

Not Such a Retrospective: riflessioni sull'origine, sviluppo e conseguimenti della cooperazione internazionale anti-corruzione

di Leonardo Borlini

Abstract: Not such a Retrospective: Reflections on the Origins, Evolution and Outcome of the International Anti-Corruption Cooperation – The article is a retrospective on the origin and evolution of the international legal framework against corruption. It is developed in two main parts. The first sketches the genealogy of the international legal framework regarding corruption, with a view to showing the multiple elements that have driven its advancement. The second offers a tour d'horizon of the international anti-corruption norms, by showing their main features, common elements and divergences and, ultimately, their achievements, complementing the discussion by highlighting their main deficiencies.

Keywords: International anti-corruption treaties; Bribery; Good governance; Monitoring systems; International trade law; Soft law.

1. Introduzione

Nonostante gli ultimi due decenni abbiano visto un'esplosione delle pubblicazioni in materia,¹ vi sono ancora numerosi studiosi, soprattutto giuristi ed esperti di altre scienze sociali, interessati al problema della corruzione perché si renda opportuna un'avvertenza: questo scritto non è né una storia, né un esame esteso di tale problema e di come esso è affrontato dal diritto internazionale. Lascio ad altri la cura di dare, dell'argomento, una veduta d'insieme, la quale non potrà essere che storica, critica e attenta alle esigenze di integrare approcci pluridisciplinari articolati per comprendere

¹ Limitando lo sguardo agli studi giuridici, ricordo che per alcuni autori la disciplina anticorruzione costituirebbe addirittura «*a new, independent branch of law*». Così M.J. Bonell, O. Meyer, *The effects of Corruption in International Contracts*, relazione presentata al XIX congresso della Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law di Vienna, 20-26 luglio 2014, reperibile sul sito internet: www.iacl2014congress.com/fileadmin/user_upload/k_iacl2014congress/General_reports/Bonell_Meyer_The_Effects_of_Corruption_in_International_Commercial_Contracts.pdf. Rilevo ancora che anche nel settore del diritto internazionale le pubblicazioni in materia continuano ad aumentare. Ad esempio, nel solo mese di luglio del 2018, è stata annunciata la pubblicazione dei seguenti articoli: R. Brewster, C. Dryden, *Building Multilateral Anticorruption Enforcement: Analogies between International Trade & Anti-Bribery Law*, in 57(2) *Va. J. Int'l L.*, 2018, 222; A. Moiseienko, *The Ownership of Confiscated Proceeds of Corruption Under the UN Convention Against Corruption*, in 67(3) *Int'l. & Comp. L. Q.* e S. Kang, *Rethinking the Global Anti-Money Laundering Regulations to Deter Corruption* in *Ib.*; e dei volumi: G. Ferguson, *Global Corruption: Law, Theory & Practice*, 3rd Edition, Victoria, 2018; C. Rose, M. Kubiciel, O. Landwehr, (eds), *A Commentary on the United Nations Convention Against Corruption*, Oxford, 2018 (in corso di pubblicazione).

le multiformi caratteristiche della corruzione e le complessità delle iniziative volte a prevenirla e reprimerla.² In realtà, considero acquisito un dato fondamentale: pressoché inesistente fino all'ultimo decennio del secolo scorso, la normativa internazionale contro la corruzione ha conosciuto di recente una considerevole espansione.³ Inoltre, i principali aspetti dei diversi strumenti internazionali sono già stati estensivamente studiati,⁴ ciò che esclude l'utilità di una loro (ri-)esposizione sistematica. Le riflessioni che seguono costituiscono, quindi, una retrospettiva: piuttosto che all'analisi meticolosa dell'apparato giuridico esistente, esse tendono a soffermarsi su alcuni momenti e motivi fondamentali che hanno segnato l'origine e lo sviluppo della cooperazione internazionale volta al contrasto della corruzione. In sintesi, questo scritto riguarda, anzitutto, le ragioni che hanno dato origine alle diverse forme di cooperazione ed iniziative internazionali 'anti-corruzione' e che ne hanno, in seguito, determinato l'evoluzione. In secondo luogo, esso propone una presentazione della disciplina stabilita dai principali trattati internazionali in materia, mettendone in risalto i tratti salienti, i principali conseguimenti e quelle che ritengo essere le deficienze più significative. Si cercherà, al contempo, di dar conto di alcuni elementi relativamente poco indagati; in particolare, degli sviluppi più recenti nell'azione internazionale di contrasto alla corruzione e dei temi che verosimilmente impegneranno le iniziative di assistenza tecnica negli anni a venire. Tutto ciò nella speranza di arricchire la letteratura esistente con osservazioni critiche e, forse, qualche spunto originale.

² Così anche G. Brooks, D. Walsh, C. Lewis, H. Kim (eds), *Preventing Corruption. Investigation, Enforcement and Governance*, New York, 2013, 44-59. Sui rischi e le difficoltà di approcci interdisciplinari al diritto internazionale v., tuttavia, P. Palchetti, *An Interdisciplinary Approach to International Law? Some cursory Remarks*, in M. Meccaralli (ed), *Reading the Crisis: Legal, Philosophical and Literary Perspectives*, Madrid, 2017, p. 199 ss. e la letteratura ivi richiamata.

³ Il regime convenzionale dedicata alla lotta della corruzione è attualmente composto dalla Inter-American Convention against Corruption, del 29 Marzo 1996, adottata sotto l'egida dell'Organizzazione degli Stati Americani; dalla Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 26 Maggio 1997; dalla OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, adottata il 21 Novembre 1997; dalla Criminal Law Convention on Corruption e dalla Civil Law Convention on Corruption, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa rispettivamente il 27 gennaio e il 4 novembre 1999; dalla African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, adottata dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione Africana il 12 luglio 2003, dopo che la Comunità per lo Sviluppo dell'Africa del Sud (*Southern African Development Community*, SADC) aveva adottato un Protocollo contro la corruzione il 14 agosto 2001; infine, dalla United Nations Convention against Corruption, adottata a Merida con la risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003, dopo che, il 15 novembre 2000, con risoluzione della stessa Assemblea generale 55/25, venne adottata a Palermo la United Nations Convention against Transnational Organized Crime, che si occupa esplicitamente anche di corruzione.

⁴ Così, tra gli altri, Ferguson, cit., 73 ss.; A. Del Vecchio, P. Severino (cur.), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014; J. Wouters, C. Ryngaert, A.S. Cloots, *The International Legal Framework Against Corruption: Achievements and Challenges*, in 14 *Melb. J. Int. Law*, 205; M. Arnone, L. Borlini, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham/Northampton Massachusetts, 2014, 183 ss.; J. Hatchard, *Criminalizing Corruption. The Global Initiative*, in N. Boister, R.J. Currie (eds), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, New York, 2015, 347.

2. Genealogia: origine e sviluppo della cooperazione internazionale anti-corruzione

Origine e sviluppo della cooperazione internazionale nella materia in esame sono normalmente descritti in termini di progresso, secondo una lettura che presenta i caratteri del determinismo:⁵ dalla presa di coscienza di un problema comune all'adozione di strumenti internazionali e strategie condivise per affrontarlo, muovendo, quindi, nella direzione desiderabile di modalità più avanzate ed efficaci per la tutela della buona e corretta amministrazione della *res publica* domestica e 'oltre confine'.⁶ È indubitabile che la cooperazione internazionale per il contrasto di fenomeni criminali di carattere transnazionale o diretti a realizzare utilità economiche, tra cui la corruzione, abbia progressivamente acquisito maggiore importanza e risulti, oggi, inserita stabilmente tra gli obiettivi dell'agenda di alcuni degli Stati che, per il loro peso economico e politico, costituiscono l'espressione delle c.d. "forze sociali prevalenti".⁷ Tuttavia, nel caso specifico della corruzione, ogni ricostruzione che riduca a poche e determinate esigenze sociali o interessi preminenti le ragioni alla base dell'affermarsi dei diversi strumenti internazionali di contrasto rischia di eccedere in semplificazione. Lasciando a margine, almeno per ora, ogni valutazione circa l'esito ultimo di questo processo, si può affermare, invece, che è stata una combinazione di circostanze diverse - alcune casuali e, comunque, non tutte correlate tra loro - ad averlo determinato.⁸

L'origine recente delle iniziative internazionali in materia si spiega, anzitutto, con la contrapposizione di Stati Uniti ed Unione sovietica durante la Guerra fredda, con entrambe le potenze determinate a consolidare le rispettive sfere di influenza e sostanzialmente disinteressate alla diffusione della corruzione all'interno dei Paesi

⁵ Così, ad esempio, C. Rose, *International Anti-Corruption Norms. Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, 2015, 4-6. Sebbene caratterizzato da argomentazioni più articolate e letture non prive di fondamento, ritroviamo forzature nell'interpretazione della normativa internazionale e del processo che ha portato alla sua affermazione anche in E. Zaniboni, *Ordine internazionale e lotta alla corruzione*, in questa *Rivista*, 2014, 1920 ss.

⁶ La nozione di progresso dell'umanità che sembra sottesa è quella, assai nota, di J.B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into Its Origin and Growth* (London, 2006 [1920]), 5 ss., secondo cui la civiltà si è mossa, si sta muovendo e si muoverà in futuro in una direzione desiderabile per i più.

⁷ In questo senso, ad esempio, Zaniboni, cit., 1920-23. Sulla nozione di "forze sociali prevalenti" v. P. Picone, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. Picone, G. Sacerdoti, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 61 ss., ora riprodotto in P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, Napoli, 2012, 127 ss.

⁸ È invero sempre più difficile difendere la tesi che il diritto internazionale sia, *automaticamente* o *necessariamente*, uno strumento di progresso. Un tale assunto muove da concezioni idealistiche o da una pretesa oggettivazione dell'idea stessa di progresso. Ritengo, invece, che esso non descriva la realtà '*an sich*', ma imponga su di essa un preciso inquadramento, una cornice. Basta rimuovere tale cornice che l'immagine si fa più confusa: il progresso di uno, diventa regressione, stagnazione o semplice direzione di movimento, per l'altro. V., per tutti, M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, 2005) 513 e C. Focarelli, *International Law as Social Construct*, Oxford, 2012, 66-86. Efficacissimo nello smontare l'idea di progresso come realtà in sé, proprio in tema di corruzione, è l'aforisma 23 (*Gli indizi della corruzione*) de *La gaya scienza* di Nietzsche, di cui riporto la frase di chiusura: "Corruzione è una parola di vituperio per indicare gli *autunni* di un popolo", (F. Nietzsche, *Die fröhliche Wissenschaft*, "La gaya scienza", Leipzig, 1887, ed. italiana condotta sul testo critico di G. Colli e M. Montinari, Milano, 1978).

alleati.⁹ Inoltre, negli anni '70 e '80 del secolo scorso, l'interesse delle scienze economiche per la corruzione era ancora relativamente marginale e vi erano studiosi – alcuni influenti – secondo i quali, in determinate circostanze, la corruzione poteva essere benefica per l'economia. Le differenti posizioni a sostegno di tale tesi possono compendiarsi con la nota affermazione di Samuel Huntington, per cui “*the only thing worse than a society with a rigid, overcentralized, dishonest bureaucracy is one with a rigid, overcentralized, honest bureaucracy*”.¹⁰

Il disinteresse politico delle due potenze mondiali dominanti e teorie economiche come quelle accennate sono, dunque, stati di ostacolo allo sviluppo della cooperazione internazionale per il contrasto della corruzione. Nel corso dei successivi anni '90, invece, alcuni accadimenti determinarono l'avvio di iniziative dirette all'approfondimento dello studio del fenomeno corruttivo e alla cooperazione internazionale per il suo contrasto in seno a diverse organizzazioni inter-governative. Come noto, i negoziati che hanno portato alla conclusione delle prime convenzioni internazionali in materia hanno trovato impulso decisivo nella reazione delle imprese americane all'adozione del *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977 sotto l'amministrazione Carter,¹¹ a seguito del disvelamento dello scandalo *Watergate* e di alcuni importanti casi di corruzione in cui furono coinvolte importanti imprese statunitensi (tra cui Exxon, ITT e Lockheed). Lo 'svantaggio competitivo' derivante all'industria statunitense dall'applicazione del FCPA (percepito o effettivo che fosse)¹² è all'origine dell'impegno delle successive amministrazioni degli Stati Uniti nell'esportare i propri *standards* attraverso la conclusione di accordi internazionali.¹³

⁹ M. Kubiciel, *Core Criminal Law Provisions in the United Nations Convention against Corruption*, in 9 *Int'l Crim L Rev.*, 2009, 139, 140.

¹⁰ S. P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, New Haven, 1968, 69. Si v., tra gli altri, N.H. Leff, *Economic Development through Bureaucratic Corruption*, in 8(3) *Am. Behav. Sci.*, 1964, 8–14; P.J. Beck, M.W. Maher, *A Comparison of Bribery and Bidding in Thin Markets*, in 20 *Economics Letters*, 1986 1; D.H.D. Lien, *A Note on Competitive Bribery Games*, in 22 *Economic Letters*, 1986, 337–41; più recentemente, A.I. Eiras, *Ethics, Corruption, and Economic Freedom*, Heritage Lecture No. 813, 9 December 2003.

¹¹ Foreign Corrupt Practices Act of 1977, 15 USC § 78dd-1, §§ 78dd-1 *et seq.* (1977) (as amended 1988 and 1998) ('FCPA').

¹² Non si deve infatti dimenticare che il FCPA può facilmente trovare applicazione anche nei confronti di imprese registrate e stabilite in ordinamenti stranieri. Non solo esso colpisce ogni persona fisica o giuridica che corrompe un pubblico ufficiale straniero mentre si trova nel territorio degli USA (15 U.S.C. § 78dd-3) - a perfezionare la condotta criminosa può bastare, ad esempio, il semplice invio di un'email - ma si applica *ratione personae* anche ad ogni “*issuer*”, definito come un'impresa che “*has a class of securities registered*” con la SEC ai sensi della rilevante legislazione statunitense o quando è “*required to file reports*” alla medesima agenzia sempre in forza delle normativa USA che disciplina le società quotate e i mercati finanziari (15 U.S.C. § 78dd-1).

¹³ Si v., tra gli altri, G. Sacerdoti, *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery in International Business Transactions. An Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in *IYIL*, 1999, 26, 27; A. Posadas, *Combating Corruption under International Law*, 10 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2000, 345, 348; Wouters, Ryngaert, Cloots, cit., 5-6; Arnone, Borlini, cit., 217-222. Questi ed altri contributi sottolineano come il percorso che portò all'adozione della Convenzione del 1997 fu complesso. Dopo che, con l'amministrazione Clinton, nel 1993 la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali transnazionali era tornata tra le priorità della loro agenda di politica estera, grazie all'attività di lobby e al supporto finanziario degli Stati Uniti, l'*ad hoc* OECD Working Group on Bribery in International Business ('Working Group on Bribery') promosse, anzitutto, l'adozione di due strumenti di *soft law*: la Raccomandazione del 1994 del Consiglio sulla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali (Council, Organisation for Economic Co-Operation and Development, Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions,

Questo ha incontrato per vent'anni notevoli resistenze, in particolare in Europa, dove le istituzioni comunitarie si concentravano sulle frodi «interne» a danno degli interessi finanziari delle CE. Non meraviglia, dunque, che la prima convenzione internazionale contro la corruzione sia stata stipulata nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) nel 1996, su iniziativa di alcuni Stati dell'America latina guidati dal Venezuela e deciso supporto degli Stati Uniti. A essa è seguita, nel 1997, la Convenzione dell'OCSE contro la corruzione dei pubblici funzionari stranieri nelle transazioni commerciali internazionali che, limitando il proprio ambito di applicazione *ratione materiae* alla sola corruzione attiva dei pubblici funzionari stranieri nel contesto di transazioni commerciali internazionali, si conformò all'approccio mercantilistico alla base del FCPA.¹⁴

Negli stessi anni inizia a crescere l'interesse degli studiosi di economia e delle istituzioni finanziarie internazionali al fenomeno della corruzione e, conseguentemente, la raccolta e analisi sistematica di dati estratti da campioni significativi di Paesi per delineare con maggior precisione e completezza la dinamica delle sue cause ed effetti.¹⁵ La diffusione degli studi sulla giustizia sociale di Amartya

OECD Doc C(94)75/FINAL (27 May 1994)) e un testo rivisto e integrato con alcune nuove disposizioni della stessa raccomandazione nel 1997 (Council, Organisation for Economic Co-Operation and Development, Revised Recommendation of the Council on Combating Bribery in International Business Transactions, OECD Doc C(97)123/FINAL (23 May 1997)). La raccomandazione del 1994 conteneva già i principi base della futura convenzione e fu il consenso per un accordo da adottare in un secondo momento fu di fatto cristallizzato che venivano successivamente integrati con alcune nuove disposizioni dalla Raccomandazione del 1997. Lentamente, ma in modo costante, il processo negoziale e gli studi svolti in seno allo stesso Working Group on Bribery permisero di mettere in luce le principali problematiche e le più significative aree di convergenza tra gli Stati che vi parteciparono. Infine, concentrando gli sforzi sulle questioni individuate come prioritarie e lasciando stare quelle eccessivamente divisive, i negoziati permisero di adottare il testo della Convenzione del 1997 prima della scadenza prevista.

