usi interpretativi ovvero per l'attribuzione di efficacia a dette codificazioni solo attraverso la recezione contrat-

of the arbitrator, alla stregua di un parametro oggettivo di condotta da cui trarre le opportune conclusioni in merito al comportamento delle parti.

A questa ricostruzione si deve aggiungere la considerazione secondo la quale, a differenza che per il giudice o per l'arbitro del diritto interno, nell'arbitro internazionale tendono a cumularsi due funzioni: quella di interprete della *lex contractus* e quella di interprete di un ordinamento autodisciplinare transnazionale, posto che si voglia proiettare la distinzione presente nel diritto interno sul piano transnazionale ove lo spazio per l'autodisciplina mercantile risulta, a propria volta, di gran lunga maggiore.

Una terza ipotesi di applicazione di un codice collettivo di *business ethics* si può evidenziare nel caso in cui la norma tratta dall'ordinamento della *lex contractus* rinvi espresamente a norme deontologiche le quali, a propria volta, diverranno applicabile alla fattispecie a titolo di norme indirette (123).

Se, poi, la valutazione della *business ethics* potesse trovare spazio nell'ambito di applicazione della *lex contractus* giova, infine, ricordare che ulteriori risultati in termini di lotta alla corruzione possono derivare dal corretto uso del metodo delle norme di applicazione necessaria. Pur se privo di una *lex fori*, l'arbitro internazionale, adottando un approccio analogo a quello del giudice togato nell'applicazione dell'art. 7, comma 2, della Convenzione di Roma del 1980, potrà infatti attribuire

tale. È appena il caso di rilevare, tuttavia, che i codici collettivi difficilmente si possono fare rientrare nella categoria degli usi in quanto, come mise in evidenza Ripert — senza tuttavia offrire una soluzione decisiva al problema — il grado di precisione delle norme di *business ethics* e la loro variabilità nel tempo (analogamente a quanto avviene per le norme deontologiche nel diritto interno che nessuno, a nostra conoscenza, qualificherebbe alla stregua degli usi) non consentono di rilevare gli elementi costitutivi della *consuetudo*. Appare poi riduttivo e semplicistico affermare che le norme dei codici collettivi valgono solo se contrattualmente richiamate. Se sono contrattualmente richiamate quelle norme divengono mere clausole contrattuali evitando così qualsiasi valutazione del fenomeno della *business ethics* inteso alla stregua di limite eventuale all'autonomia contrattuale delle parti in funzione di un interesse collettivo degli operatori economici. Allo stato attuale del diritto commerciale internazionale riteniamo che gli spunti offerti dall'emergenza del fenomeno della *business ethics* meritino di essere rielaborati in funzione di una responsabilizzazione del ruolo dell'arbitro internazionale nell'esatta valutazione delle norme di *business ethics*.

(123) È l'ipotesi della normazione delegata all'autorità tecnocratica evocata da GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto impr.*, 2000, p. 189 s. Nel contesto transnazionale l'arbitro dovrà applicare le norme appartenenti ai codici etici emanati dall'autorità tecnocratica in virtù del richiamo espresso di quelle norme effettuato dall'ordinamento statale competente.

efficacia alle norme di applicazione necessaria di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, selezionando queste ultime in funzione della loro natura, del loro oggetto e delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione (124). Ne segue ad esempio che, fermo restando quanto osservato a proposito della *lex contractus* e supponendo l'elezione di una *lex contractus* terza rispetto a quella dell'importatore e dell'esportatore, l'arbitro potrà fare riferimento, *inter alia*, ad altre norme di applicazione necessaria promananti dal paese dell'importatore o dell'esportatore.

