

Arbitrato Internazionale
e Ordine Pubblico
Internazionale

Precisazione del Concetto
di Ordine Pubblico
Internazionale

*International Arbitration and
International Public Order.
Precision of international public
order concept.*

*Francesco Zappalá Sastoque***

* Artículo realizado con la financiación de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali Colombia al proyecto de investigación 'El Antagonismo de la Lex Arbitri y la Autonomía Contractual en el Arbitraje Internacional' en el ámbito del Grupo de Investigación 'Instituciones Jurídicas y Desarrollo' categorizado por COLCIENCIAS, de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, Colombia.

** Profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, Colombia. Email: zappala.francesco@gmail.com
Vínculo Colciencias http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generar-CurriculoCv.do?cod_rh=0001223569.

Resumen

È imperativo chiarire la terminologia relativa al concetto di ordine pubblico, delimitare opportunamente il principio e stabilire specifiche linee guida per la sua applicazione e le sue differenti derivazioni, attenendosi alle normative preponderanti nel mondo, decisioni e lodi emblematici e alle impostazioni dottrinarie prevalenti. Si riscontra una corrente teorica che distingue fra ordine pubblico locale e ordine pubblico internazionale. Il primo è più ampio del secondo. Mentre l'ordine pubblico locale si basa sulle fondamentali e distittntive nozioni di moralità e giustizia derivate dalla cultura giuridica e politica di una nazione, l'ordine pubblico internazionale è quello accettato dalla comunità internazionale. L'ordine pubblico può avere carattere sostanziale o processuale. La metodologia usata è di natura documentale.

Palabras Clave: Arbitraje Internacional, Autonomía de la Voluntad Privada, Normatividad Procesal, Lex Arbitri, Forum Shopping.

International Arbitration and International Public Policy Clarification of the Concept of International Public Policy

Abstract

It is imperative to clarify the terminology related to the concept of public policy, properly demarcate the principle and define specific guidelines for its application and its different branches, according to the preponderant regulations in the world, emblematic awards and prevalent legal precepts. There is a current theory that distinguishes between local public policy and international public policy. The first is wider than the latter. While domestic public policy is based on local and distittntive fundamental notions of morality and justice derived from the legal and political culture of a nation, the international public policy is accepted by the international community. The public policy can be substantive law or procedural law. The methodology used is documentary.

Key Words: International Arbitration, Autonomy of Private Will, Procedural Rules, *Lex Arbitri*, *Forum Shopping*.

Arbitraje Internacional y Orden Publico Internacional Precisión del Concepto di Orden Publico Internacional

Resumen

Es menester precisar la terminología usada concerniente al concepto de orden público, delimitar oportunamente el principio y establecer específicas directrices para su aplicación y sus diferentes derivaciones, en armonía con la normatividad mundial preponderante, decisiones y laudos emblemáticos y las líneas doctrinarias prevalentes. Se evidencia una corriente teórica que distingue entre orden público local y orden público internacional. El primero es más amplio del segundo. Mientras el orden público nacional se asienta sobre las fundamentales y distintivas nociones de moralidad y justicia derivadas de la cultura jurídica y política de un Estado, el orden público internacional es aceptado por la comunidad jurídica internacional. El orden público puede tener un carácter sustancial o procesal. La metodología usada es de naturaleza documental.

Palabras clave: Arbitraje Internacional, Orden Público y Autonomia de la Voluntad Privada.

1. Precisazione del concetto di ordine pubblico internazionale

La grande sfida è chiarire la terminologia relativa al concetto di ordine pubblico, delimitare opportunamente il principio, stabilire specifiche linee guida per la sua applicazione e le sue differenti derivazioni, attenendosi alle normative preponderanti nel mondo, decisioni e lodi emblematici e alle impostazioni dottrinarie prevalenti.