¹⁴ L'OCSE ha dunque costituito per gli USA il consesso internazionale certamente più adatto per 'esportare' il modello del FCPA. Al riguardo, è significativo rilevare che i negoziati precedentemente condotti su iniziativa statunitense in seno al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) fallirono nel 1981 a seguito delle richieste dei Paesi in via di sviluppo di legarne l'esito all'adozione di un codice di condotta per le imprese multinazionali e della divisione tra questi Paesi e quelli economicamente più avanzati sull'opportunità di inserire misure di contrasto relativamente a condotte riconducibili al lato passivo della corruzione (come, ad esempio, l'istigazione alla corruzione). V. P. Webb, *The United Nations Convention against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?* in 8 *JIEL*, 2005, 191, 193. Successivamente fallirono anche i tentativi della diplomazia statunitense di inserire la corruzione nell'agenda dell'Organizzazione mondiale del commercio a stretto giro dalla sua istituzione. La proposta degli Stati Uniti di indagare l'impatto della corruzione sul commercio internazionale fu infatti ufficialmente respinta dopo le manifestazioni di dissenso dei Paesi asiatici. Sul punto v. K.W. Abbott, *Rule-Making in the WTO: Lessons from the Case of Bribery and Corruption*, in 4 *JIEL*, 2001, 275. Per una critica argomentata della prospettazione della corruzione come distorsione dei flussi commerciali (o come barriera non-tariffaria) v. D. Rodrik, *Comments* in K.A. Elliot (ed.), *Corruption and the Global Economy*, 1997, Washington, DC, 109.

¹⁵ Arnone, Borlini, cit., 13-15. L'affinamento degli studi economici sulla corruzione è tuttora in corso. È importante precisare che la nozione di corruzione a fondamento di tali indagini comprensibilmente non coincide di regola con l'una o l'altra delle fattispecie penale previste nei vari ordinamenti giuridici nazionali. Per le necessità dell'indagine economica la corruzione è di norma definita in termini comportamentali, comprendendo tutti quei casi in cui un soggetto privato o un funzionario pubblico accetta, o chiede, di discostarsi dai criteri che dovrebbero guidare il suo comportamento, a scopo di guadagno personale; nondimeno, fra le diverse forme che essa può assumere, molti studi si concentrano sulle dinamiche legate al (generico) abuso di funzioni pubbliche per guadagni privati.

Sen,¹⁶ la rivisitazione critica dell'economia del benessere e dell'utilitarismo¹⁷ e un affinamento progressivo delle tecniche di analisi in micro e macroeconomia applicate al problema della corruzione¹⁸ - anche con la proposizione di nuove chiavi di lettura, come ad, esempio, quelle della *'behavioural economics'*¹⁹ - hanno permesso di contrastare efficacemente le tesi degli epigoni di Huntington e contribuito a consolidare modelli più articolati.²⁰ Al riguardo, soprassedendo sull'esame della corruzione in un'ottica di distorsione del funzionamento dei mercati,²¹ ci si è chiesti quale sia il suo impatto sulla crescita della ricchezza dei Paesi e quali siano i principali canali attraverso cui si manifestano gli effetti della corruzione. Va subito detto che non sempre è chiara la direzione nella quale si muove la relazione causale tra corruzione e ricchezza economica perché molto spesso le due variabili si influenzano vicendevolmente. Sembra, comunque, che generalmente, i Paesi più poveri non dispongano dei mezzi necessari a creare sistemi amministrativi efficienti o autorità di controllo della corruzione, anche perché più basso è il reddito e più alta è la probabilità di ricorrere ad atti corruttivi a fini di mera sopravvivenza. A una simile conclusione - che, comunque, non nega l'"ubiquità" del fenomeno corruttivo²² - si può giungere prendendo in considerazione la relazione tra l'indice di percezione della corruzione elaborato annualmente da *Transparency International* (TI) e il PNL pro-capite.²³ Peraltro, un tale approccio statico - basato sull'utilizzo di un indicatore del livello del reddito pro-capite - è incapace di cogliere le relazioni fra le variabili e quindi lascia in ombra le dinamiche dei fenomeni che vi stanno alla base e i relativi legami di causa-effetto. È per questo motivo che si è cercato di mettere in risalto i canali attraverso cui corruzione influenza la crescita economica. Se dal livello del prodotto di un Paese si passa a considerare il

¹⁶ Per un'efficace ricostruzione di sintesi dei contributi di Sen in tale ambito si rinvia a S.R. Osmani, *The Sen System of Social Evaluations*, in K. Basu, R. Kanbur (eds), *Arguments for a Better World. Essays in Honour of Amartya Sen*, Vol. I, Oxford, 2008, 15.

¹⁷ Su tale rivisitazione v. E. Screpanti, S. Zamagni, *An Outline of the History of Economic Thought*, Oxford, 2005, ch 10.

¹⁸ Per alcuni esempi dell'arricchimento dei modelli economici in materia, v., *ex multis*, i diversi contributi raccolti in G.T., Abed, S. Gupta, (eds), *Governance, Corruption and Economic Performance*, Washington DC, 2002; S. Rose-Ackerman (ed), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Cheltenham/Northampton Massachusetts, 2006 e S. Rose-Ackerman, T. Søreide (eds), *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*, Cheltenham/Northampton Massachusetts, 2011. V. anche M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005

¹⁹ V. G.A. Akerlof, R.J. Shiller, *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton, NJ, 2009, spec. 26-40.

²⁰ Si v., tra i primi contributi, V. Tanzi, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*, in Abed, Gupta, cit., ch. 2.

²¹ Su tali effetti si rinvia a Arnone, Borlini, cit., 19-51. V. anche F. Recanatini, *I costi della corruzione per i cittadini e le imprese*, in AA.VV., *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali. Atti del Convegno di studio. Courmayeur, 28-29 settembre 2012*, Milano, 2013, 63.

²² B. Buchan, L. Hill, *An Intellectual History of Political Corruption*, London, 2014, 1.

²³ Arnone, Borlini, cit., 53-56, analizzando per tre sottogruppi di Paesi - avanzati, emergenti e in via di sviluppo - si osserva la medesima relazione negativa: a più alti livelli di ricchezza nazionale corrispondono più bassi livelli di corruzione, cioè un più alto Indice di Percezione della Corruzione (CPI). Il CPI di Transparency International misura la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica in numerosi Paesi di tutto il mondo. Lo fa basandosi sull'opinione di esperti e assegnando una valutazione che va da 0, per i Paesi ritenuti molto corrotti, a 100, per quelli "puliti". La metodologia cambia ogni anno per riuscire a dare uno spaccato sempre più attendibile delle realtà locali. Per informazioni di maggiore dettaglio v. il sito internet: <https://www.transparency.it/indice-percezione-corruzione/>.

suo tasso di crescita, si osserva l'esistenza di una significativa relazione inversa con il grado di corruzione: un dato, questo, ampiamente segnalato in letteratura. E, tuttavia, l'effetto diretto della corruzione sulla crescita (mantenendo ferme cioè le variabili che la letteratura economica sulla crescita individua come determinanti principali: investimenti; tassi di interesse; rischio; investimenti esteri diretti ecc.) sembra essere poco significativo; il che fa pensare che la natura della relazione sia più che altro di tipo indiretto, cioè agisca più sui singoli fattori determinanti della crescita che non sul dato complessivo.²⁴ Su tale premessa si è sviluppata l'analisi nella letteratura specialistica più recente, giungendo a dimostrare la correlazione tra corruzione e variabili che incidono sullo sviluppo economico degli Stati. Mi limito a ricordare alcuni risultati particolarmente significativi. Anzitutto, la corruzione ha un impatto negativo sul rapporto tra investimenti e PIL, ciò che a sua volta può determinare una riduzione del tasso di crescita.²⁵ In secondo luogo, per via di un aumento del livello di rischio del prestito, la corruzione può riflettersi in un maggior costo del denaro.²⁶ L'effetto negativo della corruzione è particolarmente significativo per quanto concerne gli investimenti esteri diretti (IDE).²⁷ Più in generale, la valutazione dell'opportunità di investire in un'attività economica non può prescindere da uno studio delle caratteristiche ambientali; profitti attesi, costi-opportunità e rischi devono essere contemporaneamente soppesati e confrontati. La relazione tra crescita economica e stabilità politica, ad esempio, riflette il fatto che costi relativi a rischi politici inibiscono l'attività economica. In effetti, i dati mostrano come un miglioramento dell'indice di corruzione sia associato a una maggiore "stabilità politica" e abbia, generalmente, un effetto positivo sulla crescita economica.²⁸

L'evidenza empirica prova anche significativi effetti distorsivi della corruzione sul funzionamento del settore pubblico. Quanto alla relazione tra introiti fiscali dello Stato e corruzione interna, è ragionevole pensare che in sistemi burocratici pervasi profondamente da episodi di corruzione una parte delle risorse pubbliche venga sottratta dai pubblici ufficiali. I dati mostrano che il livello di corruzione interna è

²⁴ Tutte le evidenze riportate in questo paragrafo sono riprese dal testo scritto con Marco Arnone e frutto della sua paziente attività di ricerca e rielaborazione dell'evidenza empirica e degli studi esistenti sull'argomento.

²⁵ La relazione negativa tra investimenti e corruzione riflette il fatto che il pagamento delle tangenti è un costo aggiuntivo per le imprese, tanto maggiore se si considerano anche gli oneri relativi all'adempimento di questo particolare accordo. Così, poiché gli accordi raggiunti tramite il pagamento di tangenti sono, per ovvie ragioni, illegali – e, quindi, senza la possibilità di essere garantiti dall'ordinamento giuridico – al costo netto dalla tangente stessa, si aggiungono tanto i costi relativi a un eventuale mancato rispetto dell'accordo quanto quelli del mantenimento della segretezza durante tutta la vicenda corruttiva.

²⁶ Così, esaminando lo spread tra tassi di deposito e prestito – variabile che approssima il grado di rischio percepito da parte del settore bancario nel concedere prestiti – risulta che in tutti i Paesi nel mondo nel 2009, più alti livelli di corruzione sono associati a più alti costi del credito. V. ancora Arnone, Borlini, cit., 60.

²⁷ Gli IDE sono capitali stranieri destinati ad attività economiche di natura imprenditoriale che, a differenza di quelle finanziarie, presentano un basso grado di liquidità poiché gli operatori assumono un impegno di medio-lungo termine nel Paese destinatario. Pertanto, gli investitori danno particolare attenzione a tutti i possibili rischi relativi all'ambiente economico nel quale investono. Quasi superfluo dire che la corruzione e i suoi relativi costi impattano negativamente sul processo decisionale degli investitori internazionali. I dati dimostrano che i Paesi in cui il livello di corruzione è più basso sono caratterizzati da un maggiore rapporto degli IDE sul PIL, mostrando che gli investitori internazionali sembrano preferire i Paesi meno corrotti.

²⁸ Arnone, Borlini, cit., 59-60, 69.

correlato in modo negativo all'ammontare delle entrate dello Stato. Si stima che un peggioramento unitario dell'indice di corruzione provochi una diminuzione totale dell'1,5% delle entrate pubbliche (entrate sul PIL).²⁹ La corruzione ha, d'altro lato, effetti anche sulla spesa pubblica, influenzando anche il processo decisionale relativo alle scelte di spesa per cui la destinazione delle risorse viene distorta. Sottraendo risorse a disposizione dello Stato incide sull'offerta di servizi pubblici sia nel prezzo (maggiore) che nella quantità (di necessità, inferiore). Dai dati si inferisce, altresì che in assenza di effetti sul prezzo, è la qualità a poterne risentire.³⁰ Inoltre, alti livelli di corruzione sono solitamente associati a maggiore povertà e disuguaglianza sociale.³¹ La corruzione ha conseguenze particolarmente negative sullo sviluppo economico dei Paesi più poveri.³² Infine, quando colpisce i mercati finanziari, può provocare distorsioni sul meccanismo di formazione dei prezzi degli strumenti finanziari e inficiare i meccanismi di supervisione.³³

Misure anticorruzione venivano intanto intraprese dalle principali istituzioni finanziarie internazionali, in particolare nel quadro della condizionalità dei prestiti concessi dalla Banca mondiale. Indagini interne portarono i vertici dell'istituzione a conoscenza che l'utilizzo di una parte rilevante dei prestiti erogati veniva distorto attraverso frodi e pratiche corruttive.³⁴ Episodi di corruzione, come quelli avvenuti in Kenya negli anni '90 con la distrazione di fondi prestati dalla Banca Mondiale, stimolarono il Consiglio dei governatori ad una nuova riflessione sul problema.³⁵ Precedentemente la Banca Mondiale mostrò, infatti, decisa reticenza nell'impegnarsi in iniziative specifiche di contrasto alla corruzione, ritenendole contrarie al proprio mandato che imponeva di astenersi da considerazioni di carattere politico nell'attività di assistenza finanziaria.³⁶ Non è superfluo notare che uno dei direttori generali regionali della Banca Mondiale - Peter Eigen, che contribuì poi a fondare Transparency International - si dimise a seguito del rifiuto dei vertici dell'istituzione

²⁹ Ibidem, 78-79.

³⁰ Nel primo caso, l'onere della tangente ricade direttamente sul cittadino il quale è costretto a pagare un prezzo superiore per i servizi erogati. Nel secondo caso, la tangente viene sottratta dalle risorse pubbliche e ricade sul cittadino in modo indiretto, attraverso una qualità inferiore dei servizi e l'incremento della spesa pubblica debito.

³¹ Gli effetti della corruzione sulla disuguaglianza sociale possono manifestarsi attraverso canali diversi, tra cui la riduzione delle risorse da destinare alle spese sociali e ai servizi pubblici come sanità e istruzione e distorsioni relative alle scelte di spesa pubblica. Così, tra gli altri P. Mauro, *Corruption and the Composition of Government Expenditure*, in 69 *J. Public Econ.*, 1998, 263; V. Tanzi, R.H. Davoodi, *Corruption, Growth, and Public Finances*, IMF Working Paper, 00/182, 2000 e, più recentemente, O. Bandiera, A. Prat, T. Valletti, *Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment*, in 99(4) *Am. Econ. Review*, 2009, 1278 e Arnone, Borlini, cit. 78-85.

³² Le ragioni degli effetti particolarmente perniciosi della corruzione sui Paesi in via di sviluppo sono diverse e ampiamente indagate dalla letteratura economica. Per uno studio di sintesi v. B.A. Olken, R. Pande, *Corruption in Developing Countries*, in 4 *Annu Rev Econom*, 2012, 479.

³³ Arnone, Borlini, cit., 97-98; 153-164.

³⁴ R.A. Johnson, S. Sharma, *About Corruption*, in R.A. Johnson (ed), *The Struggle against Corruption: A Comparative Study*, London, 2004, 1, 10.

³⁵ V., e.g., J.P. Jr. Wesberry, *International Financial Institutions Face the Corruption Eruption: If the IFIs put Their Muscle and Money Where Their Mouth is, the Corruption Eruption May be Capped*, 18 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 1997-8.,

³⁶ Cfr. International Bank for Reconstruction and Development, IBRD Articles of Agreement (27 June 2012) World Bank, art IV s 10, disponibile sul sito internet: <http://go.worldbank.org/OFICOZQLQ0>.

di contrastare la corruzione anche attraverso la politica di concessione dei prestiti.³⁷ A partire dal 1996, sotto la presidenza di James Wolfensohn, che in un noto discorso pubblico descrisse la corruzione – invero, senza eccessivo sforzo retorico – come un “cancro”,³⁸ la politica della Banca mondiale mutò invece radicalmente. Il tema della corruzione fu integrato in un più ampio programma di *good governance*, lanciato dalla Banca e imposto ai Paesi beneficiari dei prestiti attraverso la condizionalità.³⁹ La Banca mondiale incorporò così la ‘condizionalità anti-corruzione’ nella più ampia narrazione dello sviluppo economico.⁴⁰ D’altronde, sebbene nei singoli accordi di prestito della Banca mondiale sia declinata in maggior dettaglio in considerazione del peculiare contesto dei diversi beneficiari, la nozione di *good governance* rientra negli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, i concetti giuridici vaghi e a significato variabile che caratterizzano la disciplina dell’assistenza allo sviluppo⁴¹ e che, proprio per essere tali, possono facilmente essere interpretati estensivamente ed adoperati per stimolare la riforme e le iniziative di volta in volta considerate opportune dall’ente erogante il prestito, incluse, ovviamente, quelle in materia di lotta alla corruzione, considerata dalla Banca Mondiale come uno dei principali ostacoli per l’attuazione dei *Sustainable Development Goals* promossi dall’ONU.⁴² Anche il Fondo Monetario Internazionale (FMI) si dimostrò inizialmente riluttante ad aderire a programmi di *good governance*, ritendendoli eccedenti rispetto agli obiettivi del proprio statuto.⁴³ Ma nel biennio 1996-7, anche a seguito di alcuni studi pubblicati da suoi economisti sull’impatto economico della corruzione,⁴⁴ l’FMI si risolse a seguire la nuova prassi della Banca Mondiale, inserendo obiettivi e parametri di *good governance* tra le condizioni dei propri prestiti.⁴⁵ Questo iniziale impegno delle istituzioni finanziarie internazionali nello

³⁷ Johnson, Sharma, cit., 11.

