

UNIVERSITÀ DI MACERATA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Seconda serie

110

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI

ESPERIENZE COMPARATISTICHE
E PROSPETTIVE DI RIFORMA

ATTI DEL CONVEGNO

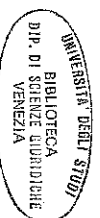
Jesi, 12-13 aprile 2002

a cura di

ROBERTO ACQUAROLI e LUIGI FOFFANI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2003



INDICE-SOMMARIO

GAIETANO INSOLERA, CARLO PIERGALLINI, <i>Presentatione</i>	XI
LEONARDO LASCA, <i>Saluto del Presidente della Fondazione Angelo Colucci</i> ..	XIII
ROBERTO ACQUAROLO, LUIGI FORFANI, <i>La corruzione tra privati: note intro-</i> <i>dottive sull'esperienza italiana</i>	1

I Sessione

LA CORRUZIONE NEL SETTORE PRIVATO: DIRITTO COMPARATO ED INTERNAZIONALE

BARBARA HUBER, <i>Introduzione</i>	31
JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, ISIDORO BLANCO CORDERO, <i>La crimi-</i> <i>nalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e</i> <i>di diritto comparato</i>	43
JOACHIM VOGEL, <i>La tutela penale contro la corruzione nel settore privato:</i> <i>l'esperienza tedesca</i>	75
MARIE PAULE LUCAS DE LEYSSAC, <i>Il delitto di corruzione dei dipendenti in</i> <i>Francia</i>	101
ADÁN NIETO MARTÍN, <i>La corruzione nel settore privato: riflessioni sull'ordi-</i> <i>namento spagnolo alla luce del diritto comparato</i>	111
PETER TAK, <i>Il reato di corruzione privata in Olanda</i>	143
ROBERT SULLIVAN, <i>La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra</i>	157

II Sessione

LE ALTERNATIVE CIVILISTICHE

GIORGIO GALBAZZI, <i>Corruzione, efficienza del sistema produttivo e sviluppo</i> <i>economico</i>	177
FABRIZIO MARRELLA, <i>La repressione della corruzione: i codici etici e l'arbitra-</i> <i>to internazionale</i>	191
PAOLO BASTIA, <i>L'autoregolamentazione delle aziende per il fronteggiamento</i> <i>della corruzione tra privati</i>	213
ELIO CARLETTI, <i>La corruzione nel settore privato tra tutela penale e sanzioni</i> <i>civili</i>	229
VITTORIO CHIUSANO, <i>Il punto di vista delle imprese</i>	243
LUIGI MONTUSCHI, <i>La rilevanza della corruzione privata nel rapporto di lavoro:</i> <i>ro: fattispecie ed effetti</i>	253

MASSIMILIANO BELLI, <i>L'art. 136 della Legge Bancaria: brevi riflessioni sui profili di diritto intertemporale</i>	261
---	-----

Tavola Rotonda:
**QUALE MODELLO DI INTERVENTO PENALE
 PER L'ORDINAMENTO ITALIANO?**

SERGIO SEMINARA	271
VALERIO NAPOLSONI	281
GABRILO FORTI, <i>La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione</i>	287
NICOLO MAZZACUVA, <i>Gli artt. 2634 e 2635 c.c.: diritto penale "simbolico" e necessaria "fammentarietà" dell'intervento punitivo</i>	349
VINCENZO MILITELLO, <i>Corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incertezze del nuovo reato societario</i>	355
LUIGI FOFANI, <i>La « corruzione fra privati » nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?</i>	377
<i>Elenco dei Relatori e degli Autori</i>	405

Il presente volume contiene il testo delle relazioni e degli interventi presentati al Convegno e degli elaborati rivisti ed ampliati, fatti successivamente pervenire dai partecipanti.

Gli organizzatori ringraziano tutti gli studiosi intervenuti. Una particolare riconoscenza va al prof. Luigi Montuschi: la sua partecipazione al Convegno era stata prevista nelle fasi organizzative iniziali, non potendo successivamente realizzarsi per insuperabili impegni commitments.

Il prof. Montuschi ha tuttavia accettato la richiesta degli organizzatori di far pervenire per la pubblicazione una relazione che consentirà al lettore di conoscere il suo prezioso punto di vista.

Come spesso avviene nella pubblicazione degli atti congressuali, l'utilizzo di tesi che, se pur riviste, riportano il contenuto delle relazioni orali, accanto ad altri, successivamente pervenuti ampliati ed arricchiti di note o della bibliografia può non riflettere esattamente il dibattito realmente verificatosi. Si è scelto di pagare il prezzo di questa "infedeltà" (per altro resa esplicita) per fornire ai lettori il quadro di apporti più ricco sul tema della corruzione tra privati.

FABRIZIO MARRELLA

LA REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE:
I CODICI ETICI E L'ARBITRATO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: Introduzione. — 1. La diffusione dei codici di business ethics sul piano transnazionale. — 2. L'esperienza arbitrale. — 3. L'arbitro ed il contratto all'"illecito transnazionale". — 4. Verso il reato di corruzione dell'arbitro? — Conclusioni.

Introduzione

La migliore dottrina internazionalcommercialistica ben prima del varo della Convenzione dell'OCSE in materia di lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali (1), ha espresso viva preoccupazione riguardo a certe "pras-

(1) Mi riferisco alla Convenzione dell'OCSE in materia di lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali, firmata a Parigi, il 17 dicembre 1997, da tutti i 29 Stati membri dell'OCSE, inclusa l'Italia e da cinque altri Stati: Argentina, Brasile, Bulgaria, Cile e Repubblica Slovacca. La Convenzione è entrata in vigore sul piano internazionale il 15 febbraio 1999 ed è stata ratificata dall'Italia tramite la legge del 29 settembre 2000, n. 300, pubblicata nel supplemento ordinario n. 176 L alla Gazzetta Ufficiale del 25 ottobre 2000. In argomento v. per tutti G. SACCHIODOTTI, *The 1997 OECD Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions: an example of piecemeal regulation of globalisation*, in *IYL*, 1999, pp. 26-50. La realtà culturale del concetto di "corruzione" inteso in senso lato, costituisce, peraltro, un problema inestricabile laddove si faccia riferimento a sistemi giuridici e socio-economici diversi da quelli occidentali, come quelli africani ed anche del medio ed estremo oriente, cfr. G.C. OYI, *China's accession into the WTO: the practice of international bribery and the issues it presents for American Counsel whose clients are doing business within the confines of the great wall*, in *Temple International and comparative Law Journal*, 2001, n. 1, pp. 147-170; S.R. SALBU, *Transnational bribery: the big questions*, 2001, in *Northwestern J. of int. law & business*, n. 2, pp. 435-470. Più in generale v. AA.VV., *Fighting international corruption & bribery in the 21st century: symposium*, in *Cornell Int. law J.*, 2000, n. 3, pp. 465-772.

si" che, essendo difficilmente repressibili sul piano del diritto interno, si sono già manifestate sul piano dell'arbitrato transnazionale (2).