Un importante studio europeo relativo alle proposte di riforma in ambito contrattuale conosciuto come Libro Verde¹, mette in risalto la distinzione fra ordine pubblico interno ed internazionale, affermando che il primo si

¹ Autorino G., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Litografia Titanlito S.p.A., San Marino, 2013, pag. 25.

caratterizza come l'insieme delle norme nazionali di carattere imperativo il cui obiettivo è quello di garantire l'ordine sociale ed economico dello Stato; si tratterebbe, pertanto, di norme la cui applicazione non può essere esclusa contrattualmente dalle parti, per esempio le norme destinate a proteggere una parte considerata debole, come accade per i consumatori, i lavoratori o i minori. Per ordine pubblico internazionale deve intendersi l'insieme di precetti che la comunità mondiale considera necessari per garantire gli *standard* minimi di giustizia ed evitare gli abusi derivanti dalla libertà contrattuale.

Dal caso *Messageries Maritimes* del 1959 in cui chiaramente viene in rilievo uno *ius gentium* parallelo al diritto comune domestico², si comprende che le funzioni e gli obiettivi dell'ordine pubblico nel diritto domestico e in quello internazionale non sono uguali. Una norma imperativa domestica non necessariamente prevale nelle questioni internazionali. Effettivamente nel caso *Messageries Maritimes* la *Cour de Cassation* francese ha deciso su un mutuo in dollari/oro canadesi di una compagnia francese a *Messageries Maritimes*, la quale ha cercato di pagare, conformemente alla legge canadese entrata in vigore dopo la data del debito che svalutò il dollaro e proibì le clausole/oro, senza distinguere tra pagamento interno e internazionale. La *Cour de Cassation* ha ignorato questa legge e ha deciso che le parti potevano prevedere, anche contravvenendo alle norme imperative di diritto interno, una clausola/oro conformemente al concetto francese di ordine pubblico internazionale. Il caso ha creato, quindi, la nuova regola della validità della clausola/oro nei contratti internazionali, diversa dalle regole domestiche applicabili ai pagamenti interni³.

Si riscontra una corrente teorica che distingue fra ordine pubblico locale e ordine pubblico internazionale. Il primo è più ampio del secondo. Mentre l'ordine pubblico locale si basa sulle fondamentali e distintive nozioni di moralità e giustizia derivate dalla cultura giuridica e politica

² Lalive P., *Transnational (or truly international) public order and international arbitration, commentary – Full Section*, ICCA Congress Series, number 7 y 55, New York, 1986.

³ Fauvarque-Cosson B., *European contract law*, Bibliothèque de droit privé, Sellier European Law Publishers, Monaco, 2008, pagg. 113-114.

di una nazione, l'ordine pubblico internazionale è quello accettato dalla comunità internazionale.

Negli Stati Uniti, tre *leading cases* della *Supreme Court* hanno stabilito la distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale. Nel caso *The Bremen vs Zapata Offshore Co.* del 1972⁴ si stabilì che il diritto domestico non prevale sul commercio internazionale. Nel caso *Scherk vs Alberto-Culver Co.* del 1974⁵ è stata riconosciuta la validità della clausola arbitrale, tenendo conto del carattere internazionale del contratto, ed escludendo in tal modo le restrizioni imposte dalla normativa bancaria interna, *Securities Exchange Act*, ovvero in quanto all'arbitrabilità. Nel caso *Mitsubishi Motor Corp. vs Soles Chrysler-Plymouth Inc.* del 1985⁶ è stato deciso che la non arbitrabilità in materia di difesa della concorrenza non si stende ai contratti internazionali.

La nozione di ordine pubblico internazionale si ritrova negli articoli 1498 e 1502 del *Code de Procédure Civile* francese; nell'articolo 1096 lettera f del *Código de Processo Civil* portoghese del 1986; come anche nelle legislazioni di Algeria, Libano e Paraguay. In Romania e Tunisia la legislazione fa riferimento all'ordine pubblico così come inteso nel diritto internazionale privato. Alcune legislazioni parlano anche di "ordine pubblico e morale", così come accade in Giappone, Libia, Oman Qatar, Emirati Arabi Uniti e Yemen⁷. Anche la Legge Modello della *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law UNCITRAL* ammette la nozione di ordine pubblico internazionale, sebbene si parli di ordine pubblico, all'articolo 34, numero 2, lettera b, sezione ii. Va precisato però che la Legge Modello non ha fatto riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale perché lo si considerava impreciso⁸.