³⁸ J. Wolfensohn, *People and Development*, Speech delivered at the Annual Meeting of the World Bank and International Monetary Fund, Washington DC, 1 October 1996, disponibile sul sito: <http://go.worldbank.org/PUC5BB8060>.

³⁹ J.T. Gathii, *Defining the Relationship between Human Rights and Corruption*, in 31 *U. Pa. J. Int’l L.*, 2009, 125, 127.

⁴⁰ Si v. Johnson, Sharma, cit., 11. Le critiche alla politica di condizionalità delle istituzioni finanziarie internazionali sono ampiamente note e fuoriescono evidentemente dall’ambito della presente trattazione. Per un primo esame v., *ex multis*, U. Mattei, L. Nauder, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Oxford, 2008, 53-63.

⁴¹ Sul concetto di *good governance* nel diritto internazionale si rinvia, tra gli altri, a E. Brown Weiss, A. Sornarajah, (voce), *Good Governance*, in MPEPIL, 2013.

⁴² Cfr. World Bank, *Combating Corruption*, 26 September 2017, disponibile sul sito internet: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>

⁴³ Cfr. International Monetary Fund, *Articles of Agreement of the International Monetary Fund* (26 January 2016), art I, disponibile sul sito internet: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/pdf/aa.pdf>. Per un’analisi giuridica della politica di condizionalità del FMI, v. G. Adinolfi, *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012, 156-203.

⁴⁴ Si v. P. Mauro, *Corruption and Growth*, in 110 *Q J Econ*, 1995, 681; Id., *Corruption and the Composition*, cit., 263; V. Tanzi, *Corruption, Governmental Activities, and Markets*, in IMF Working Paper, 94/99, Washington DC, 1994; *Corruption Around the World – Causes, Consequences, Scopes, and Cures*, in IMF Working Paper, 98/63, Washington, DC, 1998.

⁴⁵ Gathii, cit., 145. V. anche J. Wouters C. Ryngaert, *Good Governance: Lessons from International Organizations*, in D.M. Curtin, R.A. Wessel (eds), *Good Governance and the European Union: Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Cambridge, 2005, 69 e D. Siegel, *Governance/Anti-corruption. Legal Issues in the Work of the IMF*, in N. Passas, D. Vlassis, (eds.), *The United Nations Convention against Corruption as a way of life, Selected papers and contributions from the International*

stimolare riforme volte al contrasto della corruzione e, più in generale, migliori forme di governo e amministrazione pubblica nei Paesi beneficiari dei rispettivi prestiti, è stato foriero di ulteriori iniziative che Banca mondiale e FMI – insieme ad altre organizzazioni di carattere regionale – hanno successivamente posto in essere sia all'esterno che all'interno della loro organizzazione.⁴⁶

Nonostante tali attività e l'entrata in vigore dei nuovi trattati internazionali, alcuni fattori che emersero nel decennio immediatamente successivo alla fine della Guerra fredda facilitarono, per certi aspetti, la diffusione di pratiche corruttive e, sicuramente, alcuni importanti mutamenti nella fenomenologia della corruzione. Tra essi spiccano la caduta dei regimi comunisti senza che essi fossero rimpiazzati nel breve periodo da sistemi democratici e liberali capaci di esprimere istituzioni e amministrazioni trasparenti e affidabili; l'ondata di privatizzazioni e la conseguente *de-regulation* dell'economia;⁴⁷ soprattutto, l'evoluzione tecnologica che ha reso istantanea la possibilità di comunicazione e di movimentazione di denaro e altri valori, comprimendo al tempo stesso i limiti spaziali dell'agire umano e mettendo in crisi l'alternativa terra-mare, elaborata da Carl Schmitt.⁴⁸

Peraltro, non è dato sapere se i numerosi casi di corruzioni in cui sono state coinvolte primarie società e importanti figure politiche negli ultimi due decenni segnino un sicuro aumento quantitativo rispetto al passato. Può essere che il loro disvelamento e esposizione siano dovuti anche a miglioramenti delle tecniche investigative e a una maggiore capacità o attenzione dei media. Nondimeno, è quasi un luogo comune affermare che, con assai maggiore frequenza del passato, i reati di corruzione si consumano 'a cavallo' di più ordinamenti giuridici, sfruttandone le differenze e le lacune e avvalendosi dell'opacità di operazioni strutturate e compiute in Stati diversi, anche quando il bene giuridico offeso resta propriamente domestico.⁴⁹ È

Conference on "The United Nations Convention against Corruption as a way of life" (Courmayeur, 15–17 December 2006), Milan, 2007, 47.

⁴⁶ V. *infra* § 3.4 e *amplius*, J. Kunicova, *The Role of the World Bank in Promoting Good Governance and Anti-Corruption Reforms: A View from the Europe and Central Asia Region* in S. Rose-Ackerman, P. Carrington (eds.), *Anti-Corruption Policy Can International Actors Play a Constructive Role?*, Durham, North Carolina, 2013, 41; Arnone, Borlini, cit., 270-308.

⁴⁷ Così, ad esempio, J. Cartier-Bresson, *Corruption, libéralisation et démocratisation* [*Corruption, Liberalisation and Democratisation*], in 41 *Revue tiers monde*, 2000, 9.

⁴⁸ V., tra i molti, S. Sur, *The State between Fragmentation and Globalization* in 8 *EJIL*, 1997, 421; G. Rossi, *Globalizzazione economico-finanziaria e valori etici*, in N. Boschiero (dir.), *Ordine internazionale e valori etici*, Napoli, 2004, 295 e F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, spec. 24-32; 197-203.

⁴⁹ Per l'illustrazione di alcuni noti casi di corruzione e ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito rinviare ancora a Arnone, Borlini, cit., spec. 183-206. Elementi di transnazionalità hanno altresì numerosi casi più recenti, tra cui lo scandalo che ha investito nel 2015 la FIFA, (v. C. Rose, *The FIFA Corruption Scandal from the Perspective of Public International Law*, in 19(23) *ASIL Insights*, 23 October 2015); il caso delle presunte tangenti pagate da ENI e Shell per l'acquisizione della licenza per lo sfruttamento del giacimento petrolifero OPL-245 in Nigeria (v. S. Reed, *Shell and Eni to Be Tried Over \$1.3 Billion Nigerian Oil Deal*, in *New York Times*, 20 December 2017, disponibile sul sito internet: <https://www.nytimes.com/2017/12/20/business/energy-environment/shell-eni-italy-nigeria.html>); i casi di violazioni del FCPA che hanno coinvolto la Rolls-Royce plc, la Société Générale S.A. in Libia e la Credit Suisse Group AG in Asia, tutti terminati tra il 2017 e il 2018 tramite una procedure conciliativa ("*settlement*") tra la società e il Department of Justice degli USA e il conseguente pagamento di ingenti cifre di denaro ai fini conciliativi da parte delle medesime società (cfr. le informazioni pubblicate sul sito internet: <http://www.fcpablog.com/>).

ben noto, infatti, che i pagamenti di corruzione a funzionari stranieri di alto rango per importi consistenti vengono effettuati ‘estero su estero’ mediante i canali bancari e l’uso di intermediari finanziari in Paesi terzi, di solito i centri finanziari *off-shore*, dotati per lo più di rigidi segreti bancari e poco propensi alla collaborazione internazionale. In tali centri sono attivi intermediari e c.d. ‘*corporate service providers*’ che offrono i propri servizi per strutturare complesse strutture giuridiche transnazionali allo scopo di celare condotte illegali, i mezzi finanziari impiegati per commetterle e i profitti generati.⁵⁰

Si può, infine, concludere che alcuni altri fattori hanno determinato l’ulteriore sviluppo degli strumenti internazionali anti-corruzione e la conclusione dell’unico trattato a portata universale in materia, la Convenzione ONU del 2003. In proposito, rilevo anzitutto che tale avanzamento si inserisce in una più generale evoluzione del diritto internazionale penale contemporaneo, il quale oltre a occuparsi di dettare le norme per perseguire i crimini internazionali in senso stretto, le regole procedurali e sostanziali di coordinamento per l’esercizio delle potestà punitive statali concorrenti e promuovere accordi internazionali diretti a favorire la cooperazione tra Stati per la repressione di alcuni reati,⁵¹ consta oggi di un *corpus* sempre più ampio e articolato di trattati, di portata sia universale che regionale, diretti a contrastare forme di criminalità assai diverse anche tramite calibrate misure preventive e disposizioni volte a favorire la cooperazione internazionale in forma di assistenza tecnica e finanziaria, scambio di informazioni e condivisione delle c.d. *best practices*.⁵² In secondo luogo, la diffusione dei reati di corruzione negli anni ’90 del secolo scorso – molti dei quali lesivi di beni giuridici domestici e segnati dal coinvolgimento, dal lato attivo, di importanti società e, dal lato attivo, di ufficiali ai vertici della pubblica amministrazione⁵³ – ha suscitato nuove riflessioni nei principali consessi internazionali, contribuendo ad evidenziare i limiti dell’approccio mercantilistico modellato sul FCPA statunitense della Convenzione OCSE:⁵⁴ soprattutto, a prescindere dal focus sul solo lato attivo del reato, l’assenza di norme sulla corruzione *inter privatos* e dirette al contrasto di pratiche

⁵⁰ V., recentemente, M. Pieth, J. Stiglitz, *Overcoming the Shadow Economy*, November 2016, disponibile sul sito internet: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/12922.pdf>; M. Footer, *The Panama Papers, Corporate Transnationalism and the Public International Order*, in 6(1) *ESIL Reflections*, 23 January 2017.

⁵¹ Ampiamente sul punto C. Focarelli, *Criminalità transnazionale (repressione della)*, in *Enciclopedia del Diritto*, annali IV, Milano, 2011, 249.

⁵² V. N. Boister, *The Concept and Nature of Transnational Criminal Law*, in Boister, Currie, cit., 11. Peraltro, al contrario di Boister, ritengo che la cooperazione tra Stati in materia penale diretta al contrasto di crimini che presentano elementi di transnazionalità non costituisca un settore a sé stante del diritto internazionale (appunto, il c.d. ‘diritto penale transnazionale’), ma rappresenti semplicemente una delle contemporanee espressioni del diritto internazionale penale. Tale posizione è autorevolmente sostenuta, tra gli altri, anche da R. O’Keefe, *International Criminal Law*, Oxford, 2015, spec. 66-7, 84, 229-49, il quale opportunamente distingue tra “*crime under international law*”, e, in particolare, “*crime international customary law*” e “*crime under a treaty*”, da un lato e “*crime pursuant to a treaty*”, dall’altro.

⁵³ Si pensi da ultimo ai casi di corruzione che hanno portato alla condanna dell’ex presidente del Brasile Luiz Inacio Lula da Silva e all’*impeachment* della ex presidentessa della Corea del Sud Park Geun-hye, oltre che all’arresto di alcuni dirigenti apicali della Samsung Electronics Co. e alla condanna del vicepresidente esecutivo della società Lee Jae-yong.

⁵⁴ D. Vlassis, *The United Nations Convention against Corruption: a Way of Life*, in Passas, Vlassis, cit. 15.

corruttive non direttamente collegate a transazioni commerciali.⁵⁵ Altri scandali, come quello che ha investito la gestione del programma *Oil for Food* in Iraq da parte dell'ONU,⁵⁶ hanno evidenziato che anche le organizzazioni inter-governative non sono immuni dalla corruzione e che essa può guastare i più ambiziosi programmi di assistenza posti in essere da tali istituzioni. È, inoltre, corretto ritenere che le esigenze di prevedibilità connaturate allo sviluppo dell'economia di mercato abbiano contribuito a promuovere strumenti internazionali volti a colpire, oltre alla condotta del corruttore, la corruzione domestica e il comportamento degli ufficiali corrotti.⁵⁷

Da ultimo, non può sottovalutarsi il ruolo avuto da un'emergente e sempre più attiva comunità epistemica. Ho già sottolineato il decisivo contributo degli studiosi di economia e di altre scienze sociali, oltre che di organizzazioni governative come TI e *think-tanks* specializzati come U4,⁵⁸ per la comprensione del fenomeno, delle sua complessa morfologia, delle sue cause ed effetti. Con particolare riguardo al diritto internazionale, noto altresì che la proliferazione degli strumenti in materia di contrasto alla corruzione non ha mancato di ispirare studi in alcuni dei suoi settori diversi dal diritto internazionale penale,⁵⁹ in altri c.d. *self-contained regimes*" (per usare le categorie dei teorici della frammentazione del diritto internazionale⁶⁰). Alcuni di questi studi

⁵⁵ Wouters, Ryngaert, Cloots, cit., 8-9.

⁵⁶ V. Independent Inquiry Committee into the Oil-For-Food Programme's Report on the Impact of the UN Oil-for-Food Programme on the Iraqi people, 7 September 2005, disponibile sul sito internet: <http://www.iic-offp.org>.

⁵⁷ Come già osservato da Max Weber, lo sviluppo dei mercati in regime di concorrenza presuppone indispensabili garanzie di calcolabilità. V. M. Weber, *Economia e società*, tr. it., Milano, 1981, vol. II, 7 e anche J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, tr. it., Bari, 2008, 92-93, citati, al riguardo, anche da Zaniboni, cit., 1932-3.

⁵⁸ L'Anti-Corruption Resource Centre (U4), istituito nel 2002 presso il Chr. Michelsen Institute a Bergen in Norvegia, pubblica studi di ricerca applicata per coadiuvare la comunità dei *donors* e delle agenzie impegnate nella cooperazione tecnica in materia di prevenzione e repressione della corruzione. Per maggiori informazioni cfr. il sito internet: <https://www.u4.no/>.

⁵⁹ Anche tale settore ha conosciuto studi originali, per non dire eccentrici, come confermato dalla recente ripresa del dibattito scientifico, in corso da anni, circa l'opportunità di includere le fattispecie di *grand corruption*, imputabili agli organi di vertice degli Stati, tra i veri e propri crimini internazionali e, in particolare, nella categoria dei crimini contro l'umanità rientranti nella giurisdizione della Corte penale internazionale. V. I. Bantekas, *Corruption as an International Crime and Crime against Humanity*, in *J. Int. Crim. Justice*, 2006, 466; S. Starr, *Extraordinary Crimes At Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations*, in *Northw. Un. L. Rev.*, 2007, 1257.

⁶⁰ Cfr., International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Marti Koskeniemi, Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006

sembrano fondati e giustificati da problematiche effettivamente emerse nella prassi.⁶¹ Altri avanzano tesi e approcci più controversi e discussi.⁶²

3. Uno sguardo d'insieme alla cooperazione internazionale per il contrasto della corruzione

Non è utile riproporre qui l'analisi dettagliata delle diverse convenzioni internazionali anti-corruzione, tema a cui la dottrina si è già ampiamente dedicata. Mi pare, invece, opportuno offrire uno sguardo d'insieme, capace di evidenziare quali siano gli elementi più importanti di tali strumenti nella prospettiva del diritto internazionale; illustrarne i tratti comuni e le differenze più marcate; in ultima analisi, coglierne i principali conseguimenti e le mancanze più significative.

Considerando anche gli atti di diritto derivato delle organizzazioni internazionali interessate (in particolare della UE e della Banca mondiale)⁶³ volti a reprimere e sanzionare i diversi tipi di corruzione, emerge un quadro complesso, che da un lato palesa frammentarietà e duplicazioni (si pensi al contesto europeo), ma dall'altro dimostra che una articolata normativa internazionale di contrasto alla corruzione ha ormai preso forma a livello sia regionale, sia universale. Essa ha natura tipicamente pattizia e per lo più dimensione regionale, con la rilevante eccezione rappresentata dalla citata Convenzione delle Nazioni Unite del 2003.

3.1. La disciplina sostanziale e procedurale delle convenzioni internazionali: gli obblighi in materia penale

192

Le norme dei trattati internazionali in materia di contrasto della corruzione sono perlopiù non immediatamente eseguibili (non *self-executing*).⁶⁴ Così la maggior parte

⁶¹ Sono ormai numerosi gli studi in materia di diritto degli investimenti internazionali e corruzione: essa è infatti sempre più frequentemente invocata negli arbitrati tra Stati e investitori esteri. Si v., senza pretesa di esaustività, L. Crema, *Il caso WDF: corruzione e ordine pubblico transnazionale innanzi alla giurisdizione ICSID*, in 44 RDIPP, 2008, 111; G. Sacerdoti, *Corruption in Investment Transactions: Policy Initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice*, in 2(1) ICSID Rev.-FILJ, 2009, 565; A.J. Menaker, *The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations*, in 1(1) ICSID Rev.-FILJ, 2009, 67; J. Webb Yackee, *Investment Treaties and Investor Corruption: An Emergent Defense for Host States?*, in 52 Va. J. Int'l L., 2012, 723; J. Pauwelyn, *Different Means, Same End: The Contribution of Trade and Investment Treaties to Anti-Corruption Policy*, in Rose-Ackerman, Carrington, cit., 247; A.P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*. Oxford, 2014.