Prendendo in considerazione le norme di applicazione necessaria del

(124) La tesi da noi espressa si avvicina a quanto sostenuto da quella parte della dottrina (v. *supra* p. 23-24 e nota 66) che ritiene che sia possibile selezionare le norme di applicazione necessaria di un ordinamento terzo in funzione della possibilità di ricondurre a principi condivisi a livello transazionale (riconducibili a un "ordine pubblico veramente internazionale"). Tuttavia, occorre tenere ben separata la questione dell'efficacia delle norme di applicazione necessaria da quella dell'ordine pubblico transazionale. Le norme di applicazione necessaria assumono significato solo in funzione del particolare ordinamento statale dal cui punto di vista il giudice o l'arbitro si pone sicché risulta assai discutibile sostenere l'esistenza di *lois de police* nella *lex mercatoria*. Esse, come è pacifico nella teoria generale del diritto internazionale privato (su cui v. ad esempio PICCHIO FORLATI, *Contratto (diritto internazionale privato)*, (voce) in *Dig. civ.*, IV, 1989, p. 196-235), producono effetti in senso positivo imponendosi nel momento della applicazione della *lex contractus* — inclusa la *lex mercatoria* — alla stregua, secondo la terminologia consueta nel diritto commerciale internazionale, di "fattori di interferenza" sulla legge applicabile. Il metodo delle *lois de police*, pertanto, riteniamo vada applicato con riferimento a norme di applicazione necessaria statuali. Dire, poi, che la scelta delle norme di applicazione necessaria debba essere fatta in funzione della loro rispondenza a principi di ordine pubblico transazionale equivale a ricadere nella critica sopra accennata dell'inutilità e della soggettività della scelta dell'arbitro nel senso sopra chiarito dal Mayer. Di più si rischia di confondere norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico, concetti che operano in modo assai diverso nel diritto internazionale privato. Seguendo su questo punto la tesi del Mayer, sembra ormai assodato che: "La notion d'ordre public international constitue une arme insuffisante, car elle ne joue qu'au profit de la loi du for et seulement lorsque les conceptions fondamentales de celle-ci sont atteintes. La méthode des lois de police joue au profit de toute loi qui a un intérêt objectif à être appliquée à une situation donnée." (MAYER, *Loi applicable, in Les commissions internationales*, cit., p. 56). Attraverso la corretta presa in considerazione delle norme di applicazione necessaria classiche (senza ricorrere inutilmente alla teorizzazione di norme di applicazione necessaria appartenenti alla *lex mercatoria*) e dell'ordine pubblico internazionale, interpretando ed integrando la *lex contractus* anche attraverso i codici di *business ethics* nel senso da noi proposto è possibile superare lo scoglio del soggettivismo dell'arbitro in quanto quelle norme, espressione dei *boni mores* del commercio internazionale, rileveranno nel ragionamento dell'arbitro alla stregua di norme oggettive di diritto spontaneo.

paese dell'esportatore l'arbitro dovrà trarre le necessarie conseguenze qualora quello Stato vieti con apposite norme la corruzione di funzionari esteri, come avveniva fino a poco tempo fa attraverso il FCPA statunitense e come, a *fortiori*, avviene oggi, per gli Stati che hanno recepito la Convenzione dell'OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali.

A questa analisi si aggiungerà poi quella delle norme di applicazione necessaria del paese dell'importatore. In effetti, sussiste un interesse fondamentale e precipuo dello Stato dell'importatore che le norme dallo stesso emanate e poste alla più ampia tutela della libera concorrenza vengano applicate. Ciò in quanto è il paese dell'importatore che, in definitiva, beneficia della lotta dei concorrenti sul mercato perché solo così verranno acquisiti migliori prodotti, migliori tecnologie, migliori servizi: tutte considerazioni che oramai risultano sempre meno controverse in materia di applicazione arbitrale delle normative sulla concorrenza e che potrebbero venire estese in materia di lotta alla corruzione e di criminalità transnazionale in genere (125).

Conclusioni.

Dall'analisi delle vicende processuali precedentemente illustrate si possono trarre alcune considerazioni conclusive.

Nella regolamentazione dei rapporti tipici del commercio internazionale, alle norme di fonte statale ed interstatale, si affiancano delle norme di diritto spontaneo.