⁴ Caso *The Bremen vs Zapata Offshore Co.*, U.S. Supreme Court, N. 71-322, 12 giugno 1972. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html>.

⁵ Caso *The Scherk vs Alberto-Culver Co.*, U.S. Supreme Court, N. 73-781, 17 giugno 1974. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>

⁶ Caso *The Mitsubishi Motor Corp. vs Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, U.S. Supreme Court, N. 83-1569, 2 luglio 1985. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>.

⁷ Ahdab A.A., *Arbitration with the arab countries*, Kluwer Law International, The Hague, 2011, pagg. 21-24.

⁸ Racine J.P., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public international*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1999, pag. 481.

La distinzione fra ordine pubblico interno e internazionale è stata applicata dai tribunali dei paesi europei adottando una posizione restrittiva⁹. In Italia la questione è stata largamente dibattuta a livello giurisprudenziale e dottrinario¹⁰. In Inghilterra la questione si presenta dubbiosa, infatti nel caso *Kaufman vs Gerson*¹¹ del 1904 è stato stabilito che non esiste la distinzione, sebbene più di recente, nel 1984, si affermò il contrario in *Israel Discount Bank of New York vs Hadjipateras*¹².

Quanto agli strumenti internazionali, la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere utilizza l'espressione ordine pubblico nell'articolo V, numero 2, lettera d. Ciononostante, un'interpretazione adeguata dell'articolo in questione, che è accolta dalla maggior parte dei paesi, si riferisce all'ordine pubblico internazionale¹³.

Il fatto che la convenzione si riferisca all'ordine pubblico di un determinato Stato non significa che semplicemente si accolga in maniera generalizzata il concetto di ordine pubblico che si applica nelle materie interne. In effetti, l'espressione ordine pubblico proviene da un testo internazionale e per questo la delimitazione del suo contenuto deve partire necessariamente dalla portata internazionale dello strumento¹⁴. Si deve osservare che la convenzione di New York ha cercato di promuovere l'arbitrato internazionale e, pertanto, l'interpretazione del concetto di ordine pubblico deve essere restrittiva, in modo tale da non intaccare lo sviluppo dell'arbitrato e deve quindi considerarsi internazionale. La stessa interpretazione è applicabile alla Convenzione Interamericana

⁹ Angelini F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, CEDAM, Padova, 2007, pagg. 105-114.

¹⁰ Galgano F E Marrella F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Wolters Kluwer Italia Srl, 2010, pagg. 408-416.

¹¹ Panagopoulos G., *Restitution in private international law*, Hart Publishing, Portland, 2000, pag. 56.

¹² O'Brien J., *Conflict of law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, pag. 281.

¹³ Caivano R., *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*, Adriana Noemi Pucci (a cura di), *Arbitragem Comercial Internacional*, Editorial LTr, Sao Paulo, 1998, pag. 157.

¹⁴ Cardenas J.P., *Las causas que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 6, Legis, Bogotá D.C., 2007, pag. 79.

sull'arbitrato commerciale internazionale del 1975 all'articolo 5, numero 2, lettera b.

Tutte le convenzioni dell'Aja dopo la Seconda Guerra Mondiale includono la clausola dell'ordine pubblico internazionale e, in alcuni casi, utilizzano il termine “manifesta”, con il quale implicitamente accolgono la terminologia dell'ordine pubblico internazionale¹⁵.

La parola “manifesta” fa parte di vari strumenti convenzionali interamericani, come la Convenzione Interamericana sull'efficacia extraterritoriale delle sentenze e dei lodi arbitrali stranieri all'articolo 2 lettera h, la *Convencion Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias* all'articolo 17.