⁶² Controverso, ad esempio, è il c.d. '*human rights approach to corruption*'. Si v. Wouters, Ryngaert, Cloots, cit., 66-71 e C. Rose, *The Limitation of a Human Rights Approach to Corruption*, in 65(2) Int'l & Comp. L. Q., 2016, 405. Ma sul tema v. le considerazioni di J. Hatchard, *Adopting a Human Rights Approach towards Combating Corruption* in M. Boersma, H. Nelen (eds), *Corruption & Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, 2010, 7, 17-18 e, più recentemente, A. Peters, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, in MPL Research Papers 2016-18 (2016). In proposito, ricordo che l'unico testo convenzionale che, oltre ai generici richiami preambolari, contiene un preciso riferimento ai diritti umani che possono essere violati in conseguenza di atti corruzione è la Convenzione dell'UA all'art. 3 (*Principles*).

⁶³ Cfr., *amplius*, Arnone, Borlini, cit., 217-310.

⁶⁴ Una norma internazionale è suscettibile di immediata applicazione "quando contiene in sé tutti gli elementi idonei a consentire, a chi deve applicare le norme interne di adattamento, di ricavare, dal contenuto della norma internazionale, il contenuto delle norme interne che servono a dare esecuzione alla norma internazionale" (T. Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 689). Le norme *self-executing* sono, quindi, "norme internazionali che possono essere

delle norme di natura penale. Tra queste spiccano le disposizioni con funzione definitoria delle condotte oggetto dell'obbligo di criminalizzazione;⁶⁵ quelle che contengono indicazioni in materia di tipo e commisurazione della sanzione;⁶⁶ le prescrizioni concernenti il regime di responsabilità per le persone giuridiche⁶⁷ e quelle relative ai criteri sui quali fondare l'esercizio della giurisdizione penale.⁶⁸ Invece, numerose disposizioni relative alla cooperazione internazionale in materia penale sono immediatamente eseguibili e, dunque, suscettibili di applicazione diretta da parte degli operatori giuridici interni.⁶⁹

Riguardo all'ambito di applicazione *ratione materiae* degli strumenti convenzionali vigenti, pur nelle note differenze,⁷⁰ le vigenti convenzioni adottano una nozione ampia di corruzione, che comprende (peraltro, non senza incertezze interpretative) l'offerta, la promessa, la dazione di denaro o di altri vantaggi a favore di un funzionario pubblico domestico, straniero o di un'organizzazione internazionale; la richiesta e l'accettazione di compensi indebiti da parte di questo; nonché il tentativo e la partecipazione al reato.⁷¹ Gli strumenti convenzionali fanno obbligo agli Stati parti di introdurre nei loro ordinamenti disposizioni che rendano penalmente rilevanti tali atti. Centrale risulta dunque la nozione di funzionario pubblico, anch'essa tendenzialmente ampia, ma (ovviamente) non del tutto uniforme negli accordi esaminati.⁷² Accanto alle condotte di corruzione è poi richiesta agli Stati contraenti la

applicate negli ordinamenti interni e concorrere così con le norme interne alla disciplina delle condotte individuali" (così, E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, terza ed., Torino, 2016, 510).

⁶⁵ Cfr. Convenzione OAS del 1996, artt. VI, VIII-IX; Convenzione OCSE del 1997 Art. 1; Convenzione UE del 1997, artt. 2-3; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999, artt. 2-15; Convenzione AU del 2003, artt. 4, 7; Convenzione ONU del 2003, artt. 15-25.

⁶⁶ Cfr., *e.g.*, Convenzione OCSE del 1997, art. 3 e Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999, art. 19.

⁶⁷ Cfr. Convenzione OCSE del 1997, art. 2; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999, art. 18; Convenzione ONU del 2003, art. 26.

⁶⁸ Cfr., *e.g.*, Convenzione OCSE del 1997, art. 4.

⁶⁹ Ad esempio, le norme in materia di estradizione e mutua assistenza giudiziaria della Convenzione ONU del 2003 e della Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa del 1999.

⁷⁰ È utile ricordare che le fattispecie disciplinate dai trattati internazionali in materia differiscono significativamente. Come già osservato la Convenzione OCSE criminalizza soltanto la corruzione attiva dei pubblici ufficiali stranieri nell'ambito di transazioni commerciali internazionali, alcune forme di complicità e il riciclaggio dei proventi derivanti da questi reati. La Convenzione OAS, invece, criminalizza la corruzione sia interna (attiva e passiva) che transazionale, nonché il c.d. "illecito arricchimento" del pubblico ufficiale, mentre la convenzione UE la corruzione attiva e passiva del pubblico funzionario dell'UE o di un suo Stato membro. La Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa criminalizza la corruzione attiva e passiva di pubblici ufficiali, parlamentari e giudici nazionali, stranieri e internazionali (un protocollo del 2003 include anche gli arbitri e i giurati, sia nazionali che stranieri), nonché la corruzione attiva e passiva nel settore privato, il traffico di influenza, il riciclaggio dei proventi, alcune pratiche contabili e alcune forme di complicità. La Convenzione dell'UA criminalizza, *inter alia*, la corruzione nel finanziamento dei partiti politici. La Convenzione ONU del 2003 è la più ampia: criminalizza la corruzione attiva e passiva di pubblici ufficiali intesi in senso lato; la corruzione attiva di pubblici ufficiali stranieri e di organizzazioni internazionali; la diversione di fondi pubblici; il riciclaggio dei proventi; l'intralcio alla giustizia nei casi di corruzione o di altri reati da essa 'coperti', oltre a richiedere agli Stati contraenti di considerare se introdurre i reati di traffico di influenze, corruzione nel settore privato, illecito arricchimento e abuso di ufficio.

⁷¹ Per un dettagliato esame orizzontale si rinvia a Arnone, Borlini, cit., 311-349; Hatchard, *Criminalising...*, cit., 353-355.

⁷² Arnone, Borlini, cit., 331-338.

criminalizzazione di un numero più o meno a ampio, a seconda del singolo trattato,⁷³ di altre condotte lesive del buon funzionamento della pubblica amministrazione (e.g. il peculato e la diversione di fondi pubblici⁷⁴) o strumentali al loro compimento (tra cui il riciclaggio dei proventi delle condotte criminali previste dalle diverse convenzioni⁷⁵). L'introduzione di altre fattispecie penali (come la corruzione tra privati, la controversa figura dell'illecito arricchimento e il traffico di influenze), tramite apposite norme incriminatrici, costituisce invece una facoltà per gli Stati (peraltro, prevista solamente da alcuni testi convenzionali).⁷⁶ Relativamente alla *mens rea*, dal testo delle singole disposizioni risulta che gli elementi richiesti per tutti i reati in esame sono, come di consueto, la conoscenza dell'obiettivo criminoso e l'intenzionalità della condotta.

Elemento comune degli accordi in esame è la richiesta che le sanzioni previste negli ordinamenti degli Stati contraenti per i reati di corruzione siano "effettive, proporzionate e dissuasive".⁷⁷ Si tratta di requisiti alquanto generici, che lasciano flessibilità agli Stati purché questi prevedano un livello minimo sanzionatorio, non necessariamente di tipo penale quando il reato non è commesso da persone fisiche. Ho

⁷³ Si v. *amplius* Hatchard, *ult.op.cit.*, 353-359.

⁷⁴ Cfr., e.g., Convenzione ONU del 2003, art. 17 (*Embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official*).

⁷⁵ I legami tra corruzione e riciclaggio di denaro sporco sono stati ampiamente illustrati in dottrina. Per un'efficace ricostruzione, anche nella prospettiva della disciplina prevista dai rispettivi strumenti internazionali, v. N. Kyriakos-Saad, G. Esposito, N. Schwarz, *The Incestuous Relationship between Corruption and Money Laundering*, in 83(1), *RID pén.*, 2012, 336. Un aspetto che vale la pena di evidenziare è che le condotte di riciclaggio sono sovente frammentate sul territorio di più Stati. Ciò rende solitamente perseguibili i riciclatori e i loro 'clienti' corruttori e corrotti in giurisdizioni diverse da quella nazionale dove indagini a loro carico possono essere improbabili o avere scarse chance di successo. Il caso di James Ibori, menzionato anche da T. Daniel, J. Maton, *Is the UNCAC an Effective Deterrent to Grand Corruption?*, in J. Horder, P. Alldridge (eds.), *Moder Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, 2013, 293, 306-9, è al riguardo estremamente significativo: probabilmente anche a ragione del forte sostegno politico di cui egli godeva in patria, le indagini penali a carico dell'allora Governatore dello Stato del Delta in Nigeria non ebbero successo, nonostante vi fossero prove della sua corruzione. Tuttavia, nel 2012 fu condannato da un tribunale a Londra per il coinvolgimento nel riciclaggio di circa 50 mln. di sterline, parte dei quali presumibilmente derivanti da atti di corruzione.

⁷⁶ Ricordo che l'accordo più recente e completo in tema di contrasto ai fenomeni corruttivi, la Convenzione ONU del 2003 adotta un approccio di contrasto al fenomeno ad ampissimo spettro, rinunciando ad offrire una definizione unitaria di corruzione. Stante la disparità di definizioni accolte negli ordinamenti interni, in fase di elaborazione del testo della Convenzione del 2003 si è deciso di definire un'ampia gamma di condotte di cui agli Stati impone o spesso solo richiede la criminalizzazione, per rendere omogenee le quali lo sforzo di sistemazione e standardizzazione compiuto è stato notevole. Cfr. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, Vienna, 2006. Come accennato, alcune disposizioni del capitolo III della Convenzione si limitano a richiedere ai contraenti di considerare l'opportunità di introdurre una nuova figura di illecito penale, ad esempio, per le ipotesi di *Trading in influence*, *Abuse of functions*, *Illicit enrichment*, *Bribery in the private sector*, *Concealment*. Le ragioni dietro questa scelta di non compiutezza del precetto internazionale sembrano potersi individuare nell'avvertita esigenza (e considerevole difficoltà) di prevedere precise e vincolanti ingiunzioni per le numerose e divergenti legislazioni statuali delle Parti in materia e delle discussioni avvenute in sede negoziale sulla compatibilità con i principi giuridici dei singoli contraenti di alcune figure di illeciti, come quella dell'arricchimento illecito. Anche la Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa prevede l'obbligo di criminalizzare il traffico di influenze e la corruzione *inter privatos*. Peraltro, ai sensi dell'art. 37 del medesimo trattato, gli Stati contraenti possono riservarsi di non dare attuazione a tali norme.

⁷⁷ Cfr., e.g., Convenzione OCSE del 1997, art. 3; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa, art. 19; Convenzione dell'UE, art. 5.

altrove analizzato il significato della formula quasi-stereotipata che si ritrova nella maggior parte dei testi convenzionali: mentre il canone della proporzionalità non pone problemi interpretativi di rilievo, il testo dei trattati in esame non sembra specificare in modo sufficientemente chiaro la differenza tra ‘sanzione dissuasiva’ ed ‘effettiva’. Nel valutare il seguito dato dagli Stati parti agli impegni stabiliti da alcuni trattati in materia di contrasto alla corruzione, i relativi meccanismi di controllo,⁷⁸ pur riconoscendo la stretta connessione tra i due canoni, hanno permesso di chiarire che il parametro dell’effettività, più che con riferimento alla misura della pena in astratto comminata, deve valutarsi anche sulle base delle norme procedurali che, rapportate alla complessità delle indagini necessarie per accertare i crimini in questione, permettono (o meno) l’irrogazione concreta della pena.⁷⁹ Nel testo di alcune convenzioni sono relativamente più dettagliate, le indicazioni relative alle misure cautelari reali (sequestro) e, soprattutto, alle misure di sicurezza di natura patrimoniale (confisca). Ad esempio, l’art. 3(3) della Convenzione OCSE del 1997 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché le autorità giurisdizionali competenti provvedano al sequestro, alla confisca della tangente e dei proventi ottenuti dal corruttore a seguito dell’illecita transazione, ovvero di beni il cui valore corrisponda a tali proventi (c.d. “confisca di valore” o “confisca per equivalente”).⁸⁰

Un altro tratto saliente degli accordi in esame è, come noto, è l’obbligo per le Parti di adottare, secondo i propri principi giuridici, le misure che si rendano necessarie per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche e degli enti per le condotte oggetto dei medesimi accordi convenzionali.⁸¹ Ciò si è tradotto nella promozione, in via mediata, di modifiche legislative, anche di rilievo, in ordinamenti, come quello italiano, tradizionalmente refrattari a riconoscere forme autonome di responsabilità da reato delle persone giuridiche.⁸² La clausola di compatibilità con i principi degli

⁷⁸ La dottrina assolutamente prevalente interpreta il canone della proporzionalità in maniera analoga a quanto stabilito dalla Corte di giustizia dell’UE in proposito delle sanzioni previste per condotte lesive degli interessi finanziari dell’Unione. Cfr. Case 122/78, *SA Buitoni v. Fonds d’orientation et de régulation des marchés agricoles* (1979) ECR 677, para. 16: “As regards the problem of proportionality, it should be examined whether the penalty laid down by the (EC Regulation) for failure to comply with the period of presentation of the proofs proscribed by that provision exceeds what is appropriate and necessary to attain the objective sought”.

⁷⁹ V. L. Borlini, *The Achievements and Limits of Italian Anti-Corruption Legislation in Light of the International Legal Framework* in XXV, IYIL, 2015, 275, 292-4. Tentando di attribuire un valore autonomo a ciascuno dei termini, si è sostenuto, *in primis*, che proporzionalità e deterrenza, si riflettono, soprattutto, sul carico sanzionatorio e sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale. In tale prospettiva, esse introducono, rispettivamente, un limite verso il basso e, un altro verso l’alto, per i legislatori dei singoli Contraenti, allorché questi ultimi debbano valutare la risposta politico-criminale per i reati di corruzione introdotti in attuazione della Convenzione. Il requisito dell’effettività, invece connoterebbe più specificatamente il momento esecutivo della pena. Peraltro, la sintetica formula, utilizzata dalla disposizione in esame, non esprimerebbe altro che mere indicazioni di metodo, la principale delle quali risiederebbe nella proporzionalità della sanzione penale.

⁸⁰ Dispongono nello stesso senso, ad es., l’art. 31 della Convenzione ONU e l’art. 19 della Convenzione sul diritto penale del Consiglio d’Europa.

⁸¹ Non prevedono una specifica norma al riguardo la Convenzione OAS del 1996 e la Convenzione UA del 2003.

⁸² Oltre che per l’Italia con la l. 300/2000 e il d. lgs. 231/2001 come successivamente integrato e modificato, riforme in tal senso si sono avute, ad esempio, nel Regno Unito con l’adozione del UK Bribery Act nel 2010. Prima dell’adozione di tale legge, il Working Group on Bribery dell’OCSE aveva formulato diversi rilievi e critiche sulla legislazione precedentemente in vigore nel Regno Unito, (cfr. OECD UK-Ph1, 1999, 25; OECD UK-Ph1bis 2003; OECD UK-Ph1ter 2010; OECD

ordinamenti giuridici dei diversi contraenti sembra significare che i Paesi in cui non vige il principio sintetizzato dal noto brocardo «*societas delinquere non potest*» e che, quindi, ammettono forme di responsabilità penale delle persone giuridiche, devono estendere tale forma di responsabilità anche rispetto ai reati introdotti per dare attuazione agli obblighi internazionali scaturiti dai trattati in materia di contrasto alla corruzione. D'altro canto, non è richiesta l'introduzione di una responsabilità penale degli enti nei Paesi in cui questa non è, allo stato della legislazione, già contemplata.

Comune alle diverse convenzioni internazionali in materia è l'indicazione dei criteri in base ai quali gli Stati contraenti possono asserire la propria giurisdizione per perseguire i reati da esse contemplati. Attesa l'asserita inesistenza - almeno per la generalità dei reati - di norme internazionali generali, che impongano agli Stati di esercitare la propria giurisdizione penale in base ad un determinato criterio di collegamento, non stupisce che le disposizioni in esame sia stata oggetto di delicate trattative nel corso dei negoziati che hanno preceduto l'adozione di alcuni testi convenzionali.⁸³ La disciplina posta dalla Convenzione ONU è abbastanza esemplificativa dell'approccio adottato dai testi convenzionali in generale. Vi è, però, un'importante differenza: diversamente dal trattato dell'ONU, gli altri accordi prevedono come obbligatorio *anche* il criterio della nazionalità attiva e, frequentemente, quelli della nazionalità passiva e della protezione degli interessi dello Stato.⁸⁴ Infatti, l'art. 42 della Convenzione ONU indica i criteri in base ai quali gli Stati possono esercitare giurisdizione per perseguire i reati contemplati dagli artt. 15-27 del Trattato. Sono previsti, quali criteri di collegamento sussidiari al tradizionale principio della territorialità, la nazionalità passiva e la protezione degli interessi dello Stato, oltre alla nazionalità del reo. Tuttavia, le disposizioni contenenti tali riferimenti sono formulate in modo da non imporre alle Parti alcun obbligo stringente quanto alla previsione di uno o l'altro dei criteri in questione, posto, *ça va sans dire*, che i criteri eletti consentano (almeno in astratto) di perseguire efficacemente le condotte interessate. Dato che si tratta del criterio di collegamento più diffuso e delineato come cardine anche dal testo della Convenzione ONU (e delle altre convenzioni anti-corruzione),⁸⁵ è opportuno soffermarci sul riferimento al principio della territorialità richiamato dal par. 1 dell'art. 42 della Convenzione ONU.⁸⁶ La disposizione in esame

UK-Ph2 2005; OECD UK-Ph2bis 2008), arrivando, nel 2008, a richiedere alle autorità britanniche di relazionare ogni quattro mesi dell'anno, sottolineando che “ . . . *failing to enact effective and comprehensive legislation undermines the credibility of the UK's legal framework and potentially triggers the need for increased due diligence over UK companies by their commercial partners or Multilateral Development Banks*”(OECDm UK-Ph2bis 2008, 70-71.