L'arbitrato rappresenta, oggi più che mai, il modo ordinario della composizione delle controversie nascenti nel commercio internazionale. Pertanto, risulta essenziale valorizzare il ruolo degli arbitri nel contesto di una più efficace lotta alla criminalità transnazionale, ruolo che diviene centrale nell'applicazione dei codici di etica degli affari che si diffondono sempre di più all'interno del ceto mercantile.

L'applicazione in sede di arbitrato di un codice di *business ethics* in nome di un *buon costume* appartenente al diritto commerciale internazionale e la differente valutazione effettuata dal giudice interno osservate nel presente studio, mostrano l'utilità e la complementarietà dei codici di etica degli affari rispetto al sistema delle norme statali ed interstatali

(125) Conforme MAYER, *op. cit.*, p. 57 s. che, tuttavia, esclude la rilevanza delle norme di etica degli affari da noi invece fatte rientrare nel quadro dell'applicazione della *lex contractus*.

preventive e repressive. Ciò vale sia quando la *lex mercatoria* venga scelta alla stregua del diritto applicabile ad un contratto internazionale, sia in sede di interpretazione ed applicazione di un diritto nazionale, nonché in sede di interpretazione ed integrazione di una convenzione internazionale di diritto uniforme.

Può ben verificarsi, infatti, che la *lex mercatoria* determini dei limiti operativi in sede di applicazione di un diritto statale più permissivo in quanto l'aderenza dei codici collettivi alle nuove prassi del commercio internazionale fornisce, spesso, una più tempestiva "risposta normativa" rispetto a quella fornita sia dal legislatore statale sia dalla Comunità internazionale.

Il ricorso all'arbitrato, quindi, rende possibile l'applicazione di quelle regole del "buon costume" e della correttezza professionale che sono presenti in modo sempre più diffuso nella *business community* e che, come si è notato per l'arbitrato amministrato dalla CCI, possono essere individuate con precisione qualora le norme di *business ethics* siano codificate dallo stesso ente che amministra l'arbitrato. In questo senso, la collocazione transnazionale degli arbitri del commercio internazionale può fornire un contributo rilevante alla lotta contro le molteplici forme assunte dalla criminalità transnazionale affiancandosi in modo efficace ai soggetti tradizionalmente deputati a condurre tale lotta.

Dichiarare, invece, che l'arbitrato commerciale internazionale non è lo strumento più idoneo per reprimere le attività corruttive nel commercio internazionale (126), equivale ad ammettere che l'arbitrato possa essere uno strumento della criminalità transnazionale.

Se ciò fosse vero, oppure cominciasse a verificarsi, si condannerebbe l'arbitrato all'estinzione. Alla luce di quanto abbiamo esposto sopra e delle soluzioni prospettate attraverso la *lex mercatoria*, ci sembra che la conclusione sia una sola e si possa riassumere nel noto adagio: *tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*. Diversamente, qualora gli arbitri si ponessero al servizio dell'immoralità e, quindi, contro gli stessi *boni mores* degli operatori economici, l'arbitrato stesso risulterebbe condannato a morte, sia da parte degli operatori, sia da parte degli stessi Stati che interverrebbero introducendo pesanti controlli di legittimità e di merito.

Anche in questo contesto, dunque, occorre ripensare al monito lanciato, nel 1580, a Venezia, da Paolo di Castro. Al fine di arginare il pericolo che alcuni arbitri, avvalendosi del divieto del riesame del merito

(126) V. ad esempio ERIKSSON, *Arbitration and contracts involving corrupt practices: the arbitrator's dilemma*, in *Am. Rev. Int. l. Arb.*, 1993, v.4, p. 371 s., nonché in una certa misura CRIVELLARO, *op. cit.*, p. 5.

delle controversie da parte del giudice togato, si prestassero all'esercizio di pratiche illecite ed immorali, non esitava ad invocare l'intervento dello Stato con queste parole: "laudum tamquam iniquum, et aenormem laesionem continens in dicta parte debet reformari non obstantibus renunciationibus et statutis" (127).