Del resto, fino all'entrata in vigore della convenzione OCSE, l'atteggiamento degli Stati rispetto al fenomeno in esame era caratterizzato dalla più grande ambiguità. Basti a tale riguardo citare la cinica quanto realistica osservazione di due specialisti britannici dell'arbitrato secondo i quali: "States that are quick to condemn bribery and corruption may nevertheless be prepared to allow national companies to claim tax relief in respect of the money spent on commissions and other inducements so as to procure export orders" (3).

Il punto di vista — *rectius* il tormento — del civilista attento ai fenomeni del commercio internazionale può, dunque, evidenziarsi attraverso alcune affermazioni paradigmatiche.

Secondo Bruno Oppetit, la corruzione è divenuta, paradossal-

(2) Cfr. P. LAIVRE, *Ordre public transnational (ou réajustement international) et arbitrage international*, in *Rev. Arb.*, 1986, p. 329; B. OPPETIT, *Droit du commerce international et valeurs non marchands*, in *Mélanges Pierre 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. P. MAYER, *La règle morale dans l'arbitrage international*, in *Etudes Bellet*, 1991, p. 379 s.; in senso più moderato E. KOSHERI-LEBOULANGER, *L'arbitrage face à la corruption et aux règles d'influence*, in *Rev. int. dr. écon.*, 1989, p. 180 s.. V. sul tema anche i seguenti dossier della CCI: AA.VV., *L'évocation 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., da ultimo, v. KAHN-KASSIDJIAN (a cura di), *L'illicéité dans le commerce international, arbitrage: an Italian perspective*, in *Bull. GALLI. Mandatory rules and international arbitration: an Italian perspective*, in *Bull. ADA*, 1998, p. 43 s.; GARCIA DE ENTERRIA, *The role of public policy in international commercial arbitration*, in *Law & Pol. in Int'l Bus.*, 1990, p. 389 s.; DOLLINGER, *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 Bälou*, 1981, p. 49 s.; cfr. VANDER ELST, *Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate*, in *Mélanges Legros*, Paris, 1985, p. 653 s.

(3) REDERN, HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, London, 3rd ed., London, 1999, p. 152. Cfr. su tale tematica la Raccomandazione OCSE del 23 maggio 1997 nonché in particolare v. il sito <http://www.oecd.org/datafynocorruption/ines3.html> con ampi riferimenti di diritto tributario comparato in merito alla deducibilità fiscale delle tangenti.

mente, un uso del commercio internazionale (4), per Yves Guyon, invece, siamo sulla soglia di un'inflazione legislativa penale galoppante (5) e, venendo agli Autori italiani, quanto ai codici di etica degli affari, espressione delle formule organizzate della società civile, Guido Rossi ne ha stigmatizzato il ruolo indicando che "ciò di cui, invece la comunità degli affari abbisogna non è una valutazione morale, bensì una valutazione esclusivamente giuridica e conseguentemente sanzionatoria dei comportamenti dei suoi membri. Gli imprenditori che corrompono gli uomini politici o i funzionari, non sono da considerarsi uomini cattivi, bensì delinquenti che hanno infranto le leggi dello Stato: la sanzione per la loro attività non deve perciò essere il giudizio morale, ma l'applicazione della disciplina penale; non la parente di malvagità, bensì la pena detentiva" (6). E sia consentito citare in proposito alcuni scritti di Francesco Galgano, il quale ha sottolineato l'importanza del fenomeno autodisciplinare (7), mettendo altresì in evidenza la debolezza intrinseca del diritto statale nell'era della globalizzazione, paragonando la legislazione antitrust al ruggine del topo (8).

Considerati questi spunti provocatori, mi accingo dunque a trattare l'argomento che sono chiamato a riferire secondo un'ottica internazionalciviltistica e transnazionale con riferimento ai codici di condotta ed ai possibili spunti che possono essere tratti dall'analisi della giurisprudenza arbitrata (9).

(4) B. OPPETIT, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international*, in *JDI*, 1987, pp. 5-21; cfr. altresì ID., *Ethique et vie des affaires*, in *Etudes Colowen*, Paris, 1994, p. 326.

(5) Y. GUYON, *De l'inefficacité du droit penal des affaires*, in *Pouvoirs*, n. 55, 1990.

(6) G. ROSSI, *L'etica degli affari*, in *Riv. soc.*, 1992, pp. 538-555 a p. 551 che aggiunge: "far applicare le leggi diventa perciò il problema cruciale di ogni progetto politico concreto. La questione morale, così come è posta oggi, è questione fallace e ingannevole, perché nasconde invece una crisi ancor più profonda nella vita dei consociati, cioè la crisi dello Stato e delle istituzioni, fra cui prima l'amministrazione della giustizia".

(7) Cfr. in particolare F. GALGANO, *Repressione penale e riforma civile*, in *Quest. crim.*, 1978, pp. 413-432.

(8) ID., in GALGANO, S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TRUO, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993.

(9) Riferisco in questa sede alcune riflessioni ulteriori rispetto a quanto già

La crescente espansione della criminalità economica organizzata sia a livello locale sia a livello transnazionale, si è imposta all'attenzione oltre che dei singoli Stati anche delle organizzazioni internazionali e, più in particolare, delle ONG a vocazione economica, offrendo lo spunto per un'analisi degli eventuali strumenti civili utili per il contrasto alla criminalità transnazionale. In quest'ottica diverrà cruciale esaminare la posizione dell'arbitro internazionale con riferimento ad alcune fattispecie reali che ricadono in una sorta di "zona grigia", esistente tra la prassi commerciale internazionale e ciò che è invece penalmente rilevante e represso dal punto di vista degli Stati *uti singuli*.

Occorre, infatti, muovere da due constatazioni di fatto:

a) l'80% dei contratti internazionali è munito di clausola compromissoria.

b) il ricorso diffuso all'arbitrato consente agli arbitri di conoscere controversie relative ad operazioni del commercio internazionale sia *lætie* che *illicite* suscitando, quindi, seri interrogativi sul ruolo di questi giudici rispetto a quello del giudice penale (che è un giudice interno), colpendo il fenomeno criminale più a monte, a livello del contratto di base da cui scaturisce l'atto, qualificato e punto da una data legge statale come reato.