⁸³ Il punto è stato a lungo dibattuto durante i negoziati delle Convenzioni OCSE al fine di «raggiungere un equilibrio di obblighi» tra le Parti e «un'applicazione bilanciata ed efficace delle norme repressive». Così G. Sacerdoti, *La Convenzione OCSE del 1997 e la sua laboriosa attuazione in Italia*, in Id. (cur.), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Milano, 2003, 76.

⁸⁴ Per una disamina approfondita della disciplina stabilita dai diversi trattati e delle importanti questioni applicative sottostanti sia consentito rinviare ancora a Arnone, Borlini, cit., 377-393.

⁸⁵ Cfr. anche Convenzione OAS, art. V; Convenzione OCSE, art. 4; Convenzione UE, art. 7; Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa, art. 17; Convenzione UA, art. 13.

⁸⁶ È previsto che ogni Parte adotti le misure che si rendano necessarie per esercitare la propria giurisdizione penale con riferimento ai reati introdotti ai sensi del Trattato, quando essi sono

non pone particolari problemi esegetici: un'interpretazione di tipo logico-teleologico consente agevolmente di affermare che per l'applicazione del criterio di territorialità non sia necessaria la commissione integrale del fatto-reato sul territorio di una Parte, ciò essendo confermato anche dai lavori preparatori.⁸⁷ Ancora, pur non precisando alcunché sul punto, avendo riguardo, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, all'oggetto e allo scopo del trattato,⁸⁸ sembra si possa concludere che non sia necessario un 'esteso' collegamento materiale con il fatto-reato.⁸⁹

Completano l'apparato penalistico, le disposizioni sulla cooperazione giudiziaria in materia penale. Le norme sulla cooperazione giudiziaria e l'extradizione in tema di reati di corruzione sono caratterizzate da principi generali relativamente uniformi (*aut dedere aut prosequi*, doppia incriminazione, sequestro e confisca dei proventi della corruzione e degli altri reati oggetto della disciplina convenzionale, inopponibilità del segreto bancario e via dicendo), che trovano ulteriore riscontro negli accordi bilaterali e regionali esistenti in materia. Tali principi sono comunque specificati ed integrati, ad esempio, dalle norme del capitolo 4 della Convenzione ONU del 2003. Esso contiene, *inter alia*, dettagliate e articolate disposizioni in materia di estradizione;⁹⁰ mutua assistenza giudiziaria;⁹¹ trasferimento delle persone riconosciute colpevoli di reati di corruzione e condannate a sanzioni limitative della libertà personale;⁹² trasferimento dei procedimenti penali;⁹³ creazione di organi investigativi comuni,⁹⁴ tecniche di indagine speciali.⁹⁵ Si tratta di disposizioni di rilevanza pratica fondamentale, stante, ad esempio, la frequente utilizzazione di canali finanziari internazionali per il pagamento di tangenti all'estero ed il conseguente frazionamento del *locus commissi*

commissi: a) sul suo territorio o b) a bordo di una nave battente bandiera della Parte medesima o di un veicolo aeromobile registrato ai sensi della legge di tale Paese al *tempus commissi delicti*.

⁸⁷ Cfr. UNODC, *Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention Against Corruption*, n. 41. Re., art. 42, sub par. 1, a): «*The travaux préparatoires will reflect the understanding that the offence might be committed in whole or in parting the territory of the State party*».

⁸⁸ Com'è noto, le regole generali di interpretazione degli trattati tra Stati sono codificate agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati stipulati tra Stati, adottata il 23 maggio 1969, e.v. il 27 gennaio 1980. Al par. 1, l'31 (Regola generale di interpretazione) così dispone: «Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario dei termini, nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo»

⁸⁹ Tale interpretazione sembra preferirsi alla luce di argomenti testuali-sistematici combinati con criteri finalistici. Quanto al primo profilo, rileva l'ampiezza della descrizione delle condotte tipiche, che, ad esempio, per l'illecito di corruzione attiva di pubblici funzionari stranieri o internazionali contempla l'offerta, promessa, (oltre che la dazione) [...], diretta o tramite intermediari, [...] del vantaggio indebito [...]. Il caso dell'offerta effettuata, per il tramite di un intermediario con sede in uno Stato terzo, ma attraverso una telefonata iniziale (o una e-mail) a questi, partita dal territorio di uno Stato parte, è da ritenersi «coperto» dall'illecito-tipo delineato dall'art. 16 della Convenzione ONU. Quanto al secondo profilo è evidente che un'interpretazione restrittiva del criterio di territorialità condurrebbe al risultato di limitare, *de facto*, la possibilità di reprimere penalmente illeciti come quelli esemplificati.

⁹⁰ Convenzione ONU, art. 44, *Extradition*

⁹¹ *Ib.*, art. 46, *Mutual legal assistance*.

⁹² *Ib.*, art. 45, *Transfer of sentenced person*.

⁹³ *Ib.*, art. 47, *Transfer of criminal proceedings*.

⁹⁴ *Ib.*, art. 49, *Joint Investigation*. L'importanza di indagini comuni nel quadro dei crimini transnazionali è efficacemente messa in luce da E. Rosi, *Problematiche di accertamento delle tipologie corruttive*, in G. Forti, (cur.), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003, 233.

⁹⁵ Convenzione ONU, art. 50, *Special investigative techniques*.

delicti. Al riguardo, mi limito ad alcune considerazioni di sintesi: il fine comune, evidentemente, è la promozione di una cooperazione internazionale in materia penale quanto più possibile ampia, pronta ed effettiva. In alcuni dei trattati anti-corruzione, la tecnica utilizzata per redigere queste disposizioni è minuziosamente descrittiva.⁹⁶ Inoltre, la maggior parte delle disposizioni relative alla cooperazione internazionale sono immediatamente eseguibili e, dunque, suscettibili di applicazione diretta da parte dei singoli Contraenti. La portata di queste disposizioni non deve, comunque, nemmeno sopravvalutarsi: gli istituti su cui incidono (*e.g.* l'estradizione) sono tradizionalmente oggetto di condizioni poste da regole interne e da accordi internazionali, le quali solitamente vengono fatte salve dai trattati anti-corruzione.⁹⁷

3.2. (Segue) Il carattere interdisciplinare delle convenzioni anti-corruzione: gli impegni di natura non penale

Gli accordi internazionali di contrasto alla corruzione si discostano dal modello tradizionale delle convenzioni di repressione penale poiché adottano un approccio interdisciplinare (o, come si suole dire, 'integrato') prevedendo, a seconda dei diversi strumenti, più o meno ampi impegni per la prevenzione del fenomeno; disciplinando, in alcuni casi, le conseguenze di diritto civile degli atti di corruzione; nel caso della Convenzione ONU, articolando un complesso sistema di norme dirette alla restituzione dei proventi della corruzione⁹⁸ e promuovendo iniziative, procedure e organi dediti all'assistenza tecnica e finanziaria per l'attuazione delle norme pattizie, allo scambio di informazioni inerenti agli illeciti di corruzione e alla condivisione delle *c.d. best practices* in materia di prevenzione e contrasto.⁹⁹ Se ne deduce che il profilo della repressione penale si colloca in un contesto assai più esteso, di cui essa costituisce uno degli elementi portanti.

Alla prevenzione della corruzione sono dedicate norme diverse che nel tempo, con l'adozione dei diversi trattati, si sono affinate e articolate.¹⁰⁰ Si tratta di misure di

⁹⁶ Così è, ad es., per le menzionate disposizioni della Convenzione ONU e gli artt. 21-23 della Convenzione sul diritto penale del Consiglio d'Europa, in ciò differenziandosi dalle disposizioni della Convenzione OCSE parimenti dedicate alla mutua assistenza giudiziaria e all'estradizione.

⁹⁷ Cfr., oltre alle disposizioni già richiamate nelle note precedenti, gli artt. XIV-XX della Convenzione OAS; artt. 8-10 della Convenzione UE e artt. 15, 18-21 della Convenzione UA.

⁹⁸ Cfr. il capitolo 5 (*Asset recovery*) della Convenzione ONU del 2003.

⁹⁹ Le disposizioni del capitolo VI (*Technical assistance and information exchange*) della Convenzione ONU perseguono la finalità di creare e sviluppare sistemi di assistenza tecnica e circuiti di comunicazione tra i diversi Stati contraenti, anche attraverso lo sviluppo di specifici programmi di addestramento del personale responsabile per la lotta e la prevenzione degli illeciti di corruzione ed il coinvolgimento di esperti in materia. Nell'ambito di tale capitolo, particolarmente rilevanti appaiono le disposizioni contenute nell'art. 62.2. Esse prescrivono agli Stati parte di coordinarsi tra loro, anche per il tramite di organizzazioni regionali, allo scopo di rafforzare la capacità dei PVS di contrastare e prevenire le pratiche corruttive e migliorare l'assistenza materiale, finanziaria e tecnica agli stessi di modo da facilitare loro l'attuazione della Convenzione ONU. Sull'importanza della cooperazione tecnica per l'attuazione dei trattati internazionali anti-corruzione v. L. Borlini, *Article 60*, in Rose, Kubiciel, Landwehr, cit. e K. Hussmann, M. Peñailillo, *How can Technical Assistance support the implementation of the UNCAC?*, in *U4 Background paper 2007*, available at: <<http://www.U4.no>>.

¹⁰⁰ Ad esempio, le sole disposizioni della Convenzione OCSE di natura non strettamente penale consistono nelle misure relative alla contabilità aziendale, con funzione di trasparenza e prevenzione, previste dall'art.8, mentre più articolate sono le diverse misure di prevenzione previste dall'art. IV della Convenzione OAS. Particolare rilievo rivestono le norme relative alla

profilassi dirette tanto al settore pubblico che a quello privato, tra cui, l'adozione di *standards* fiscali e contabili e l'elaborazione di codici di condotta da parte delle imprese; l'adozione di regole deontologiche per i pubblici ufficiali; l'istituzione di organismi di controllo; misure di prevenzione della corruzione privata; il divieto della deducibilità fiscale delle spese utilizzate *de facto* per corrompere; appropriati sistemi di gestione delle procedure per l'acquisizione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione, basati sui principi di trasparenza, concorrenza e oggettività nella fase di assegnazione; l'adozione di criteri di trasparenza per il finanziamento dei partiti politici. Particolarmente significative risultano, per il settore privato, la previsione di misure di tutela e incentivi ai c.d. *whistleblowers*¹⁰¹ e, per il settore pubblico, l'istituzione di organi e agenzie indipendenti specializzate nella prevenzione dei reati di corruzione, capaci di attuare ed, eventualmente, coordinare le politiche e pratiche anti-corruzione adottate a livello nazionale, nonché di sviluppare metodi per accrescere la conoscenza del fenomeno ed identificare i differenti tipi di corruzione e i suoi canali di diffusione.¹⁰² In testi come la Convenzione ONU, il numero, la complessità e l'incisività che le misure preventive potrebbero avere sugli apparati normativi degli Stati contraenti sembrerebbero indicare che la prevenzione è stata individuata dai negoziatori come momento privilegiato della lotta alla corruzione. È altresì interessante notare che, talvolta, qualora non si sia formato consenso sufficiente per inserire nella disciplina pattizia incisive norme di natura penale su fattispecie specifiche – come, ad esempio, sempre per la Convenzione ONU, la corruzione privata e il finanziamento illecito dei partiti – si sono comunque concordate norme per la prevenzione di quelle condotte. Tuttavia, numerose disposizioni contenenti impegni sulla prevenzione non obbligano gli Stati contraenti dei trattati anti-corruzione, essendone l'attuazione lasciata alla discrezione degli Stati stessi.¹⁰³ Sovente le formule verbali utilizzate esprimono, infatti, una mera facoltà al cui esercizio si esorta lo Stato contraente. Inoltre, anche quando dispongono impegni vincolanti, si tratta normalmente di norme di natura programmatica: da un lato, quindi, la loro attuazione nei singoli ordinamenti nazionali può costituire un importante momento per l'elaborazione da parte dei legislatori nazionali di riforme di assai ampio respiro nel settore della prevenzione della corruzione; dall'altro, forse in misura ancora maggiore che le disposizioni di natura penale, la loro efficacia non può che dipendere dalla capacità e possibilità dei singoli Stati di articolare e porre in essere tali riforme.

La Convenzione sul diritto civile del Consiglio d'Europa, anch'essa del 1999, stabilisce un'articolata disciplina sulle conseguenze civilistiche dei reati di corruzione (*e.g.* nullità per il patto corruttivo in senso lato e per tutti gli accordi a esso collegati o conseguenti; natura e quantificazione del danno derivante da atti di corruzione; disciplina procedurale dell'azione civile di risarcimento dei danni derivanti dal reato di

prevenzione degli illeciti oggetto della Convenzione ONU, la quale dedica un intero capitolo, il secondo, alle *Preventive Measures* (artt. 5-14), dirette tanto al settore pubblico che a quello privato.

¹⁰¹ Per un esame critico di queste disposizioni v. Arnone, Borlini, cit., 330-6 e la bibliografia ivi richiamata. Sull'utilità dello strumento del *whistleblowing* e sulle possibili opzioni normative per darne efficace attuazione si v., tra gli altri, G. Frascini, N. Parisi, D. Rinoldi, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2011.

¹⁰² Si v. F. Recanatini, *Anti-corruption Authorities: An Effective Tool to Curb Corruption?*, in Rose-Ackerman, Søreide, cit., 528.

¹⁰³ Così Arnone, Borlini, cit., 418-436 e Rose, *International Anti-Corruption Norms...*, cit., 107-109.

corruzione; cooperazione giudiziaria per l'acquisizione di prove; adozione di misure cautelari volte a conservare i beni e i valori oggetto della contesa in attesa dell'esecuzione finale della sentenza).¹⁰⁴ Singole disposizioni in materia sono contenute anche dalla Convenzione ONU.¹⁰⁵ Il potenziale dissuasivo dei rimedi giudiziari aperti ai privati non è certo da sottovalutare:¹⁰⁶ casi come la controversia civile che ha visto contrapporsi in Italia i gruppi Cir e Fininvest¹⁰⁷ palesano, da un lato, il divario esistente in taluni ordinamenti giuridici fra la normativa penale vigente e la sua concreta applicazione e, dall'altro, l'importanza di parallele azioni in sede civile. D'altronde, un utilizzo più frequente di meccanismi di *private enforcement* sembra ben rispondere alla logica di veicolare l'azione individuale al raggiungimento di interessi collettivi prima del, ovvero insieme al, soddisfacimento di interessi individuali. Il consolidato sistema di *enforcement* del diritto antitrust statunitense mi sembra paradigmatico di un impianto che coniughi al meglio la risposta sanzionatoria di tipo pubblicistico con l'iniziativa dei singoli privati volta al risarcimento del danno subito per la pratica illecita. Ciò potrebbe e dovrebbe aversi già anche nei casi di corruzione: far valere in sede civile la nullità del patto corruttivo e i danni subiti a causa di pratiche corruttive è una possibilità attuale che potrebbe rilevarsi efficace per combattere i fenomeni in esame, soprattutto dove l'entità del danno è cospicua. In tutta evidenza, una causa civile promossa dai concorrenti di una gara d'appalto che facciano valere la nullità dei contratti per fatti di corruzione e i danni loro derivati rafforza anche l'efficacia deterrente dell'azione penale. In tale prospettiva, corrotti e corruttori devono temere non solo un'eventuale condanna penale, ma anche i costi della soccombenza in sede civile e il travolgimento di tutta l'attività già svolta in esecuzione dei contratti viziati.