Circa cinque secoli più tardi, nell'era dei *Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali*, viene esclusa dal loro campo di applicazione la *vexata quaestio* della contrarietà del contratto al buon costume lasciando all'arbitro ogni valutazione in merito (128). Speriamo, attraverso questo studio, di avere contribuito a colmare quella lacuna auspicando la redazione di un ulteriore Principio Unidroit in materia e, quindi, una migliore sistemazione della nuova *lex mercatoria*.

FABRIZIO MARRELLA

SUPERVISIONE BANCARIA E LOTTA AL RICICLAGGIO (*)

SOMMARIO: 1. Il contesto istituzionale: peculiarità delle funzioni della Banca d'Italia nell'ottica complessiva della lotta al riciclaggio. — 2.1. *Lotta al riciclaggio e competenze delle c.d. "Autorità di Vigilanza"*. La Banca d'Italia tra "interessi" diretti e "interessi" riflessi: un primo cenno; 2.2. (segue) *Le diverse impostazioni organizzative del t.u. banc. e della legislazione antiriciclaggio e la posizione del Ministro del tesoro*; 2.3. (segue) *Il nuovo ruolo dell'UJC come «autorità amministrativa centrale in materia di antiriciclaggio»; 2.4. (segue) «Compiti antiriciclaggio dell'Ufficio italiano dei cambi e sua qualificazione come «ente strumentale» della Banca d'Italia; 2.5. (segue) L'art. 151 della l. n. 388/2000 e l'attribuzione all'UJC della veste di «unità di informazione finanziaria».* — 3.1. *La collaborazione tra autorità nella lotta al riciclaggio: i rapporti tra le Autorità di vigilanza; 3.2. (segue) Le c.d. «altre autorità» e la cooperazione in ambito sovranazionale; 3.3. (segue) La collaborazione tra autorità nella normativa antiriciclaggio; 3.4. (segue) Supervisione della criminalità economica e rispetto degli specifici ambiti di competenza; 3.5. (segue) La collaborazione come canone comportamentale di carattere generale nei rapporti tra le autorità; 3.6. (segue) Il contributo dei soggetti vigilati. — 4. *Vigilanza bancaria e riciclaggio: 4.1. (segue) Il c.d. "Decalogo" della Banca d'Italia: dalle «Indicazioni alle «Istruzioni» operative per l'individuazione e la segnalazione di operazioni sospette; 4.2. (segue) Il rapporto tra l'art. 3-bis, comma 4, l. n. 197/1991 e l'art. 150, comma 2, l. n. 388/2000; 4.3. (segue) I contenuti delle nuove «Istruzioni»; 4.4. (segue) I richiami espliciti alla disciplina antiriciclaggio contenuti nella normativa secondaria di vigilanza; 4.5. (segue) Sinergie tra regole generali di vigilanza e disciplina antiriciclaggio. — 5. *Contrasto tra regole generali di vigilanza e disciplina antiriciclaggio: i rapporti tra le autorità e il nuovo ordinamento del credito: la vigilanza sugli intermediari non bancari. — 6. Conclusione: i controlli sull'operatività in funzione antiriciclaggio.***

(*) Contributo pubblicato anche sulla rivista *Banca Borsa e Titoli di Credito*, ed. Giuffrè, Milano.

(127) PAOLO DI CASTRO, *Consiliorum sive responsorum*, I, Venetis, 1580, cons. CCCCLXIII, n. 5, fol. 237 r., cit. in MARTONE, *Arbiter-arbitrator*, Napoli, 1984, p. 186; cfr. pure MARRELLA - MOZZATO, *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale. L'arbitrato a Venezia tra Medioevo ed Età moderna*, Padova, 2001, con prefazione di GIARDINA. (128) Ai sensi dell'art. 3.1 dei Principi Unidroit: "Questi Principi non si applicano all'invalidità dovuta a: (a) mancanza di capacità; (b) carenza di potere; (c) contrarietà alla legge o al buon costume".