Occorrerà fare chiarezza su quanto appena annunciato, sviluppando il tema secondo quattro momenti: il primo concerne lo sviluppo e la diffusione dei codici di condotta sul piano transnazionale; il secondo attinge alle possibili valutazioni giuridiche alla luce delle applicazioni recenti; quindi, in un terzo momento, si offriranno alcuni spunti ricostruttivi circa il ruolo dell'arbitro dinanzi alla globalizzazione della corruzione transnazionale ed infine, si svilupperanno alcune considerazioni *de jure condendo* con riferimento al diritto penale dell'arbitrato.

Esposito nel mio saggio *Arbitrato e strumenti di lotta alla criminalità transnazionale riconducibili all'autonormazione ed alla lex mercatoria*, in L. DI BRUNA, L. PICCHIO FORIATTI (a cura di), *Antitricidaggio e prevenzione della criminalità economica*, Padova, 2002, a cui mi permetto di rinviare. Ulteriori analisi sul problema della *lex mercatoria* sono contenute nel mio volume *La nuova lex mercatoria. Principi, limiti ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia dir.* da F. GALGANO, Padova, 2002.

1. La diffusione dei codici di business ethics sul piano transnazionale

In via preliminare appare utile rilevare che, accanto alle norme penali di fonte statale ed interstatale, si sono diffusi codici di condotta che, a mio avviso, possono ben considerarsi indici particolarmente significativi dell'esistenza di un interesse collettivo allo svolgimento ordinato e corretto delle contrattazioni su scala transnazionale e quindi di un'esigenza di tutela degli operatori che l'arbitro deve soddisfare.

Quanto detto trova puntuale conferma nel contesto dell'esperienza maturata dalla principale ONG a vocazione economica internazionale: la C.C.I. (Camera di Commercio Internazionale) (10). Il problema della predisposizione di strumenti di contrasto all'illecito commerciale transnazionale ha assunto una tale rilevanza da indurre la C.C.I. ad istituire speciali organismi denominati C.C.S. (*Commercial Crimes Services*) destinati a vigilare sulla correttezza e sulla sicurezza delle contrattazioni transnazionali, sia al di fuori dell'azione dei singoli Stati che dell'azione intergovernativa. Ci troviamo, dunque, all'interno del mondo della *societas mercatorum* e dei suoi organismi specifici. Questi organismi sono quattro: l'I.M.B. (*International Maritime Bureau*); il C.C.B. (*Commercial Crimes Bureau*); il C.I.B. (*Counterfeiting Intelligence Bureau*) nonché il C.C.U. (*Cybercrimes Unit*).

Vediamo rapidamente quale sia l'oggetto dell'attività di tali enti.

L'I.M.B., costituito a Londra nel 1981, svolge la sua attività principale in materia di trasporto marittimo, inclusi gli aspetti bancari e assicurativi ad esso connessi. In quanto organismo collegato alla C.C.I. (che gode di un *top level consultative status* presso le principali organizzazioni internazionali), l'I.M.B. ha ottenuto un certo riconoscimento formale da parte dell'organizzazione mariti-

(10) V. in generale, sulla natura e la funzione della CCI, GARDINA, *Camera di Commercio Internazionale*, (voce) in *Enc. dir.*, vol. V, Roma, 1988, nonché ASTORFI, *Internazionali Chamber of Commerce*, (voce) in *Dir. IV/sez. com.*, p. 472 s.; HASCHER, CCI, (voce), in *CARRAUD-LAGARDE-STYVERT* (diretta da), *Enc. Dalloz - Rep. Dr. Intern.*, Paris, 1998.

na internazionale (OMI), la quale, appunto, tramite la risoluzione A504/1981, ne ha consacrato il ruolo nella lotta contro la frode marittima. Nell'ambito dell'attività di questo ente è possibile identificare fattispecie che sfuggono alle schematizzazioni necessariamente rigide delle norme penali poiché si riferiscono a situazioni tipiche nel commercio internazionale, avverso le quali gli operatori approntano i propri mezzi di tutela. Basti pensare, ad esempio, alla definizione di *frede* marittima presentata dall'I.M.B. che consiste in una "deviation of ships from legitimate destinations" ovvero in una deviazione delle navi dalla rotta prestabilita al fine di caricare o scaricare merci di soggetti terzi rispetto a quelli che sono parti del contratto di trasporto marittimo.

Che cosa fa, dunque, l'I.M.B.? L'I.M.B. esplica la sua attività secondo diverse direzioni: svolge indagini *in loco*, elabora continuamente le informazioni raccolte per identificare l'illecito transnazionale nella sua mutevolezza in modo che i propri membri possano prevenire, attraverso le *c.d. red flags*, il verificarsi di tali fattispecie; inoltre, verifica l'autenticità dei documenti mercantili, fornisce assistenza nel contenzioso sia arbitrare che giudiziale.

Accanto all'I.M.B. abbiamo, poi, il C.C.B. che esplica un'attività di vigilanza privata in materia di credito documentario. L'importanza di tale attività la si coglie con riferimento all'art. 13 delle norme ed usi uniformi della C.C.I. (NUU 500), ove si stabilisce che le banche devono esaminare con ragionevole cura tutti i documenti prescritti dal credito documentario per accertarsi se, nella forma, essi appaiono conformi alle condizioni del credito ed a tale scopo, la banca emittente e la banca confermatrice, disporranno ciascuna di un ragionevole periodo di tempo non eccedente i sette giorni lavorativi per esaminare i documenti e decidere se accettarli o rifiutarli.

Un altro organo, il C.I.B., si occupa dei problemi legati alla contraffazione dei marchi e segni distintivi. L'attività consiste essenzialmente nella predisposizione di liste di *offenders*, nello svolgimento di investigazioni (private) al fine di acquisire informazioni sulle società che violano i diritti di proprietà intellettuale.

Infine, il quarto organismo, il C.C.U. — istituito da appena

due anni — fornisce una serie di *check-ups* sulla sicurezza dei sistemi informativi al fine di prevenire la nuova "pirateria elettronica" in collaborazione con le autorità nazionali (11).

Ma non basta. Oltre a questa attività che potremmo definire di vigilanza preventiva privata e transnazionale, la C.C.I. ha redatto un codice di condotta in materia di corruzione nel commercio internazionale. Tale codice fa seguito ad un primo codice di condotta, redatto negli anni '70, la cui origine si riconduce alle note vicende che avevano portato, negli Stati Uniti, allo scandalo Watergate e quindi al varo del *Foreign Corrupt Practices Act* (F.C.P.A.) (12), normativa che costituisce il sottofondo culturale della recentissima convenzione dell'OCSE, di cui si è fatto cenno nei precedenti interventi. Perché elaborare un codice di condotta collettivo presso la CCIP? Non v'è dubbio che, all'origine di questa iniziativa, si era diffusa presso la *Business Community*, l'esigenza di dare un segnale forte agli altri interlocutori istituzionali al fine di prendere le distanze da quegli operatori che, attraverso la corruzione o il traffico d'influenza, violavano le più essenziali regole dell'economia di mercato, impedendo quindi allo stesso mercato di funzionare in modo *efficiente*, secondo quanto è stato esposto poc'anzi dal Professor Galeazzi.