Come accennato, il capitolo V della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 introduce e regola l'istituto del c.d. *asset recovery*, prevedendo la disciplina pattizia più articolata sul recupero e la restituzione dei proventi della corruzione. È spontaneo ricollegare tale disciplina alle risultanze dell'analisi economica del fenomeno corruttivo e alla concezione di giustizia riparativa (*restorative justice*), poiché l'*asset recovery* ha appunto lo scopo precipuo di riparare i danni arrecati dalle pratiche corruttive alle economie e alle popolazioni, soprattutto dei Paesi poveri. E poiché i proventi della corruzione vengono invariabilmente trasferiti all'estero, il loro recupero non può avvenire se non a seguito di una cooperazione internazionale davvero efficace. Diversi casi testimoniano dell'importanza del recupero dei valori patrimoniali, ma

¹⁰⁴ La stessa Convenzione sul diritto civile del Consiglio d'Europa prevede anche disposizioni di maggior dettaglio, tra cui ricordo l'obbligo per i contraenti di prevedere forme di responsabilità civile per gli atti di corruzione commessi dai propri pubblici ufficiali; disciplina del concorso di colpa nell'illecito civile; protezione dei dipendenti di imprese che svelano e riportano episodi di corruzione.

¹⁰⁵ Cfr. Convenzione ONU, artt. 34 e 35, rispettivamente in materia conseguenze civili di atti di corruzione e risarcimento del danno.

¹⁰⁶ P.D. Carrington, *Enforcing International Corrupt Practices Law*, 32 *Mich. St. J. Int'l L.*, 2010, 129, 145.

¹⁰⁷ La sentenza di primo grado nel caso Cir c. Fininvest (Trib. Milano 3 ottobre 2009) può leggersi in versione integrale in *Foro it., Le banche dati, archivio Merito ed extra*, n. 2009.681. La causa civile in esame si è conclusa con la sentenza della Corte suprema di cassazione del 2013, che ha quantificato in via definitiva il danno dovuto da Fininvest S.p.A. Cfr. Corte Cass., terza sez. civ., sent. 17-9-2013, n. 21255/2013. Cfr. Trib. Milano, sez. X civ., sentenza 10-7-2015 n. 8537.

anche delle difficoltà incontrate dagli Stati per ottenere la restituzione dei fondi di provenienza illecita: tra questi, ricordo quelli delle somme trafugate dal dittatore congolese Mobutu, da Marcos nelle Filippine e da Sani Abacha in Nigeria tra il 1993 e il 1998, periodo durante il quale egli si appropriò illegalmente di una cifra che è stimata essere compresa tra \$2 e \$5 miliardi. Più recentemente, si segnalano, per l'ammontare delle somme trafugate, i casi emersi a seguito della Primavera araba: l'ex leader libico Muammar Gaddafi e l'ex presidente tunisino Zine el-Abidine Ben Ali avrebbero trafugato e accumulato fortune quantificabili in parecchi miliardi di dollari americani, la maggior parte dei quali investiti e celati all'estero.¹⁰⁸ Così anche l'ex leader egiziano Hosni Mubarak, sebbene la quantificazione delle somme trafugate in questo caso sia ancora più incerta.¹⁰⁹ La cooperazione internazionale finalizzata alla restituzione e gestione dei beni sottratti a favore della collettività vittima di tale sottrazione appare, quindi, allo stesso tempo il tallone d'Achille e l'aspetto più promettente della lotta alla corruzione.

L'idea di creare un sistema di cooperazione multilaterale per il recupero e la resa dei valori patrimoniali derivanti da reato è relativamente recente e l'approccio utilizzato dalla Convenzione ONU è, come stiamo per vedere, interdisciplinare, caratterizzato dalla diversificazione degli strumenti per favorire il recupero dei valori patrimoniali.¹¹⁰ Le disposizioni che si occupano di *asset recovery* si possono sommariamente suddividere in: norme dirette alla prevenzione dell'abuso del sistema finanziario ai fini della commissione dei reati contemplati dal Trattato ed al rintracciamento dei trasferimenti dei prodotti del crimine,¹¹¹ (inclusa la previsione della costituzione di unità di indagine finanziaria responsabili per la ricezione, l'analisi

¹⁰⁸ Cfr. le informazioni pubblicate sullo StAR Asset Recovery Watch Database, disponibile sul sito internet: <http://star.worldbank.org/corruption-cases/arwcases>.

¹⁰⁹ Si v. A. Dornbierer, G. Fenner Zinkernagel, Introduction, in G. Fenner Zinkernagel, C. Monteith, P. Gomes Pereira (eds.), *Emerging Trends in Asset Recovery*, Bern, 2013, i, v.

¹¹⁰ Per una trattazione estesa dell'istituto, corredata dall'esame della prassi rilevante e dalla prospettazione delle principali problematiche applicative v., tra gli altri, M. Pieth (ed), *Recovering Stolen Assets*, Bern, 2008; StAR, *Barriers to Asset Recovery. An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*, Washington, DC, 2011, disponibile sul sito internet: <http://star.worldbank.org/star/publication/barriers-asset-recovery>; Fenner Zinkernagel, Monteith, Gomes Pereira cit.; Arnone, Borlini, cit., 479-523 e l'ampia bibliografia ivi richiamata.

¹¹¹ L'assunto alla base di queste disposizioni è l'importanza della trasparenza e dell'esercizio dell'adeguata verifica da parte degli intermediari bancari nel verificare l'identità dei correntisti bancari o dei beneficiari dei fondi (art. 52 par.1), specialmente se a questi sono state affidate prominenti funzioni pubbliche. Lo scrutinio accurato deve investire, inoltre, anche i familiari e le persone più vicine a questi e deve essere effettuato in modo da facilitare il tracciamento di transazioni sospette. Per significarne l'importanza basti ricordare che nel caso di corruzione che ha coinvolto Vladimiro Montesinos Torres - capo del potente *National Intelligence Service* e consigliere dell'ex presidente peruviano Alberto Fujimori fino al 2000 - le informazioni ottenute dalle banche svizzere facilitarono le indagini in patria e il recupero di ingenti fondi riciclati da Montesinos in Svizzera. A seguito delle segnalazioni delle banche svizzere, le indagini della Procura distrettuale IV del Canton Zurigo provarono che i fondi di Montesinos bloccati in Svizzera erano provento di corruzione: dal 1990 Montesinos percepiva 'commissioni' sulle forniture di armi destinate allo Stato peruviano e faceva versare queste tangenti sui suoi conti bancari in Lussemburgo, negli Stati Uniti e in Svizzera. In occasione di almeno 32 contratti di fornitura, Montesinos percepì tangenti del 18% del prezzo d'acquisto. Anche in occasione dell'acquisto di tre aerei MIG29 da parte delle forze aeree peruviane presso la fabbrica nazionale di armi russa *Rosvooruzhenie*, Montesinos aveva incassato una 'commissione' di 10,9 milioni di dollari. Grazie alla sua posizione, a titolo di controprestazione, egli faceva in modo che determinati commercianti di armi venissero favoriti al momento dell'aggiudicazione di queste commesse.

e la trasmissione alle autorità competenti di report di transazioni finanziarie sospette);¹¹² disposizioni che disciplinano gli strumenti di diritto civile per ottenere la restituzione dei valori patrimoniali derivanti da reato o l'eventuale risarcimento del danno dovuta alla sottrazione di tali beni;¹¹³ regole sui meccanismi per il recupero di beni attraverso la cooperazione internazionale ex art. 55 della Convenzione finalizzata alla confisca degli stessi, una delle misure più efficaci per disarticolare il crimine organizzato e la criminalità di stampo economica;¹¹⁴ norme per la restituzione e la gestione dei valori patrimoniali trafugati e delle risorse finanziarie sottratte.¹¹⁵ Infine, la Convenzione prevede al par. 5) dell'art. 57 la facoltà per gli Stati membri di concludere accordi internazionali *ad hoc* per la gestione definitiva dei beni confiscati. La Convenzione indica, quindi, una soluzione, certamente laboriosa dal punto di vista della negoziazione, ma probabilmente più breve rispetto alla via giudiziaria e con l'indubbio vantaggio di poter permettere allo Stato richiesto di esprimere il suo interesse circa la sorte dei fondi rimpatriati e di concordare un'eventuale condivisione dei fondi recuperati quale incentivo per la cooperazione. Necessitando dell'accordo degli Stati interessati su ogni aspetto rilevante, inclusi i dettagli operativi, la restituzione effettiva dei valori sottratti non rappresenta solo il cuore e il fine ultimo dell'intera procedura, ma ne costituisce probabilmente la fase più delicata.¹¹⁶

¹¹² Convenzione ONU, art. 58. I lavori preparatori indicano che ogni Stato può considerare se istituire una nuova unità, creare un ramo specializzato del centro finanziario già esistente - di solito istituita ai sensi della normativa in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro sporco e finanziamento del terrorismo - ovvero più semplicemente utilizzare l'unità già creata precedentemente. A/58/422/Add.1, 11-12.

¹¹³ *Ib.*, art. 53. In particolare, il paragrafo a) dell'art. 53 prevede che ogni Stato parte, conformemente alla sua legislazione domestica, adotti le misure necessarie per permettere ad un altro Stato membro di esercitare un'azione civile presso i tribunali del primo, al fine di far riconoscere l'esistenza di un diritto di proprietà sui beni acquisiti tramite uno dei reati previsti dalla Convenzione. Il paragrafo b) stabilisce che, sempre in accordo con la sua legislazione interna- gli Stati adottino le misure necessarie per permettere ai propri organi giurisdizionali di ordinare ai rei di corrispondere un indennizzo o di liquidare i danni arrecati ad un altro Stato membro offeso dai crimini puniti dalla Convenzione.

¹¹⁴ I beni cui ci si riferisce ai fini della cooperazione sono quelli acquisiti o comunque coinvolti nella commissione dell'illecito (art. 54 par.1). Su tale misura di natura tipicamente penalistica non mi dilungo se non per dire che, secondo la Convenzione (art. 55 (7)) la cooperazione può essere rifiutata qualora le prove ricevute dallo Stato al quale viene presentata la richiesta siano insufficienti o tardive ovvero se i valori patrimoniali abbiano scarso valore. Vi è in questa disposizione un bilanciamento tra l'interesse al recupero dei fondi e la considerazione delle difficoltà tecniche, giuridiche e finanziarie che affrontano gli Stati durante le operazioni di restituzione. D'altro canto, rovesciando la prospettiva, sono proprio i Paesi più duramente provati ed impoveriti da pratiche corruttive a dover iniziare delle indagini o delle azioni lunghe e costose per recuperare i propri valori; pertanto essi stessi potrebbero decidere di non procedere oltre, qualora la somma non sia ingente.

¹¹⁵ La disciplina relativa alla restituzione e gestione dei beni trafugati è contenuta nell'art. 57. Il paragrafo 1 esprime l'indicazione di principio secondo la quale i valori confiscati da uno Stato, conformemente ai già citati art. 31 e 55, devono essere gestiti secondo il paragrafo 3 dell'art. 57, ivi inclusa la restituzione di tali valori; quest'ultima dovrà avvenire in accordo con le leggi interne e con le disposizioni della Convenzione. L'art. 57 (3) prevede un preciso obbligo per gli Stati riceventi la richiesta di restituzione, impegno che si declina in modo parzialmente diverso a seconda che si tratti di malversazione di fondi pubblici o di riciclaggio di denaro (art. 57 (3) lett.a)), dei proventi degli altri reati sanzionati dalla Convenzione (57 (3) lett. b)), ovvero di tutti gli altri casi (57 (3) lett. c)).

¹¹⁶ La restituzione dei valori sottratti da Ferdinando Marcos, ex presidente delle Filippine, non ha mancato di creare frizione tra Filippine e Svizzera. Nel caso in esame le autorità elvetiche hanno negoziato una restituzione condizionale a: i) un'incriminazione formale contro i Marcos in Patria

Il funzionamento dell'istituto dell'*asset recovery* su scala internazionale – gestito anche tramite un'iniziativa congiunta della Banca Mondiale e dell'UNODC, la *Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR)¹¹⁷ – mi sembra esemplificativo di una strategia capace di reintegrare gli interesse collettivi dopo l'esplicazione di un necessario momento sanzionatorio comune anche agli altri sviluppi accennati della normativa internazionale. In tale prospettiva, il 'valore aggiunto' delle norme in esame è rappresentato proprio dal recupero volto a una gestione collettivamente utile dei patrimoni sottratti a seguito di atti di corruzione: una *pars costruens* che, forse, le sole disposizioni volte alla repressione penale non fanno che intravedere. La prassi ad oggi esistente è, comunque, troppo esigua per esprimere valutazioni definitive circa il seguito che i Contraenti della Convenzione ONU hanno dato alle norme in materia di *asset recovery* e, quindi, l'efficacia dell'istituto; certo, si è rivelata sufficiente affinché fossero opportunamente evidenziati ed indagati i principali ostacoli alla sua efficacia (di natura giuridica, politica ed operativa)¹¹⁸ e già emergessero alcune delicate questioni giuridiche (*e.g.* la problematica coesistenza della confisca disposta in assenza di condanna con alcuni diritti umani fondamentali come il diritto di proprietà – di norma non comprimibile in assenza di una base legale – e, soprattutto, la tutela offerta dal principio di colpevolezza da cui discende l'illegittimità dell'applicazione di sanzioni penali che non siano fondate su di un giudizio di colpevolezza, «*consignée dans un verdict de culpabilité*»), insieme a problemi pratici (su tutti l'identificazione e l'individuazione dei profitti da illecito e le difficoltà inerenti alla gestione dei fondi *una volta restituiti*, dovute anche alla scarsità di linee-guida in materia) e di ordine tecnico (come la quantificazione dei profitti della corruzione e degli interessi dovuti sui valori sottratti), che probabilmente costituiranno frequentemente oggetto di assistenza tecnica e studi dedicati negli anni a venire.

3.3. Gli obblighi procedurali in tema di controllo

Ad eccezione della Convenzione UE del 1997,¹¹⁹ tutti i trattati in esame contengono obblighi di natura procedurale per la supervisione della loro corretta attuazione. La

entro un anno; ii) una sentenza definitiva da parte di un tribunale filippino che accertava che i fondi erano stati sottratti e che dovevano essere restituiti al legittimo proprietario: il governo delle Filippine; iii) il rispetto delle garanzie processuali stabilite dalla Costituzione svizzera e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo durante i procedimenti penali in patria. Come era prevedibile, queste richieste hanno incontrato l'opposizione del governo delle Filippine e della speciale commissione incaricata del recupero. Le autorità filippine si sono alla fine accordate con la Svizzera per una 'restituzione anticipatoria' ovvero attuata prima della sentenza definitiva. Una tale possibilità è ora espressamente prevista dall'art. 57 (3) (b) della Convenzione ONU. La restituzione dei fondi trafugati dai Marcos è avvenuta su un conto corrente aperto in un intermediario nelle Filippine e controllato dalla Svizzera, la quale ha definitivamente trasferito i capitali in seguito ad una sentenza di un tribunale filippino, in cui si accerta l'incapacità dei Marcos di dimostrare l'origine lecita del denaro.

¹¹⁷ Cfr. StAR, World Bank and UNODC. Partnership Charter, 7 November 2008, disponibile alla pagina http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/StAR_Partnership_Charter_0.pdf. Per ulteriori informazioni cfr. il sito internet di StAR: <https://star.worldbank.org/>.

¹¹⁸ V. anche Hatchard, cit., 360-1.

¹¹⁹ La Convenzione UE del 27 maggio 1997 è l'unico tra i principali trattati internazionali anti-corruzione a non aver istituito uno specifico meccanismo internazionale di controllo. Nell'ambito dell'UE riveste, comunque, particolare importanza il processo di revisione biennale relativo ai

disciplina dei trattati internazionali in materia di contrasto alla corruzione è, quindi, completata dalle norme che istituiscono e regolano i rispettivi meccanismi internazionali di controllo.¹²⁰ Si tratta di un aspetto peculiare, la cui importanza nel quadro dei meccanismi internazionali di controllo non sorprende:¹²¹ pur nell'originalità del loro funzionamento, le procedure stabilite dai trattati in esame non rappresentano un *unicum* della cooperazione internazionale. I meccanismi internazionali di controllo, infatti, sono molto diffusi, soprattutto nei settori del diritto internazionale in cui il solo principio di reciprocità non è sufficiente a garantire l'attuazione degli obblighi previsti dai relativi trattati.¹²² Oltre agli accordi per la lotta alla corruzione, sono, infatti, dotati di meccanismi internazionali di controllo numerosi trattati in materia di diritto ambientale;¹²³ i trattati sulla promozione e tutela dei diritti umani;¹²⁴ alcuni trattati in materia di liberalizzazione del commercio internazionale;¹²⁵ i trattati sulla non-proliferazione delle armi di distruzione di massa;¹²⁶ sempre più frequentemente, gli accordi internazionali in materia penale.¹²⁷ Tutte queste tipologie di accordi sono caratterizzati dalla circostanza che all'attuazione dei relativi obblighi da parte di uno Stato non corrisponde un'utilità immediata per gli altri contranti, poiché essi, di regola, si traducono tipicamente in modifiche interne all'ordinamento giuridico nazionale difficilmente verificabili da parte degli altri Stati. Da ciò l'importanza di meccanismi diretti a supervisionare e stimolare la corretta attuazione

conseguimenti dei Paesi dell'Unione in materia di lotta alla corruzione condotto dalla Commissione. Cfr. Commission, Decision of 6 June 2011, COM (2011) 3763 final. L'esito di tale processo è rappresentato dalla pubblicazione del c.d. "EU Anti-Corruption Report" da parte della commissione, disponibile sul sito internet: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report_en.