Secondo la Convenzione di Roma del 1980 gli Stati membri possono rifiutarsi di applicare la legge straniera quando sia “manifestamente incompatibile” con l'ordine pubblico. Il termine “manifesto” si ritrova anche nel regolamento 44 del 2001 dell'Unione Europea sulla giurisdizione internazionale. La differenza è riconosciuta in risoluzioni dell'Istituto di Diritto Internazionale e della *International Bar Association*.

2. Ordine pubblico processuale

L'ordine pubblico può avere carattere sostanziale o processuale. La dottrina ha stabilito che i principi sui quali si basa l'ordine pubblico sostanziale sono l'abuso dei diritti, la buona fede, la forza obbligatoria del contratto, il divieto di espropriazione senza indennizzo, il divieto di attività contrarie al buon costume, come il terrorismo, il genocidio, la schiavitù, il contrabbando, il traffico di droga e la pirateria¹⁶.

La mancanza o l'errore di motivazione di un lodo arbitrale internazionale non è indicativa della violazione dell'ordine pubblico internazionale,

¹⁵ Morse C, *Public policy in transnational relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991, pagg. 19-20.

¹⁶ Cardenas J.P., *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 6, Legis, Bogotá D.C., 2007, pag. 85.

né nel piano processuale né su quello sostanziale. Allo stesso modo il controllo giudiziale di un lodo arbitrale non può portare il giudice ad essere un giudicante che decide nuovamente la controversia decisa con l'arbitrato internazionale, perché la sua funzione non è quella di dirimere un litigio, ma evitare il riconoscimento di una sentenza che viola l'ordine pubblico internazionale. Pertanto, il giudice nazionale non può accettare che attraverso il controllo si introducano nuovi fatti, pretese, opposizioni e prove¹⁷.

Da un punto di vista processuale la *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law UNCITRAL* ha segnalato che si deve negare l'esecuzione ad un lodo arbitrale quando esso è frutto di frode, inganno o corruzione, così come è avvenuto con la falsificazione dei documenti nel caso *European Gas Turbines S.A. vs Westman International Ltd.* nel quale una delle parti aveva presentato un *report* fraudolento riguardante le sue spese. La *Cour d'Appel* di Parigi ha deciso che il lodo internazionale fondato su prove false è contrario all'ordine pubblico internazionale francese¹⁸. Tuttavia va precisato che l'azione fraudolenta deve rivestire un ruolo rilevante ai fini della decisione e la decisione non deve essere pronunciata a svantaggio di colui che ha generato la frode¹⁹.

Allo stesso modo, è stato considerato che va negato il riconoscimento e l'esecuzione ad un lodo che disconosca i principi del giusto processo. E' opportuno ricordare che la Convenzione di New York stabilisce come causa necessaria a negare il riconoscimento del lodo il fatto che alla parte contro la quale si invoca la sentenza arbitrale non è stata debitamente notificata la designazione dell'arbitro o dell'avvio del procedimento arbitrale o non abbia potuto, per qualunque altra ragione, far valere i propri mezzi di difesa.

¹⁷ Cardenas J.P., *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 6, Legis, Bogotá D.C., 2007, pag. 105.

¹⁸ Caso *European Gas Turbines S.A. vs Westman International*, *Cour d'Appel de Paris*, 30 settembre 1993. *Yearbook of Commercial Arbitration*, pag. 192 e ss. E inoltre su <http://www.mwe.com/info/pubs/MIAR.pdf>

¹⁹ Cardenas J.P., *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 6, Legis, Bogotá D.C., 2007, pag. 91.

Quando dal punto di vista processuale si fa riferimento alla violazione dell'ordine pubblico vengono in rilievo situazioni diverse dalla mancanza di notificazione o dall'impossibilità di far valere i propri mezzi di difesa. In questo senso, nelle legislazioni di alcuni dei paesi che hanno adottato la Legge Modello della *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law UNCITRAL*, uno dei casi di violazione dell'ordine pubblico è il grave pregiudizio ai principi di giustizia naturale²⁰. Questa interpretazione è avallata dal regolamento dell'*International Center for Settlement of Investment Disputes ICSID* che prevede come causa di annullamento la violazione grave di una norma di procedimento.