Per evitare che dalla legislazione americana contro la corruzione degli anni '70 si approdasse direttamente all'azione intergovernativa, cosa che oggi è avvenuta con la precitata Convenzione dell'OCSE, venne costituito, in seno alla C.C.I., un gruppo di lavoro incaricato di redigere un codice di condotta collettivo transnazionale anti-corruzione. Una volta redatto il codice, il controllo della sua applicazione, veniva affidato da un *panel* competente ad esaminare i casi di violazione, previo il consenso di ambedue le parti (siamo dunque al di fuori di uno schema processuale classico). Il *panel* doveva redigere, per ciascun caso, un rapporto da pre-

(11) Cfr. in generale S.R. SARBU, *Information technology in the war against international bribery and corruption: the next frontier of institutional reform*, in *Harvard Journal on Legislation*, 2001, pp. 67-102.

(12) V. da ultimo G. ACQUAVIVA, *La legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2001, pp. 625-660.

sentare al Consiglio della C.C.I. da cui rilevare l'attività corruttiva di un dato operatore economico in violazione delle regole di merito. Date queste premesse, non stupisce che il *panel* sia rimasto inattivo in considerazione del fatto che l'identificazione di un "corrotto" da parte degli operatori economici avrebbe portato come conseguenza l'applicazione delle sanzioni proprie alla *societas mercatorum*, cioè in pratica l'esclusione dal mercato.

Negli anni '90 venne redatto un secondo Codice, attualmente in vigore, composto di tre parti che si collocano alle radici della Convenzione dell'O.C.S.E.

La prima parte contiene alcune raccomandazioni agli Stati, concernenti la necessità della incriminazione delle fattispecie di corruzione transnazionale, la seconda si rivolge alle imprese multinazionali, mentre la terza riguarda l'attività della C.C.I. stessa. E dunque la seconda parte quella che appare più interessante ai nostri fini. Essa, basti leggere l'art. 2, fissa un principio generale in cui si vieta ogni tipo di offerta di denaro o altri vantaggi economici indebiti confermando così, una volta di più, la convergenza tra il mondo degli operatori del commercio internazionale e quello intergovernativo (13). Tuttavia, al paragrafo 2 del medesimo articolo, vengono enunciate — ciò che il legislatore penale dei singoli Stati non ha fatto — le singole fattispecie, corrispondenti ad altrettante prassi del commercio internazionale, ove l'"illecito transnazionale" può verificarsi: si tratta di tecniche di sub-contrattazione, di ordini di acquisto fittizi e, soprattutto, di contratti di consulenza.

Ora, le norme di questo codice indicano l'obbligo di registrazione, sia pure a livello della contabilità aziendale interna, delle movimentazioni riferite a contratti stipulati coi mediatori, applicazione del più generale principio di divieto di ogni forma di contabilità nera. E per realizzare concretamente i precetti del codice vie-

(13) In base all'art. 2 del codice citato: "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 payment to employees of the other contracting party, or (ii) utilize 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."

ne auspicata l'istituzione di un organo speciale di controllo interno al management. Si è individuata così la figura dell'"ethical officer" cui spetterà la elaborazione ed il controllo dell'applicazione dell'"etica d'impresa".

Giunti a questo punto, appare evidente che, nella panoramica dei codici etici attualmente esistenti occorre operare una distinzione fondamentale tra codici *individuali* dell'impresa multinazionale e codici *collettivi* degli operatori come gruppo.

I primi codici hanno formato recentemente l'oggetto di studi particolarmente pregevoli ad opera della migliore dottrina giuristivistica, tra cui sia consentito ricordare Adalberto Perulli della mia Università (14). Tali studi hanno messo in evidenza la rilevanza dei codici di condotta individuali all'interno dell'impresa multinazionale e la loro rilevanza in termini di strumento organizzativo e, quindi, disciplinare dell'impresa-mondo. Ma, come si diceva, esistono anche altri tipi di codici di condotta, codici collettivi, come quello della C.C.I. visto poc'anzi, destinati, a mio parere, ad incidere ineluttabilmente sul modo di essere di quei rapporti che pur essendo esterni alla singola impresa, sono interni rispetto alla cerchia degli operatori di un dato settore economico. Le norme di *business ethics* di cui si parla, norme agiuridiche secondo la dogmatica civilistica tradizionale, acquisiscono, tuttavia, particolare momento nel contesto dell'arbitrato internazionale. L'arbitro, a differenza del giudice interno, sarà particolarmente attento alle c.d. fonti informali del diritto delle relazioni private transnazionali e quindi valuterà con particolare cura il comportamento delle parti rispetto ai codici collettivi di condotta. Di più, l'art. 17 del regolamento di arbitrato C.C.I., in vigore dal 1° gennaio 1998, consente oggi all'arbitro di applicare alla controversia "regole di diritto" anche astatuale, sia in caso di scelta espressa che in ipotesi di assenza di scelta della *lex causae*. Occorre, dunque, a questo punto, esaminare la giurisprudenza arbitrata.

(14) Cf. A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999, *passim*.

2. *L'esperienza arbitrale*

La giurisprudenza arbitrale, a partire dagli anni '60, ha avuto modo di evidenziare alcune fattispecie rientranti in quello che è stato efficacemente definito "illicito nel commercio internazionale" (15). Orbene, l'atteggiamento degli arbitri chiamati a risolvere controversie di dubbia liceità nel commercio transnazionale ha subito nel tempo alcuni mutamenti che vanno ora evidenziati.

In un primo tempo, gli arbitri hanno stabilito l'inarbitrabilità delle controversie implicanti il trasferimento di tangenti. L'esempio, oramai di scuola, si rinviene nel lodo CCI n. 1110 del 1963 (16) ove il giudice svedese Gunnar Lagergren, in qualità di arbitro unico, dichiarò l'inarbitrabilità di una controversia in base ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili tra i quali assumeva rilievo decisivo quello dell'invalidità del contratto *contra bonos mores*. Secondo Lagergren, l'invalidità causata dal pagamento di tangenti ad un funzionario argentino travolgeva l'intero assetto contrattuale inefficiente, così, qualunque procedimento sia giudiziale che stragiudiziale: "such corruption is an international evil; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations".