¹²⁰ Si v. StAR, *Barriers to Asset Recovery*, cit.; Arnone, Borlini, cit., 511-523.

¹²¹ A prescindere dalla multiforme manifestazione della prassi, tutti i meccanismi internazionali di controllo - senza eccezione - assolvono alla funzione di garanzia di integrità dei valori giuridici dell'ordinamento giuridico internazionale contro attività o fatti che potrebbero infrangerla. Per una trattazione approfondita dell'istituto del controllo internazionale si rimanda alla classica opera di A. Cassese, *Il controllo internazionale, Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1971. V. anche, più recentemente, P.M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 13° ed., Parigi, 2016, 519-525.

¹²² V. G. Ulfstein, *Treaty Bodies and Regimes*, in D.B. Hollins (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, 2014, 428, 439-442.

¹²³ Si v. ad es. T. Treves, A. Tanzi, L. Pineschi, C. Pitea, C. Ragni, F. Romanin Jacur (eds.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, TMC, The Hague, 2009.

¹²⁴ Così è, ad esempio, per il Trade Policy Review Mechanism (TPRM), istituito nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Cfr. P.C. Mavroidis, *Surveillance Schemes: The GATT's New Trade Policy Review Mechanism*, in 13(2) *Mich. St. J. Int'l L.*, 1992, p. 374 ss.

¹²⁵ V., tra i molti, C. Tomuschat, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford, 2008, 133. Per un esame critico, sebbene meno recente, dell'istituto nell'ambito dei trattati in materia di protezione e promozione dei diritti umani v. anche J. Crawford, *The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis?*, in P. Alston, J. Crawford (eds.), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000, 5.

¹²⁶ Per un'illustrazione di tali meccanismi si rinvia ai diversi contributi in J.L. Black-Branch, D. Fleck (eds.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, The Hague, 2014, Vol. I, 133.

¹²⁷ V. C. Rose, *Treaty Monitoring and Compliance in the Field of Transnational Criminal Law*, in *Grotius Centre Working Paper 2017/070-PIL*, dalla cui analisi sono però significativamente escluse le procedure di controllo operative in seno ai trattati sui c.d. crimini internazionali *stricto sensu* e tutti i meccanismi che negli ultimi anni si sono sviluppati in ambito regionale.

degli impegni pattizi e favorire il dialogo tra i contraenti in relazione al seguito da dare a tali impegni.

Tornando ai trattati in materia di contrasto alla corruzione, da un'indagine condotta altrove emerge la maggiore efficacia delle procedure stabilite e collaudate in alcuni ambiti regionali (Convenzione OCSE e Convenzioni penale e civile del Consiglio d'Europa) rispetto ad altri (Convenzioni interamericana e dell'Unione Africana).¹²⁸ A livello universale, il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione ONU appare più laborioso e (comprensibilmente) ad uno stadio di sviluppo meno avanzato delle corrispondenti esperienze regionali. Mentre è inverosimile, vista la diversità del contesto e la maggiore enfasi che nella sfera delle Nazioni Unite è data alla sovranità degli Stati, una riforma invasiva della procedura di controllo istituita dalla Convenzione ONU, mi pare auspicabile un suo adeguamento alle procedure regionali più efficaci almeno rispetto ad alcuni requisiti di base, come la pubblicazione dei *country review reports* (e non dei soli *executive summaries*) indipendentemente dal previo consenso del Paese la cui normativa è oggetto di monitoraggio.¹²⁹ Rispetto a quanto sostenuto in altri studi, mi preme aggiungere tre considerazioni.

Anzitutto, rilevo che nel corso del tempo le più incisive procedure di controllo istituite dai trattati per la lotta alla corruzione si sono *standardizzate* e ciò rispetto ai seguenti importanti elementi. Primo: esse si articolano in complesse fasi successive, dirette *in primis* a verificare la rispondenza delle legislazioni nazionali rispetto agli impegni pattizi sopra esaminati - così mettendo in luce questioni di particolare rilevanza che potrebbero impedire o rallentare la piena realizzazione degli obiettivi dei trattati - e, successivamente, alla valutazione del seguito dato dagli Stati alle indicazioni date dall'organo di controllo.¹³⁰ Secondo: le procedure sono normalmente dirette da organi delle istituzioni internazionali che hanno patrocinato l'adozione degli strumenti internazionali oggetto di controllo (come il *Working Group on Bribery* dell'OCSE e il *Group of States against Corruption* (GRECO) del Consiglio d'Europa), ma vedono anche la partecipazione degli Stati parti (ad esempio, due c.d. *lead examiners* nell'ambito del *Working Group on Bribery*): il monitoraggio è reciproco (*peer review*); la presenza di 'pari' dovrebbe garantire uniformità di trattamento grazie alla reciprocità che in tal modo si realizza. Terzo: l'effettuazione di visite *in loco* con interviste a rappresentanti delle istituzioni politiche, della magistratura e della società civile è una prassi diffusissima, direi un elemento tipico delle procedure in esame. Ciò consente un confronto diretto con le istituzioni impegnate a contrastare la corruzione sul territorio e la comunità che subisce gli effetti di quei reati; conseguentemente, un importante allargamento della base di informazioni utilizzabili per la redazione dei rapporti da parte degli organi del controllo. Quarto: lo Stato 'controllato', viene invitato, ma non

¹²⁸ Arnone, Borlini, cit., 447-479.

¹²⁹ Gli *executive summaries* pubblicati dall'UNODC ad esito delle diverse fasi della procedura di controllo contengono, infatti, informazioni rilevanti. Ma il ridotto numero di *country review reports* pubblicati limita notevolmente la possibilità di verificare l'adeguatezza e l'accuratezza delle informazioni contenute negli *executive summaries* e di disporre di informazioni dettagliate sulle deficienze delle legislazioni nazionali di attuazione. Inoltre, questa mancanza della procedura di controllo della Convenzione ONU del 2003 può indebolire la comprensione degli esiti stessi del suo funzionamento e, conseguentemente, il sostegno pubblico per gli strumenti oggetto di supervisione.

¹³⁰ Cfr., e.g., GRECO, *Rule of Procedure*, 2012 26E, Strasbourg, 19 October 2012, documento disponibile alla pagina internet: <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>.

formalmente obbligato, a conformarsi alle indicazioni e alle raccomandazioni dell'organo di controllo.¹³¹ In altre parole, non vengono comminate sanzioni di tipo giuridico in caso di inadempienza, ma l'esposizione dello Stato inosservante all'opinione pubblica interna ed internazionale dovrebbe costituire un valido sprone all'adempimento. Si tratta di persuasione per mezzo di una "prudente pressione diplomatica e morale",¹³² che fa leva sul "*besoin d'honorabilité internationale*" particolarmente avvertito dalla maggior parte degli Stati.¹³³

Un secondo e interessante sviluppo è dato dalla formalizzazione, molto recente, di iniziative di coordinamento tra i meccanismi di controllo istituiti dalle convenzioni dell'ONU, dell'OAS, dell'OCSE, e del Consiglio d'Europa.¹³⁴ In precedenza i diversi sistemi si coordinavano (e contaminavano) 'nei fatti', in forza dello status di osservatore riconosciuto agli organi del controllo istituiti dalle diverse organizzazioni nell'ambito delle rispettive procedure di supervisione; tramite riunioni annuali e, occasionalmente, iniziative congiunte *ad hoc*. La recente formalizzazione del coordinamento sembra consentire sinergie più organiche e potrebbe alleviare in futuro tanto gli organi controllanti che gli Stati sottoposti al controllo di parte degli sforzi dovuti alla duplicazione delle procedure.

La terza considerazione riguarda il ruolo 'sociale' della funzione di tali meccanismi.¹³⁵ In effetti, nell'indagare i tratti salienti che i procedimenti internazionali di controllo stabiliti dalle convenzioni anti-corrruzione presentano dal punto di vista giuridico si ha modo di individuare alcuni fenomeni metagiuridici o pregiuridici che vengono a manifestarsi in seno alla società internazionale¹³⁶ o, per meglio dire, in seno a quella parte – più o meno estesa – della società internazionale rappresentata dal consesso dei contraenti dei singoli trattati: l'emergere di nuovi orientamenti degli Stati (ad esempio, in merito alla disciplina di natura amministrativa, civile o penale della responsabilità delle persone giuridiche per i reati di corruzione); l'affiorare di interessi

¹³¹ La dottrina è solita osservare che la natura dinamica e sistematica del controllo di tipo «*non-contentieux*» può, in effetti, utilmente completare il controllo di tipo giurisdizionale, il quale per sua natura si esplica in interventi sporadici ed eccezionali, dovendo a tal fine attendersi la violazione di un obbligo internazionale e l'esito di una procedura volta alla soluzione della controversia di cui tale violazione è oggetto. Cfr., tra gli altri, A. Cassese, *Fostering Increased Conformity with International Standards and Institutional Fact-Finding*, in Id. (a cura di), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, 295 e Dupuy, Kerbrat, cit., 520-1.

¹³² A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, 236.

¹³³ P.M. Dupuy, *Droit international public*, Parigi, 2004, 517.

¹³⁴ Cfr. Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, Resolution 7/4 Enhancing synergies between relevant multilateral organizations responsible for review mechanisms in the field of anti-corruption, adopted at its seventh session, held in Vienna, from 6 to 10 November 2017, documento disponibile sul sito internet: <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session7-resolutions.html>; e GRECO, 80th GRECO Plenary Meeting, Decisions, Greco(2018)11, Strasbourg, 22 June 2018, para. 35-36, disponibile sul sito internet: <https://rm.coe.int/decisions-80th-greco-plenary-meeting-strasbourg-18-22-june-2018-/16808b655f>.

¹³⁵ Si v. ancora la pionieristica opera di Cassese, *Il controllo internazionale...*, cit., 289: "... la predisposizione normativa di una funzione, in un certo settore, rappresenta un «progresso» rispetto al conferimento di un semplice potere o di una facoltà, in quanto denota che in quel settore l'ordinamento di una certa attività, invece di limitarsi a legittimare un soggetto al compimento di una certa attività, lo ha investito di un «ruolo sociale» che esorbita dalla sua sfera individuale."

¹³⁶ *Ib.*, 283, secondo il quale "[r]ispetto a teli fenomeni la predisposizione di procedimenti internazionali di controllo si pone come uno dei modi in cui siffatte tendenze ed esigenze vengono soddisfatte sul piano formale".

ed esigenze per l'innanzi sconosciuti o scarsamente avvertiti (nell'ambito della relativa procedura internazionale di controllo, numerosi Paesi hanno manifestato l'esigenza di ricevere assistenza tecnica più mirata per dare piena attuazione alla Convenzione ONU del 2003¹³⁷), il delinarsi di finalità che prima d'ora gli Stati non hanno mai perseguito o cui si sono ispirati solo di rado (così, ad esempio, il problema della gestione dei valori recuperati ai sensi del capitolo V della Convenzione ONU, successiva alla loro effettiva restituzione).

3.4. Strumenti internazionali diversi dalle convenzioni sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione

Le convenzioni illustrate non esauriscono il novero degli strumenti di diritto internazionale diretti al contenimento del fenomeno corruttivo. Recentemente sono divenute più visibili rispetto al passato altre iniziative e dispositivi. Per ragioni diverse, ritengo gli sviluppi più interessanti siano dati dalle attività di assistenza tecnica promosse dalle istituzioni finanziarie internazionali e le procedure interne per l'accertamento delle responsabilità e l'applicazione di sanzioni per casi di frode e corruzione occorsi nell'ambito di progetti finanziati da esse finanziati; la previsione di una disciplina positiva per il contrasto alla corruzione in alcuni accordi commerciali internazionali; talune iniziative di *soft law*, che esemplificano caratteristiche sempre più visibili del diritto internazionale contemporaneo.

Dopo aver inserito parametri di *good governance* tra le condizioni dei propri prestiti, le principali istituzioni finanziarie internazionali hanno promosso importanti programmi di assistenza tecnica per facilitare l'attuazione di riforme sia nel settore della prevenzione che in quello della repressione della corruzione negli Stati membri.¹³⁸ Uniformandosi ad un modello sempre più frequente nella cooperazione allo sviluppo,¹³⁹ anche i programmi di assistenza tecnica in materia di contrasto alla corruzione – inclusa l'assistenza fornita nel quadro della già menzionata StAR – sono spesso finanziati da *trust funds* controllati dalle stesse istituzioni internazionali.¹⁴⁰ La flessibilità intrinseca di tali programmi può rivelarsi un elemento di notevole incisività: consentendo di ritagliare l'intervento sulla base delle criticità del Paese beneficiario,

¹³⁷ Arnone, Borlini, 476.

¹³⁸ Recanatini, *Tackling Corruption and Promoting Better Governance: The Road Ahead*, in Rose-Ackerman, Carrington, cit., 55.

¹³⁹ C. Dordi, M. Kostecki, (voce) *Technical Assistance*, in MPEPIL, 2010, par. 2.

¹⁴⁰ Un interessante esempio di assistenza tecnica in ambito regionale finanziata da un trust fund è dato dalle iniziative della Banca Interamericana di Sviluppo (*Banco Interamericano de Desarrollo* o *Inter-American Development Bank*) per la promozione, nei Paesi beneficiari dei suoi prestiti, di migliori istituzioni pubbliche attraverso l'elaborazione e l'attuazione di piani nazionali anti-corruzione e riforme legislative e regolamentari dedicate a temi di particolare rilevanza per i singoli beneficiari (ad esempio, l'integrità del sistema finanziario e la trasparenza della pubblica amministrazione) e attività di training degli organi e corpi di indagine impiegati per perseguire i reati di corruzione e riciclaggio dei proventi da reato. Tali iniziative sono finanziate dall'Anticorruption Activities Trust Fund (AAF), istituito nel marzo del 2007 con una donazione di circa \$5 milioni di dollari americani da parte della Norvegia e successivamente arruolato da nuove contribuzioni della stessa Norvegia (2012 e 2013), Canada e Mastercard (2014) e Svezia e Italia (2017). Per maggiori informazioni si rinvia al sito internet dell'AAF: <https://www.iadb.org/en/topics/transparency/support-for-countries/anticorruption-activities-trust-fund.aaf%2C1194.html>

se di particolare importanza per questo, l'assistenza tecnica permette di affrontare anche problemi che non sono disciplinati dall'apparato convenzionale esistente (come ad esempio, il conflitto di interesse), o su cui esistono norme pattizie che, nondimeno, hanno natura programmatica e stabiliscono impegni eccessivamente vaghi (sono tali alcune disposizioni in materia di prevenzione tanto per il settore privato che per quello pubblico). Inoltre, è tramite la cooperazione tecnica e finanziaria delle organizzazioni internazionali con competenza in materia che in numerosi Paesi in via di sviluppo sono attualmente promosse le riforme necessarie a dare attuazione alle convenzioni internazionali esaminate sia sul versante della prevenzione, che su quello della repressione penale e della cooperazione internazionale.

Un secondo elemento su cui brevemente soffermarsi, anch'esso strettamente correlato al peso crescente delle istituzioni finanziarie internazionali nella comunità degli Stati, è dato dalla particolare tipologia di 'sanzioni' a disposizione delle Banche multilaterali per lo sviluppo (BMS) nel quadro dei progetti, normalmente di valore assai ingente, che esse finanziano o co-finanziano nelle più disparate parti del mondo. Qualora le imprese assegnatarie di appalti nell'ambito di questi progetti siano coinvolte in episodi di corruzione o frode durante l'esecuzione dei relativi contratti - a prescindere dalle eventuali sanzioni con cui vengono puniti i pubblici ufficiali del Paese ospite e/o quelli dell'istituzione finanziaria interessata e dall'esito delle possibili indagini condotte dagli organi inquirenti domestici che hanno giurisdizione nei confronti di tali enti - esse possono subire conseguenze ulteriori ad opera della Banca Mondiale o delle principali BMS operanti in ambito regionale in forza dei regimi sanzionatori stabiliti da tali istituzioni.¹⁴¹ Inoltre, l'inserimento nelle c.d. 'liste nere' di una di queste istituzioni a seguito di un accertamento di responsabilità non si limita alla sospensione o alla cessazione su base permanente del diritto di partecipare ad ulteriori progetti finanziati dalla medesima organizzazione, ma, in virtù di un accordo di cooperazione tra le principali banche multilaterali di sviluppo del 2010,¹⁴² le esclusioni disposte da ciascuna di esse possono essere eseguite anche dagli altri istituti (c.d. *cross-debarment*), determinando così un effetto incapacitante più ampio ed esteso e moltiplicando l'effetto deterrente della singola procedura.¹⁴³

Anche il diritto del commercio internazionale è stato recentemente interessato da alcuni sviluppi in materia di contrasto alla corruzione. Le ragioni sono ancora da

¹⁴¹ Nell'ormai ampia letteratura, si vedano, tra gli altri, A. M. Leroy, F. Fariello, *The World Bank Group Sanctions Process and Its Recent Reforms*, Washington DC, 2012; N. Seiler, J. Madir, *Fight Against Corruption: Sanctions Regimes of Multilateral Development Banks*, in *JIEL* 2012, 1; S.H. Deming, *Anti-Corruption Policies: Eligibility and Debarment Practices at the World Bank and Regional Development Banks*, in *44 Int'l Law*, 2010, 871 ss.; P.H. Dubois, A.E. Nowlan, *Global Administrative Law and the Legitimacy of Sanctions Regimes in International Law*, in *36 Yale J. Int'l L. online*, 2010, 15; L. Boisson de Chazournes, E. Fromageau, *Balancing the Scales: the World Bank Sanctions Process and Access to Remedies*, in *23 EJIL* 2012, 967; Arnone, Borlini, cit., 280-303.