La *Cour de Cassation* francese nel caso *Excelsior Film Tv Srl vs Société UGC- PHOA*²¹ il 24 marzo 1998 e la *Cour d'Appel* di Zurigo hanno stabilito che la mancanza di imparzialità del giudice costituisce una violazione dell'ordine pubblico internazionale, specialmente se si presenta l'ipotesi per cui il contratto prevedeva che l'arbitro sarebbe stato l'avvocato di una delle parti²².

Anche la violazione del giudicato costituisce un'infrazione dell'ordine pubblico internazionale, in particolare quando il lodo è contrario ad una precedente decisione di un tribunale o di una corte arbitrale nella medesima materia²³.

È assioma che il trattamento ineguale in ambito processuale è una violazione dell'ordine pubblico internazionale. Così come un'altra forma di violazione dell'ordine pubblico internazionale può presentarsi quando sono inadeguate o non sono state effettuate le comunicazioni relative al calendario processuale o alla nomina del tribunale arbitrale.

²⁰ Cardenas J.P., *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 6, Legis, Bogotá D.C., 2007, pagg. 92.

²¹ Caso *Excelsior Film Tv Srl vs Société UGC- PHOA*, Court de Cassation France, N. 95-17.285, 24 marzo 1998. http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=author_&id=152.

²² Cardenas J.P., *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 6, Legis, Bogotá D.C., 2007, pagg. 92.

²³ Capotorti F. Et Al., *La giurisprudenza italiana in materia internazionale*, Jovene, Napoli, 1973, pag. 353.

Inoltre è verità assoluta del sistema processuale mondiale che si è in presenza di una violazione dell'ordine pubblico anche nel caso in cui una parte non sia messa nella condizione di poter formulare adeguatamente le proprie domande o eccezioni così come i mezzi di prova idonei a supportare i fatti che si allegano.

La *Cour de Cassation* francese, nel caso *Dalico*²⁴ del 20 dicembre 1993 ha stabilito che si viola l'ordine pubblico internazionale francese quando le parti non hanno le stesse opportunità di nomina degli arbitri.

Con riferimento alla violazione dell'ordine pubblico internazionale in materia processuale, il *Tribunal de Apelacion Civil de Septimo Turno* con sede a Montevideo, in Uruguay, nel caso *Líneas de Transmisión del Litoral S.A. vs Engenharia S/A*²⁵, ha sostenuto che il giusto processo e il diritto di difesa implicano che ciascuna parte debba poter adeguatamente illustrare la propria posizione all'arbitro. L'arbitro deve rispettare il principio *audiatur et altera pars*, ovvero non può decidere la controversia senza aver previamente dato ad entrambe le parti la possibilità di articolare le proprie argomentazioni, deve favorire il contraddittorio e consentire la presentazione dei mezzi di prova di ciascuna parte; inoltre, deve comunicare alla parte contraria tutto ciò che è relativo al procedimento in modo da metterla in condizione di opporsi alle domande della controparte o all'acquisizione di prove, poichè gli arbitri devono adeguare la propria azione a quelli che sono i limiti definiti dall'accordo arbitrale²⁶.

Un esempio per comprendere la distanza tra ordine pubblico processuale interno e autentico ordine pubblico internazionale di carattere processuale è il caso *Direction General de l'Aviation Civil de l'Emirat de Dubai*

²⁴ Fouchard P., Gaillard E. E Goldman, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Ed. Litec, 1996, p. 364.

²⁵ Caso *Líneas de Transmisión del Litoral S.A. vs Engenharia S/A*, Superior Tribunal de Justicia Brasile, SEC 894, 20 agosto 2008. http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=* &autolevel1=1&jurisdiction=10.