La "giurisprudenza Lagergren" venne considerata un modello fino alle soglie degli anni '90 e produsse due varianti, corrispondenti ad altrettante letture del lodo pretratto. Da un lato si affermò l'idea di una fondamentale irricevibilità della domanda di arbitrato fondata su pretese atinenti il pagamento di tangenti secondo il brocardo *ex turpi causa non oritur actio*; dall'altro lato, si eviden-

(15) PH. KAHN, C. KESSADJIAN (a cura di), *L'illicite dans le commerce international*, Paris, 1996, p. 1 s.; A. BERG, *Bribery: Transaction validity and other civil law implications*, in *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, 2001, pp. 27-65; H. ABEZAZADEH, *Considerations pragmatiques sur la compétence respect-ve de l'arbitre et du juge en matière de corruption*, in *Bull. ASA*, 2001, pp. 672-683; A. SAYED, *La question de la corruption dans l'arbitrage commercial international: inventaire des solutions*, ivi, 2001, pp. 653-671.

(16) CH. J. GILLIS WRITNER, *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, pp. 277-281. Il lodo viene riportato per estratto in appendice al presente scritto.

ziò la nullità assoluta del contratto illecito travolgendo così anche la clausola compromissoria e quindi viziando *ab origine* qualunque procedimento arbitrale: *quod nullum est nullum producit effectum*.

Orbene, il ragionamento di Lagergren — secondo la seconda lettura appena evidenziata — muoveva dal presupposto secondo il quale tra accordo arbitrale e contratto esisteva perfetta unità di vita giuridica. Orbene, una volta affermatosi il principio dell'autonomia del patto compromissorio, si è giunti ad ammettere la sopravvivenza della competenza arbitrale anche in ipotesi di invalidità del contratto principale, riaprendo dunque la *vetusta questio* della posizione dell'arbitro dinanzi a fattispecie *lato sensu* corruttive.

Si è aperta, dunque, una fase nuova e la prassi prevalente sembra orientata verso la comminazione della sanzione della nullità civilistica del contratto sulla base di un riscontro della contrarietà del medesimo ai *bonos mores* degli operatori del commercio internazionale, ovvero evidenziandone la contrarietà a norme di applicazione necessaria.

Esemplare al riguardo è la vicenda *Hilmarton* su cui si sono riversati fiumi d'inchostro e che, ai fini della presente relazione, considereremo solo sotto il profilo del contenuto del lodo arbitrale (17). Una società francese, la OTV, aspirava a conseguire un appalto per il risanamento della città di Algeri. Per raggiungere tale scopo, si rivolgeva ad una società britannica, *Hilmarton*, la quale asserviva di possedere contatti atrofocati presso le autorità algerine. La società OTV stipulava con *Hilmarton* un contratto di consulenza ove la remunerazione di *Hilmarton* veniva fissata al 4% del valore dell'appalto. OTV otteneva l'appalto e, quindi, iniziava a pagare a *Hilmarton* il proprio corrispettivo a cadenza rateale. Ad un certo punto, però, la società francese interrompeva il pagamento e, poiché nel contratto di consulenza tra OTV e *Hilmarton*, era sta-

(17) Il lodo viene riportato per estratto in appendice al presente scritto. Sull'intera questione v. per tutti A. GIARDINA, *Norme imperative contro le intermediazioni nei contratti ed arbitrato internazionale*, in *Rev. arb.*, 1992, p. 784 s.; Id., *Riconoscimento in Francia di lodi esteri annullati nel paese d'origine*, ivi, 1997, p. 394 s.; Id., *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni*, ivi, p. 796. Id., *The international recognition and enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin*, in *Rev. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 265 s.

ta apposta una clausola compromissoria, la società britannica adiva l'arbitro chiedendo la condanna di OTV al versamento del saldo oltre, beninteso, gli interessi.

L'arbitro (svizzero), fissata la sede a Ginevra, rilevava che la *lex causae*, in base ad una scelta espressa delle parti era il diritto svizzero. Tuttavia, durante la fase istruttoria, accadevano degli eventi quantomeno insoliti: sparivano i fascicoli più importanti e i dipendenti chiave nella vicenda risultavano essere stati licenziati. L'arbitro si rendeva conto che tali anomalie potevano nascondere l'esistenza di una "tangente" o comunque di un "illecito transazionale". L'arbitro procedeva alla valutazione della fattispecie secondo la legge applicabile, ovvero il diritto svizzero ed accettava conclusivamente l'applicabilità dell'art. 20 del codice delle obbligazioni (CO) — analogo all'art 1343 c.c. italiano sia pure in materia di causa contrattuale — ove si stabilisce che "il contratto che ha per oggetto una cosa impossibile o contraria alle leggi od ai buoni costumi è nullo". Orbene, ai fini di una corretta applicazione di tale principio, l'arbitro esaminava la giurisprudenza svizzera senza, tuttavia, riscontrare precedenti utili alla soluzione del problema.

A questo punto, veniva in considerazione un altro elemento della vicenda: nel diritto algerino, l'intermediazione per ottenere un contratto di appalto risultava vietata. Si poneva, dunque, un problema internazionalprivatistico particolarmente interessante in quanto il divieto algerino veniva in rilievo, per l'arbitro, alla stregua di una norma di applicazione necessaria appartenente ad un ordinamento terzo, secondo quanto stabilito dall'art. 184 della LDIP svizzera (e l'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali che, evidentemente, non era applicabile al caso di specie). La norma di applicazione necessaria *de qua*, non apparteneva, infatti, né alla *lex fori* (in *casu* il diritto svizzero in quanto l'arbitrato si svolgeva in Svizzera) né alla *lex causae*, appunto, il diritto svizzero scelto espressamente dalle parti. È ben noto, infatti che, l'arbitro possiede una mera facoltà di dare efficacia ad una norma di applicazione necessaria appartenente ad un ordinamento terzo anche se, tale norma possa considerarsi strettamente collegata alla fattispecie.

Orbene, secondo una prima lettura del lodo in esame, l'arbitro decise di dare efficacia alla norma di applicazione necessaria dell'ordinamento algerino e, quindi, dichiarò la nullità del contratto per l'illiceità rispetto alla legge algerina, operazione possibile anche alla stregua dell'art. 20 del codice delle obbligazioni precitato. Tuttavia, risulta possibile operare anche una seconda lettura di tale lodo, una lettura che mi sembra più realistica e particolarmente interessante rispetto al tema oggetto del presente convegno. Sulla scorta del sopraccitato art. 20 CO, si può dedurre che l'arbitro abbia riscontrato l'immoralità del contratto controverso e cioè la violazione di un *bonos costume* di natura *transnazionale*, le cui regole oggettive sono enunciate nel codice di condotta collettivo della C.C.I.

In entrambi i casi la sanzione civilistica c'è: la nullità del contratto. Ma se si segue la via dell'immoralità è possibile enucleare un ulteriore effetto civilistico: in base al brocardo *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, si produrrebbero effetti sfavorevoli anche per il datore della "tangente" in quanto, oltre alla nullità del contratto, le rate pagate non verrebbero restituite paralizzando la posizione di entrambe le parti, su cui peserebbero comunque le spese processuali. La nullità, dunque, come sanzione civilistica può contribuire ad ostacolare — al di fuori delle fattispecie penali — la diffusione di pratiche illecite transnazionali rilanciando così, nel contesto arbitrale, la possibilità di dare efficacia giuridica — sia nel quadro dell'applicazione di una *lex contractus* statale, sia a *fortiori* qualora si trattasse di applicare la *lex mercatoria* — ai codici collettivi di condotta intesi quali norme scritte dei *bonos mores* del commercio internazionale.

Allo stato attuale della prassi arbitrale, ferme restando le valutazioni appena presentate, si riscontra una giurisprudenza oscillante. La timidità della giurisprudenza arbitrale non è, tuttavia, legata alla reticenza dell'arbitro bensì a problematiche di natura processuale che attengono ora al contenuto della domanda ora alla prova della "tangente" (18). Va detto tuttavia che, al di fuori delle

(18) Situazioni che si trovano al centro di un acceso dibattito tra la dottrina specialistica, cfr. ad es. J. ROSELL, *Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof*, in *Arbitration International*, 1999, pp. 329-348.

ipotesi più complesse, ove nessuna delle parti eccepisca l'invalidità del contratto sulla base della attività corruttiva della controparte, esistono cause arbitrali ove almeno una delle parti abbia chiesto all'arbitro di dichiarare la nullità del contratto contra *bonos mores* adducendo il traffico d'influenza o, *expressis verbis*, la corruzione (19). E ciò non deve stupire, in quanto la segretezza del procedimento arbitrale e la separatezza dal giudizio penale interno consentono alle parti interessate di rivelare all'arbitro ampi dettagli sulla loro rispettiva attività.

Infine, onde eliminare ogni dubbio circa l'importanza della disciplina civilistica rispetto a quella penalistica in contesti complessi e transazionali come quello appena evidenziato, basti notare che, mentre era evidente a tutti gli specialisti del diritto del commercio internazionale che l'*affaire Himanton* concernesse un "traffico d'influenza" e riguardasse il pagamento di una tangente, in tutta questa vicenda non è mai stata esperita alcuna azione penale, né in Francia, né in Gran Bretagna, né in Algeria.

3. L'arbitro ed il contratto all'"illecito transazionale"

A questo punto, risulta possibile tentare una sintesi degli strumenti internazionali privatistici a disposizione dell'arbitro dinanzi a fattispecie rientranti nel novero dell'"illecito transazionale".

Le soluzioni possono essere schematizzate come segue:

- a) inarbitrabilità oggettiva della controversia;
- b) contrarietà della fattispecie rispetto a norme contenute in un codice collettivo di condotta transazionale;
- c) efficacia delle norme di applicazione necessaria della *lex causae*;
- d) contrarietà all'ordine pubblico internazionale della *lex loci executionis*;
- e) efficacia delle norme di applicazione necessaria di ordinamenti terzi;

(19) Si consenta di rinviare a F. MARRELLA, *Arbitrato e strumenti di lotta alla criminalità transazionale riconducibili all'autonomia ed alla lex mercatoria*, cit.

f) contrarietà all'ordine pubblico transazionale;

g) applicazione della normativa civilistica in materia di concorrenza sleale.

L'ipotesi *sub (a)* trova riscontro nella "giurisprudenza Lagergren" di cui si è già detto sopra. Nel caso evidenziato *sub (b)*, invece, l'arbitro, nell'applicare la *lex contractus*, potrebbe procedere all'interpretazione integrativa della clausola generale del buon costume, presente nella gran parte degli ordinamenti giuridici contemporanei, considerando un codice collettivo di condotta pari ad un'annunziata scritta di regole dei *bonos mores* con il risultato di pervenire alla nullità del contratto per immoralità (20). Più tradizionale è, invece, il metodo delle norme di applicazione necessaria evidenziato *sub (c)*. Qualora la *lex causae* fosse quella di uno Stato che abbia ratificato la Convenzione dell'OCSE del 1997, la normativa penale corrispondente sarebbe senz'altro di applicazione necessaria determinando, *ipso facto*, l'illiceità del contratto avente per oggetto il pagamento di tangenti a pubblici funzionari stranieri.

Di più, la normativa penale *de qua* potrebbe rientrare nella nozione di ordine pubblico internazionale della *lex loci executionis*, cioè dell'ordinamento in cui una delle parti chiedesse l'eventuale riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale. Il punto evidenziato *sub (d)* evidenzia, dunque, gli effetti della contrarietà del lodo al divieto penale dal punto di vista del diritto dello Stato in cui si

(20) Tale ipotesi è distinta da quella dell'efficacia di una norma di applicazione necessaria in base al rinvio operata ad esso dalla clausola generale del buon costume. Si tratta di un approccio inaugurato dal giudice tedesco (cfr. BGH, 8 maggio 1985, in *RIW*, 1985, p. 653) — e seguito anche dall'arbitro nel lodo *Himanton* — che a noi, tuttavia, sembra fondamentalmente scorretto. Se la nozione di illiceità del contratto si riferisce solamente alla illiceità rispetto alla *lex causae* non si vede perché allora si impieghi la nozione di immoralità. La nozione di *boni mores*, infatti, si riferisce infatti non al diritto statale straniero bensì a regole di diritto astrattale espresse appunto del gruppo socio-economico di riferimento. I *boni mores*, pertanto, non possono che essere costituiti dai "principi che corrono sotto il nome di morale sociale (uome sociali) cioè quei 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*, 3^a ed., Milano, 1952, p. 274. Tra una letteratura vastissima v. F. GALICANO, *Diritto civile e commerciale*, v. II, t. I, Padova, 1999, p. 311 s. ed i riferimenti ivi citati.

richieda l'*executur*, a prescindere dalle vicende dell'applicazione della *lex causae*. Pertanto, qualora la *lex loci executionis* fosse quella di uno Stato contraente della Convenzione dell'Ocse del 1997, l'appartenenza della normativa anticorruptiva all'ordine pubblico del giudice richiesto impedirebbe, *ipso facto*, l'*executur* anche del lodo pronunciato sulla base di una *lex causae* che non contemplasse una normativa contro la corruzione.

Più complessa, invece, risulterebbe la dimostrazione della illiceità di un contratto per contrarietà a norme di applicazione necessaria appartenenti a Stati terzi (*sub (e)*). Come si è notato, a proposito del lodo *Hilmarton*, l'arbitro — ma anche il giudice interno in base all'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980 — non è obbligato a dare rilievo alle *lois de police étrangères*. Orbene, proprio in considerazione del modello indicato all'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980, l'arbitro potrebbe tenere conto delle conseguenze derivanti dalla applicazione o dalla non applicazione della normativa anticorruptiva di un ordinamento terzo in funzione della concreta efficacia del lodo, efficacia cui la missione dell'arbitro si trova strettamente legata secondo i regolamenti di arbitrato amministrato più diffusi.