²⁶ Viana H., *Las causales de anulación en el arbitraje internacional no son las de la ley local*. *Tribunal uruguayo ratifica jurisprudencia* in *Revista Internacional de Arbitraje* numero 7, Legis, Bogotá D.C., 2007, pag. 140.

vs *Société International Betchel Co.*, del 29 settembre 2005²⁷, nel quale le corti dello Stato contro il quale è stato pronunciato il lodo arbitrale internazionale lo hanno annullato sostenendo che alcuni testimoni erano stati sentiti senza prestare giuramento; ma l'azienda d'investimento a favore della quale era stato reso il lodo arbitrale internazionale ha ottenuto comunque il riconoscimento della *Cour d'Appel* francese poiché è stato ritenuto che la violazione di una norma imperativa dello Stato di Dubai, consistente nell'obbligatorietà del giuramento dei testimoni, non comporta una violazione dell'ordine pubblico internazionale.

In materia di procedimento arbitrale gli aspetti formali che costituiscono la nozione di ordine pubblico internazionale, sono correlati al rispetto del principio del giusto processo e il diritto di difesa²⁸.

Un ideale ordine pubblico processuale si deve basare sull'obbligo di garantire un *due process* transnazionale, che consiste nel rispetto dell'uguaglianza delle parti e nel diritto ad un dibattimento che si svolga in contraddittorio. Purché si rispettino questi due principi, i contraenti possono creare liberamente il procedimento che meglio si adatti alle esigenze della controversia²⁹. Questo diritto fondamentale non può essere monopolizzato da alcuna legge statale o codice di procedura civile.

Si può osservare come esista una certa coincidenza tra le regole fondamentali del *due process* e i meccanismi per evitare una violazione dell'ordine pubblico internazionale; si tratta, infatti, di condizioni equivalenti.

Si deve evidenziare che le regole o i principi di ordine pubblico internazionale in materia processuale sono quelli che la dottrina e

²⁷ Caso *Direction General de l'Aviation Civil de l'Emirat de Dubai vs Société International Betchel Co.*, Cour d'Appeal Paris, 29 settembre 2005, RG2004/07635. http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=169.

²⁸ Viana H., *Las causales de anulación en el arbitraje internacional no son las de la ley local*. Tribunal uruguayo ratifica jurisprudencia in *Revista Internacional de Arbitraje* numero 7, Legis, Bogotá D.C., 2007, pag. 141.

²⁹ Mantilla-Serrano F., *Termorio: un duro golpe al arbitraje* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 1, Legis, Bogotá D.C., 2004, pag. 100.

la giurisprudenza internazionale dominante hanno catalogato come fondamentali; quindi, si applica la teoria minimalista dell'ordine pubblico.

3. L'ordine pubblico nei regolamenti di arbitrato internazionale

I regolamenti delle istituzioni che si occupano di arbitrato internazionale amministrato considerano il rispetto dell'ordine pubblico in una versione *soft* o minimalista.

Il regolamento di arbitrato della Corte Internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, all'articolo 22 numero 4, relativo alle regole applicabili al procedimento, afferma che in tutti i casi il tribunale arbitrale deve applicare il procedimento in maniera equitativa e imparziale e concedendo a ciascuna parte la possibilità di essere sentita adeguatamente.

L'articolo 17 del regolamento arbitrale della *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law UNCITRAL* afferma che il tribunale arbitrale potrà condurre l'arbitrato nel modo che ritiene opportuno, sempre che le parti vengano trattate con uguaglianza e che, in ciascuna fase del procedimento, si conceda loro la piena possibilità di far valere i propri diritti. Inoltre, stabilisce che tutti i documenti o le informazioni che una parte sottoponga all'attenzione del tribunale arbitrale devono essere tempestivamente comunicate alla controparte.

4. Stato trasgressore dell'ordine pubblico

Gli Stati in generale possono scegliere se sottostare alla giurisdizione dei tribunali ordinariamente competenti o se, al contrario, secondo il principio di autonomia, sottoporre la controversia ad arbitri; ciò vuol dire che hanno la possibilità di stipulare o no un accordo arbitrale internazionale, che è la regola nell'ipotesi di investimenti privati in uno Stato estero.