Infine, l'arbitro può considerare una determinata fattispecie in contrasto con l'ordine pubblico transnazionale (*sub A*), la cui esistenza è, tuttavia, legata a teorie *lexmercatoristiche* che si trovano in fase di non sopito dibattito (21). Eppure, seguendo la stessa ottica *lexmercatoristica*, sovente criticata con eccessiva passione dai difensori del dogma della statalità del diritto, si può giungere a constatare la contrarietà del contratto ad un ordine pubblico transnazionale, distinto da quello dei singoli Stati, nella misura in cui si evidenziasse una contrarietà a principi elementari fondamentali della *lex mercatoria*. Per questa via, i codici di condotta collettivi acquisirebbero forza cogente nella misura in cui costituissero enun-

(21) V. per tutti P. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in P. SANDRS (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, in ICCA Congress Series 3, Kluwer Law and Taxation, 1987, pp. 258-318; cfr. K. BÖCKSTEGEL, *Public Policy and Arbitration*, *ibid.*, pp. 177-204.

ciazione di principi di diritto astrattuale riconducibili al principio di conservazione del mercato stesso e quindi a quell'interesse collettivo di tutela, di cui si era fatto cenno all'inizio della presente relazione. L'"illecito transnazionale", identificato e condannato dai codici di condotta, espressione immediata e diretta di regole oggettive poste dagli operatori dell'economia lecita verrebbe, di conseguenza, neutralizzato dall'arbitro.

Infine, l'ipotesi evidenziata *sub (g)* sembrerebbe, stando alla giurisprudenza arbitrale, un mero caso di scuola. Occorre, tuttavia, rilevare che, poiché il fondamento del procedimento arbitrale è costituito da un contratto la figura dell'illecito concorrenziale prevista all'art. 2598 del c.c. italiano fuoriesce dall'orbita arbitrale in quanto la concorrenza sleale si configura come illecito di natura extraraduale a differenza, invece, della disciplina *antitrust* che rievoca alla stregua delle norme di applicazione necessaria.

4. Verso il reato di corruzione dell'arbitro?

Infine, vorrei sottolineare un punto particolarmente importante che non è stato ancora esaminato dalla dottrina specialistica: mi riferisco all'ipotesi di reato di corruzione attiva e passiva dell'arbitro.

L'adattamento dell'ordinamento italiano alla convenzione dell'OCSE del 1997, in materia di corruzione del pubblico funzionario straniero, non mi sembra abbia contemplato l'introduzione di tale fattispecie penale di non trascurabile rilevanza. Ammesso che l'arbitro non sia né un pubblico ufficiale, né un incaricato di pubblico servizio, ci troviamo, dunque, in presenza di ipotesi di corruzione privata, oggetto di questo importante convegno.

Sussistendo una tale lacuna mi sembra evidente la necessità che sia introdotta una norma penale in materia di corruzione dell'arbitro, come peraltro, hanno già provveduto, in proposito, il legislatore francese e quello svizzero.

La Svizzera, in sede di ratifica della Convenzione dell'OCSE, entrata in vigore il 1° maggio 2000 (22), ha, infatti, introdotto alcu-

(22) Lo strumento di ratifica è stato depositato presso l'OCSE il 31 maggio 2000. Cfr. DAF/FE/IME/BR (2001) 6 /REV3.

ne modifiché al codice penale configurando come reato sia la corruzione attiva dei pubblici funzionari *svizzeri* sia quella dei pubblici funzionari *stranieri*, reati la cui violazione è punita, *inter alia*, con la pena della reclusione. Ebbene, rispetto alla disciplina previgente — ove veniva prevista, agli artt. 288, 315 e 316 del codice penale, la pena detentiva unicamente per il delitto di corruzione del funzionario svizzero — le nuove norme hanno introdotto un significativo ampliamento delle ipotesi di reato prevedendo la corruzione attiva e passiva, nonché la concessione e l'accettazione di profitti dell'arbitro.

Così, ai sensi dell'art. 322-ter, in materia di corruzione attiva: "Chunque offre, promette o procura un indebito vantaggio a un membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, a un funzionario, a un perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità, a un arbitro o a un militare, a favore di lui o di terzi, per indurlo a commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività ufficiale e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento, è punito con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione". [grassetto aggiunto]

Mentre in materia di corruzione passiva, l'art. 322-quater dispone che:

"Chunque, in qualità di membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità o di arbitro, domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio, per sé o per terzi, per commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività ufficiale e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento, è punito con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione".

Inoltre, rispetto al contenuto della convenzione OCSE, il legislatore svizzero ha introdotto, all'art. 322-quinquies, la fattispecie della "concessione di profitti" in base alla quale

"Chunque offre, promette o procura un indebito vantaggio a un membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, a un funzionario, a un perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità, a un arbitro o a un militare in considerazione dell'espletamento della sua attività ufficiale, è punito con la detenzione o con la multa".

La suddetta norma viene ricollegata a quella dell'"accettazione di profitti".

"Chunque, in qualità di membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità o di arbitro, domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio in considerazione dell'espletamento della sua attività ufficiale, è punito con la detenzione o con la multa".

La disciplina culmina con l'art. 322-septies, in materia di "corruzione di pubblici ufficiali stranieri" ove si prevede che:

"Chunque offre, promette o procura un indebito vantaggio a un membro di un'autorità giudiziaria o di un'altra autorità, a un funzionario, a un perito, traduttore o interprete delegato dall'autorità, a un arbitro o a un militare di un Paese straniero o di un'organizzazione internazionale, a favore di lui o di terzi, per indurlo a commettere un atto o un'omissione in relazione con la sua attività ufficiale e contrastante coi doveri d'ufficio o sottostante al suo potere d'apprezzamento, è punito con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione".

Analogamente a quanto avvenuto in Svizzera, il legislatore francese, con la legge del 30 giugno 2000 in materia di lotta alla corruzione (23) ha introdotto una nuova norma, posta all'art. 435-4 del *Code Penal*, entrato in vigore il 1° gennaio 2002, che così dispone:

"Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'un magistrat, d'un juré ou de toute autre personne siégeant dans une fonction juridictionnelle, d'un arbitre ou d'un expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties, ou d'une personne chargée par l'autorité judiciaire d'une mission de conciliation ou de médiation, dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission

(23) Loi n. 2000-595 du 30 juin 2000 art. 2, *Journal Officiel* du 1er juillet 2000, in *Rev. arb.*, 2000, n. 3, p. 542.

ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.

Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa.

La poursuite des délits visés au présent article ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public". [grassetto aggiunto]

Svolte le predette considerazioni, valevoli *de jure condendo*, mi accingo dunque a tracciare alcune osservazioni conclusive.

Conclusioni

L'entrata in vigore della Convenzione dell'OCSE del 1997 costituisce un evento epocale nella lotta contro la corruzione transnazionale, tuttavia, al fine di realizzare un effettivo contrasto del fenomeno criminogeno occorre riconoscere il ruolo svolto dai codici etici, in quanto codici collettivi di condotta, nel contesto dell'arbitrato transnazionale.

L'arbitrato internazionale non ha cittadinanza poiché opera in un mondo senza confini. Esso si svolge tipicamente tra parti di nazionalità diversa, con arbitri provenienti da altretrante regioni del mondo, in una o più lingue, secondo uno o più diritti applicabili al merito della controversia ed alla procedura. La neutralità intrinseca del procedimento arbitrale internazionale e la sua aderenza ai processi economici globali rendono l'istituto arbitrale uno strumento insostituibile nella tutela civilistica della efficienza dei mercati internazionali. E tale tutela civilistica, lo si è visto a proposito del caso *Hilmarton*, può essere assai più ampia rispetto a quella stessa insostituibile tutela garantita dal giudice penale interno. Piuttosto, l'angolazione dell'arbitrato internazionale porta ad evidenziare un ulteriore rilievo: la competizione economica tra sistemi-Paese è divenuta, oggi, oggetto della cognizione del giudice penale. Al giudice penale, infatti, si richiede, per la prima volta, di punire gli imprenditori del proprio Paese per fatti commessi all'estero legati alla conclusione di contratti che *bongré malgré*, rientrano nella bilancia

commerciale dello Stato. Orbene, occorrerà vigilare attentamente affinché la nuova normativa anti-corruptiva venga applicata dal giudice interno in modo equivalente nello spazio senza lassismi. *Delaware effects* o quant'altro. In questa materia, dunque, più che altrove, la cultura internazionalistica e comparatistica del giudice penale italiano, sulla scia di quanto oggi richiesto al giudice civile, in base all'art. 2 della legge di riforma del diritto internazionale privato, diverrà cruciale (24).

Infine, sembra auspicabile che, analogamente a quanto effettuato da alcuni Paesi di civiltà affini quali la Francia e la Svizzera, il legislatore italiano introduca anche il reato di corruzione dell'arbitro. È appena il caso di rilevare, che tale questione — come altre in materia arbitrale — era stata già affrontata dal millenario ordinamento giuridico della Repubblica di Venezia, ove lo sviluppo del commercio internazionale aveva indotto la Repubblica Serenissima ad emanare una legge contro il possibile abuso dell'istituto arbitrale da parte dei soccombenti ricchi e potenti per impedire che questi ultimi inducessero l'arbitro a dichiarare l'errore nella pronuncia del lodo. Il legislatore rilevava quanto segue:

"Si come le sententie arbitrarie per esser definitive et inappellabile et che, o bene o male che stiano, non hanno più rimedio di sorte alcuna sono state però sempre nelle passate età dalli arbitri di quelli tempi fatte con ogni esquisita considerazione et sincerità in modo che oltre il comodo che ne ricevano i particolari non era parte alcuna particolare del mondo alla quale con molto honor della Repubblica nostra non pervenisse la forma dell'i compromessi fatti more veneto et inappellabile, così per il contrario a questi tempi non è cosa che si voglia fatta così ingiusta et così lontana da ogni dovere che quella non sia fatta per mezzo di sententia arbitraria facendose

(24) Occorre, poi, considerare anche la legislazione fiscale. Orbene, se è vero che l'OCSE, in una raccomandazione celebratissima, ha chiesto a tutti gli Stati di evitare la deducibilità delle spese concernenti la corruzione, cioè la deducibilità delle tangenti come costi di gestione, dovrebbe cadere da sé anche l'idea caldeggiata da parte della dottrina tributaria, secondo la quale, in Italia i proventi derivanti da attività illecite risulterebbero imponibili; non è la situazione contemplata dall'OCSE, bensì quella inversa: se un soggetto riceve un pagamento dall'estero, sia pure di provenienza illecita, questo provento risulterebbe tassabile in Italia.

passar sotto pretesto di molte di esse arbitrarie, patri et meri accor- di a punto che si può saper che non saranno tollerate dalla giusta per privar per il più delle volte pupilli et povere vedove in cause delle loro sostanze con offesa del signor Iddio e della giustizia et non poca mormorazione di ogni uno" (25).

Era il 22 luglio 1578. Tutto è cambiato?

PAOLO BASTIA
L'AUTOREGOLAMENTAZIONE DELLE AZIENDE PER IL
FRONTEGGIAMENTO DELLA CORRUZIONE TRA PRIVATI

SOMMARIO. 1. L'impegno etico delle aziende. — 2. Rischio di corruzione e autoregolamentazione delle aziende. — 3. I codici etici e l'autoregolamentazione a sostegno della tutela penale dei reati di corruzione. — 4. Conclusioni.

1. *L'impegno etico delle aziende*

Immanuel Kant, padre dell'Etica moderna, affermava che "non esiste una legge per far rispettare le leggi", ponendo in evidenza lo scoglio che separa l'atto volitivo dalla sua pratica realizzazione.

Le aziende conoscono bene l'importanza della fase dell'implementazione, nella quotidianità della gestione operativa, che deve necessariamente seguire l'ideazione delle strategie e le deliberazioni dei piani strategici, i quali altrimenti rischierebbero di restare meri atti intenzionali, con limitate probabilità di incidere sulla vita reale dei vari soggetti che interagiscono nella vita dell'azienda.

La Scuola di Harvard di Management ha fissato in un paradigma quest'istanza, fissando in un binomio inscindibile il rapporto strategia-implementazione (Anthony, 1988; Bastia, 2001), equivalenti nella sostanza al rapporto *norma-attuazione*.

Proprio per questo, nella prospettiva normativa che le è propria, l'Economia Aziendale ha precisato come indispensabile connotato sostanziale dell'Azienda la *capacità di autoregolazione*, quale sistema in grado di mantenere e ripristinare il proprio ordine interno, in virtù degli assetti di *governance* e dei meccanismi organizzativi che essa possiede come *istituzione*.

Se è vero che l'attuazione delle leggi trova difficoltà obiettive, in generale, nel condizionare i comportamenti degli individui per

(25) In argomento si consenta di rinviare a MARRELLA, MOZZATO, *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale. L'arbitrato a Venezia tra Medioevo ed Età moderna*, Padova, 2001, p. 47 s., nonché p. 127 s.