Tuttavia, una volta fatta questa scelta, non possono evitarla o pretendere di modificare le condizioni per il suo esercizio disconoscendo, in tal modo, le proprie azioni o, cosa peggiore, abusando delle proprie prerogative. Uno Stato che prima stipula una convenzione arbitrale o poi invoca le proprie prerogative e il proprio diritto per cercare di lasciarla senza effetti si comporta in mala fede e realizza un abuso.

Pertanto, né lo Stato né i suoi organi possono invocare il proprio diritto per sottrarsi alle obbligazioni derivanti dalla convenzione arbitrale.

Costituisce una violazione dell'ordine pubblico internazionale, nonché dei principi di buona fede e onestà contrattuale, che uno Stato, una sua impresa o un'organizzazione da esso controllata, che sia parte di un arbitrato internazionale, approfitti della propria legge per negare la propria capacità di essere parte dell'arbitrato o l'arbitrabilità della controversia. E' paradossale, però accade, che il vero ordine pubblico internazionale è violato quando uno Stato, invocando un falso ordine pubblico internazionale di fonte nazionale, non adempie alle proprie obbligazioni internazionali.

L'articolo 27 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969 impone che all'interno di uno Stato prevalga il diritto internazionale sulle norme interne; ciò comporta che uno Stato non possa invocare il proprio diritto per sottrarsi alle obbligazioni internazionali. Purtroppo, però, in alcune occasioni, i tribunali nazionali, al fine di proteggere le norme interne, hanno disconosciuto il diritto internazionale, mettendo a rischio lo stesso Stato per la commissione di un illecito internazionale.

L'articolo 25, numero 1 della Convenzione di Washington dell'*International Center for Settlement of Investment Disputes ICSID* stabilisce espressamente che se le parti hanno prestato il proprio consenso, nessuna di esse vi potrà recedere unilateralmente.

Deduzioni

Si riscontra una corrente teorica che distingue fra ordine pubblico locale e ordine pubblico internazionale. Il primo è più ampio del secondo. Mentre l'ordine pubblico locale si basa sulle fondamentali e distittive nozioni di moralità e giustizia derivate dalla cultura giuridica e politica di una nazione, l'ordine pubblico internazionale è quello accettato dalla comunità internazionale.

Un esempio per comprendere la distanza tra ordine pubblico processuale interno e autentico ordine pubblico internazionale di carattere processuale è il caso *Direction General de l'Aviation Civil de l'Emirat de Dubai vs Société International Betchel Co.*, del 29 settembre 2005, nel quale le corti dello Stato contro il quale è stato pronunciato il lodo arbitrale internazionale lo hanno annullato sostenendo che alcuni testimoni erano stati sentiti senza prestare giuramento; ma l'azienda d'investimento a favore della quale era stato reso il lodo arbitrale internazionale ha ottenuto comunque il riconoscimento della *Cour d'Appel* francese poiché è stato ritenuto che la violazione di una norma imperativa dello Stato di Dubai, consistente nell'obbligatorietà del giuramento dei testimoni, non comporta una violazione dell'ordine pubblico internazionale.

L'ordine pubblico può avere carattere sostanziale o processuale. La dottrina ha stabilito che i principi sui quali si basa l'ordine pubblico sostanziale sono l'abuso dei diritti, la buona fede, la forza obbligatoria del contratto, il divieto di espropriazione senza indennizzo, il divieto di attività contrarie al buon costume, come il terrorismo, il genocidio, la schiavitù, il contrabbando, il traffico di droga e la pirateria.

Un ideale ordine pubblico processuale si deve basare sull'obbligo di garantire un *due process* transnazionale, che consiste nel rispetto dell'uguaglianza delle parti e nel diritto ad un dibattimento che si svolga in contraddittorio. Purché si rispettino questi due principi, i contraenti possono creare liberamente il procedimento che meglio si adatti alle esigenze della controversia. Questo diritto fondamentale non può essere monopolizzato da alcuna legge statale o codice di procedura civile.

Si può osservare come esista una certa coincidenza tra le regole fondamentali del *due process* e i meccanismi per evitare una violazione dell'ordine pubblico internazionale; si tratta, infatti, di condizioni equivalenti.

L'arbitro deve rispettare il principio *audiatur et altera pars*, ovvero non può decidere la controversia senza aver previamente dato ad entrambe le parti la possibilità di articolare le proprie argomentazioni, deve favorire il contraddittorio e consentire la presentazione dei mezzi di prova di ciascuna parte; inoltre, deve comunicare alla parte contraria tutto ciò che è relativo al procedimento in modo da metterla in condizione di opporsi alle domande della controparte o all'acquisizione di prove, poichè gli arbitri devono adeguare la propria azione a quelli che sono i limiti definiti dall'accordo arbitrale.

Bibliografia

- Ahdab A.A., *Arbitration with the arab countries*, Kluwer Law International, The Hauge, 2011.
- Angelini F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, CEDAM, Padova, 2007.
- Autorino G., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Litografia Titanlito S.p.A., San Marino, 2013.
- Caivano R., *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*, Adriana Noemí Pucci (a cura di), *Arbitragem Comercial Internacional*, Editorial LTr, Sao Paulo, 1998.
- Capotorti F. et al., *La giurisprudenza italiana in materia internazionale*, Jovene, Napoli, 1973.
- Cardenas J.P., *Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 6, Legis, Bogotá D.C., 2007.
- Fauvarque-Cosson B., *European contract law*, Bibliothèque de droit privé, Sellier European Law Publishers, Monaco, 2008.
- Fouchard P., Gaillard E. e Goldman, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Ed. Litec, 1996.
- Galgano F e Marrella F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Wolters Kluwer Italia Srl, 2010.

- Lalive P., *Transnational (or truly international) public order and international arbitration, commentary – Full Section*, ICCA Congress Series, number 7 y 55, New York, 1986.
- Mantilla-Serrano F., *Termorio: un duro golpe al arbitraje* in *Revista Internacional de Arbitraje*, numero 1, Legis, Bogotá D.C., 2004.
- Morse C, *Public policy in transnational relationships*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1991.
- O'Brien J., *Conflict of law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999.
- Panagopoulos G., *Restitution in private international law*, Hart Publishing, Portland, 2000.
- Racine J.P., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public international*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1999.
- Viana H., *Las causales de anulación en el arbitraje internacional no son las de la ley local. Tribunal uruguayo ratifica jurisprudencia* in *Revista Internacional de Arbitraje* numero 7, Legis, Bogotá D.C., 2007.
- Viana H., *Las causales de anulación en el arbitraje internacional no son las de la ley local. Tribunal uruguayo ratifica jurisprudencia* in *Revista Internacional de Arbitraje* numero 7, Legis, Bogotá D.C., 2007.
- Caso *Direction General de l'Aviation Civil de l'Emirat de Dubai vs Societé International Betchel Co.*, Cour d'Appeal Paris, 29 settembre 2005, RG2004/07635. http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=169.
- Caso *European Gas Turbines S.A. vs Westman International*, Cour d'Appeel de Paris, 30 settembre 1993. *Yearbook of Commercial Arbitration*, pag. 192 e ss. E inoltre su <http://www.mwe.com/info/pubs/MIAR.pdf>
- Caso *Excelsior Film Tv Srl vs Societé UGC- PHOA*, Court de Cassation France, N. 95-17.285, 24 marzo 1998. http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=author_see&id=152.
- Caso *Líneas de Transmisión del Litoral S.A. vs Engenharia S/A*, Superior Tribunal de Justicia Brasile, SEC 894, 20 agosto 2008. http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=*&autolevel1=1&jurisdiction=10.
- Caso *The Bremen vs Zapata Offshore Co.*, U.S. Suprme Court, N. 71-322, 12 giugno 1972. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html>.
- Caso *The Mitsubishi Motor Corp. vs Soles Chrysler-Plymouth Inc.*, U.S. Suprme Court, N. 83-1569, 2 luglio 1985. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>.
- Caso *The Scherk vs Alberto-Culver Co.*, U.S. Suprme Court, N. 73-781, 17 giugno 1974. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>