¹⁴² L'accordo in esame è stato concluso tra Banca mondiale, Banca inter-americana dello sviluppo, Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo, Banca africana dello sviluppo e Banca asiatica dello sviluppo il 9 aprile 2010. Cfr. World Bank, Agreement on Mutual Enforcement of Debarment Decisions Among Multilateral Development Bank, M2010-0358, IDA/ SecM201010-0429. Il testo dell'accordo di cooperazione è disponibile sul sito internet: <http://www.ebrd.com/downloads/integrity/Debar.pdf>.

¹⁴³ S.S. Zimmerman, F.A. Fariello Jr., *Coordinating the Fight against Fraud and Corruption: Agreement on Cross-Debarment among Multilateral Development Banks*, in H. Cissé H., D. D. Bradlow, B. Kingsbury, *International Financial Institutions and Global Legal Governance*, Washington DC, 189.

ricercarsi nella logica della competizione tra Stati nell'arena commerciale internazionale. In proposito, è interessante notare che, sebbene frequentemente richiamato, l'argomento per cui “[t]ransnational bribery clearly acts as a barrier to free trade,”¹⁴⁴ è stato da tempo messo in discussione da autorevoli economisti. Facendo uso di modelli facilmente intellegibili - e, mi pare, convincenti - Dani Rodrik mostra che pratiche corruttive nel contesto di transazioni commerciali internazionali possono produrre significativi effetti redistributivi, ma non determinano rilevanti riduzioni del benessere collettivo.¹⁴⁵ Cionondimeno, la tesi della corruzione come barriera al commercio internazionale ha guadagnato sostenitori. Guardando alla disciplina positiva, notiamo che fino alla recente revisione dell'Accordo sugli appalti pubblici,¹⁴⁶ nessun trattato negoziato nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) conteneva norme in materia di corruzione. Anzi, “the word “corruption” did not even appear in the *WTO rule book*”¹⁴⁷ e nessun caso deciso dall'Organo di soluzione delle controversie ha mai avuto inizio a seguito di un'azione che impugnava una misura implicante pratiche corruttive.¹⁴⁸ Ad oggi, infatti, la corruzione è stata al più evocata da Membri dell'OMC in difesa di restrizioni commerciali, normalmente nel tentativo di giustificarle, almeno in parte, con riferimento all'obiettivo legittimo di contrastarla.¹⁴⁹ I soli accordi dell'OMC che, anche prima del 2012,¹⁵⁰ potevano tangenzialmente influire sul fenomeno erano l'accordo plurilaterale sugli appalti del 1994 (ratificato da soli 41 dei 157 membri dell'OMC);¹⁵¹ l'Accordo sulle procedure per le licenze d'importazione¹⁵² e l'Accordo sulle ispezioni pre-imbarco.¹⁵³ Inoltre, per i nuovi membri dell'Organizzazione, era (ed è) possibile prevedere disposizioni ulteriori rispetto alla disciplina stabilita degli accordi multilaterali e plurilaterali (c.d. ‘*WTO plus*’ provisions) attraverso i Protocolli di adesione. Tali protocolli possono costituire il veicolo per imporre a questi Paesi, anche unilateralmente, requisiti di trasparenza più

¹⁴⁴ P.M. Nichols, *Regulating Transnational Bribery in Times of Globalization and Fragmentation*, in *Yale J. Int. L.*, 1999, 292, aggiungendo: “A bribe request is different from a tariff only because it also invokes costs associated with keeping the payment secret.”

¹⁴⁵ Rodrik, cit., 109-111.

¹⁴⁶ Revised Agreement on Government Procurement (Revised GPA), adottato il 30 marzo 2012, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. Per un approfondimento si v. A. Reich, *The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment*, 12 *JIEL*, 2010, 989

¹⁴⁷ Pauwelyn, cit., 253.

¹⁴⁸ *Ib.*, 255.

¹⁴⁹ Cfr. Panel Report on *United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, 10 November 2004, para. 6.558; Panel Report on *United States— Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China*, WT/DS392/R, 29 September 2010, paras. 7.150, 7.388 and 7.392.32; Panel Report on *Colombia— Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, 27 April 2009, paras. 4.169, 7.572 and 7.572.

¹⁵⁰ L'art. IV:4 del GPA rivisto prevede oggi che gli enti appaltanti delle Parti “conduct covered procurement in a transparent and impartial manner that ... avoids conflicts of interest; and ...prevents corrupt practices.”

¹⁵¹ Agreement on Government Procurement, adottato il 15 aprile 1994, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm. L'Accordo del 1994 è tuttora in vigore per le Parti che non sono “transitate” al nuovo trattato, così che i due al momento convivono.

¹⁵² Agreement on Import Licensing Procedures, adottato il 15 aprile 1994, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/23-lic.pdf

¹⁵³ Agreement on Pre-shipment Inspection, adottato il 15 aprile 1994, testo disponibile sul sito: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/21-psi_e.htm

stringenti (che, furono, ad esempio, previsti per la Cina nel Protocollo di adesione nel 2001). Uno strumento analogo è costituito dagli impegni in materia di appalti pubblici sui servizi inseriti nelle liste di impegni assunti dai singoli Stati. In entrambi i casi si tratta, nondimeno, di una disciplina incapace di impegnare la generalità dei Membri e che viene ritagliata su singoli Stati o a cui essi si impegnano unilateralmente. Nel complesso, si deve concludere che le misure menzionate costituiscono strumenti modesti di contrasto al fenomeno corruttivo e, ad eccezione dell'Accordo sugli appalti pubblici del 2012, si tratta di norme capaci di incidere al più sulle manifestazioni più riconoscibili della corruzione collegata al commercio alla frontiera, percepite probabilmente più come 'tasse' ingiuste e irritanti che come ostacoli significativi alla liberalizzazione del commercio internazionale.¹⁵⁴ Lo stesso accordo sugli appalti pubblici, sfuggendo all'applicazione della c.d. *single undertaking rule*, non si impone alla generalità dei Membri dell'Organizzazione e, allo stato, azzardare previsioni sulla sua incidenza concreta, anche per i (relativamente pochi) Paesi che l'hanno ratificato, è difficoltoso.

Assai più articolate sono, invece, le disposizioni contenute in alcuni trattati preferenziali conclusi di recente. L'esempio forse più interessante è offerto dal Partenariato transpacifico concluso nel marzo del 2018 dagli undici Paesi 'superstiti' dopo la firma dell'ordine esecutivo con cui, il 23 gennaio 2017, il presidente degli USA Trump decise di ritirare formalmente l'adesione degli Stati Uniti dal trattato concluso ad Auckland il 4 febbraio 2016.¹⁵⁵ Il Partenariato dedica l'intero capitolo 26 ai temi della trasparenza e dell'anti-corruzione. L'obiettivo è quello di contrastare la corruzione nel commercio tra le Parti e nell'ambito degli investimenti esteri delle loro imprese, un limite nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del trattato che sembra quasi segnare 'un ritorno alle origini' del modello del FCPA e della Convenzione OCSE del 1997. Le norme dedicate sono, ad oggi, le più dettagliate in un accordo commerciale preferenziale.¹⁵⁶ Molte di queste disposizioni ricalcano la disciplina prevista dai trattati internazionali in materia di contrasto alla corruzione. Così l'obbligo di criminalizzare la corruzione (ma, nel contesto del TPP-11, "*in matters that affect international trade or investments*"¹⁵⁷); quello di stabilire adeguate forme di responsabilità *ex crimine* per le persone giuridiche coinvolte in reati di corruzione;¹⁵⁸ il divieto di permettere la deducibilità fiscale delle spese sostenute in occasione di pratiche corruttive o ancora, le misure dirette a garantire la trasparenza, accuratezza

¹⁵⁴ Nello stesso senso v. K. Nadakavukaren Shefer, *Corruption and the WTO Legal System*, 43(3) *J. World Trade*, 2009, 737.

¹⁵⁵ Come ampliamenti risaputo, dopo il ritiro degli Stati Uniti, Australia, Brunei Darussalam, Canada, Cile, Giappone, Malesia, Messico, Perù, Nuova Zelanda, Singapore e Vietnam hanno concluso, l'8 marzo 2018 a Santiago del Cile, il *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP), meglio noto come TPP-11. Il testo del trattato è disponibile sul sito internet: <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=eng>.

¹⁵⁶ Chang-fa Lo, *Anti-corruption Provisions in the TPP: Innovation, Effectiveness and Prospects*, in J. Chaisse, H. Gao, Chang-fa Lo (eds.), *Paradigm Shift in International Economic Law Rule-Making TPP as a New Model for Trade Agreements?*, 205, 206. Per una sintetica disamina delle disposizioni in materia di contrasto alla corruzione di altri accordi commerciali preferenziali v. Pauwelyn, cit., 256-257-

¹⁵⁷ TPP-11, artt. 26.7.1-26.7.3.

¹⁵⁸ *Ib.*, art. 26.7.3(9).

e veridicità della rappresentazioni contabili delle imprese.¹⁵⁹ L'art. 26.6.4 stabilisce anche un importante collegamento con la Convenzione ONU del 2003 obbligando le Parti del TPP-11 ad aderire a detto accordo e così estendendo considerevolmente la portata degli impegni internazionali di contrasto alla corruzione da esse assunti. È, infine, da sottolineare che, ad esclusione delle norme di cui all'art. 26.9 (che impegna le Parti a dare effettiva applicazione alla legislazione domestica per il contrasto alla corruzione) e all'art. 26.8 (in materia di promozione di condotte integre e virtuose da parte dei pubblici ufficiali domestici), le disposizioni del capitolo 26 del TPP-11 sono sottoposte alla procedura di soluzione delle controversie di cui al capitolo 28, ciò che, in linea di principio, dovrebbe stimolare i contraenti a dare effettivo seguito agli impegni pattizi.¹⁶⁰ Si tratta di una disposizione interessante, poiché la c.d. “*enforceability*” delle norme dei trattati preferenziali è sovente minata dalla circostanza che esse non sono coperte dai relativi meccanismi di soluzione delle controversie.¹⁶¹ Resta, nondimeno, da verificare se e quando questo meccanismo sarà operativo e la frequenza con cui gli Stati vi ricorreranno per l'eventuale mancata attuazione delle norme di cui al capitolo 26 da parte degli altri contraenti, affrontando i relativi costi e, inevitabilmente, inasprando le reciproche relazioni. In ogni caso, la disciplina contenuta nel TPP-11 sembra provare una recente ‘contaminazione’ tra settori diversi (il diritto del commercio internazionale e il diritto internazionale penale) del diritto internazionale. Ciò si spiega con il fatto che l'obiettivo della contendibilità internazionale di mercati, che ispira numerose disposizioni dei trattati commerciali preferenziali di ‘ultima generazione’, non sembra distanziarsi molto dalle finalità alla base di strumenti come la Convenzione OCSE del 1997.

Infine, sviluppi paralleli a quelli illustrati, come l'accresciuta attenzione della comunità internazionale al terrorismo e al riciclaggio del denaro sporco e la concentrazione di pratiche d'affari opache o illegali in determinati settori economici, hanno portato all'adozione di alcuni strumenti di *soft law* e di natura settoriale capaci di concorrere alla prevenzione e repressione della corruzione. Esempi sono le *FATF Recommendations*¹⁶² e l'*Extractive Industries Transparency Initiative* (EITI).¹⁶³ La

¹⁵⁹ *Ib.*, art. 26.7.4 e art. 26.7.5.

¹⁶⁰ Chang-fa Lo, cit. 219.

¹⁶¹ H. Horn, P.C. Mavroidis, A. Sapir, *Beyond the WTO: An Anatomy of the EU and US Preferential Trade Agreements*, 33 *The World Economy*, 2010, 1565.

¹⁶² Negli anni Novanta del secolo scorso è stato creato un organismo inter-governativo *ad hoc*, il FATF (acronimo di *Financial Action Task Force*, o, nella sua denominazione francese, *Groupe d'Action Financière* (GAFI)), le cui raccomandazioni si sono elevate a standard normativo di riferimento in materia di contrasto e prevenzione del riciclaggio di proventi di reati e finanziamento del terrorismo e, dal 2008, sono utilizzate anche per contrastare il finanziamento della proliferazione della armi di distruzione di massa. Sull'utilizzo delle raccomandazioni del FATF per contrastare la corruzione cfr. FATF, *Best Practices Paper: The Use of the FATF Recommendations to Combat Corruption*, Paris, 2013.

¹⁶³ L'EITI è un'iniziativa intrapresa nel 2003 da un gruppo di Stati al fine di contrastare la corruzione, la povertà e i conflitti associati allo sfruttamento delle risorse naturali (petrolio, gas e altre risorse minerarie) attraverso la promozione di c.d. “standard” diretti a regolare alcune delle problematiche centrali nei settori minerari e estrattivi. L'EITI ha la forma giuridica di un'associazione non-profit con base in Norvegia, dove si trova il suo Segretariato. Gli standard dell'EITI richiedono agli Stati partecipanti all'iniziativa che tutte le imprese attive operanti nelle varie fasi della filiera nei settori in esame garantiscano completa trasparenza dei pagamenti effettuati e che gli Stati, a loro volta, forniscano informazioni sulla loro quota di redditi derivati da tale settore di modo che il confronto tra le due cifre permetta di evidenziare eventuali anomalie.

problematica della *soft law* (o “diritto molle” o “verde”) è stata largamente esplorata dalla dottrina negli anni passati. Non val la pena, dunque, di attardarsi ulteriormente su di essa, salvo che per sottolineare che strumenti come quelli appena richiamati sono esemplari di alcune dinamiche del diritto internazionale contemporaneo. In primo luogo, l’affermarsi di organismi come il FATF corrisponde ad un sviluppo recente, ovvero la tendenza degli Stati ad associarsi e a cooperare tramite forme atipiche che non coincidono con categorie giuridiche precise e precedentemente note e, cionondimeno, vivono nel mondo delle relazioni internazionali come enti distinti rispetto ai loro membri, operando con crescente incisività nella comunità internazionale e ‘sanando’ le pretese mancanze rispetto al modello tradizionale di organizzazione internazionale attraverso l’acquiescenza e il riconoscimento degli Stati e, in alcuni casi come quello in esame, delle stesse organizzazioni internazionali tradizionali. In secondo luogo, esso mostra una certa fluidità tra strumenti di *hard* e *soft law* ed è paradigmatico della relazione dinamica che può instaurarsi tra le diverse tipologie di fonti contribuendo allo sviluppo del diritto internazionale in una determinata materia. Se, da un lato, le norme di *soft law* contenute nelle raccomandazioni del FATF è stata assorbita in numerose disposizioni delle convenzioni internazionali anti-corrruzione (soprattutto la Convenzione sul diritto penale del Consiglio d’Europa e la Convenzione ONU), dall’altro, esse trovano in tali atti successiva legittimazione e maggiore forza. Similmente, la prima versione degli standard dell’EITI è del 2003, anno di adozione della Convenzione ONU, e non è difficile rilevare la prossimità tra talune misure sulla prevenzione di detto trattato e le misure promosse dall’EITI specificamente in relazione al settore minerario ed estrattivo. Infine, si tratta, di atti e procedimenti che esaltano forme di cooperazione tra i settori pubblico e privato nella fase della produzione o in quella dell’applicazione di regole di condotta che coinvolgono, oltre agli Stati, imprese private operanti in particolari settori economici. Iniziative di *public-private partnership*¹⁶⁴ promosse a livello internazionale sono, d’altronde, connaturate all’allargamento verso il basso della base sociale dell’ordinamento internazionale, caratterizzato dalla sempre più manifesta considerazione degli enti ‘infra-statali’ e, in particolare, degli individui, nell’ambito dei diversi e complessi rapporti disciplinati dal medesimo sistema giuridico.

4. Considerazioni conclusive

Gli standard richiedono informazioni di dettaglio anche per ciò che attiene le modalità di concessione e di registrazione di contratti e licenze, l’identità dei beneficiari effettivi di queste operazioni, gli accordi legali e fiscali, il contributo che le rendite dell’industria estrattiva e mineraria all’economia dei vari Paesi, incluse informazioni relative all’occupazione. Cfr. EITI, *The EITI Standard 2016*, documento disponibile sul sito internet: <https://eiti.org/document/standard>.

¹⁶⁴ In dottrina, l’espressione “*public-private partnership*” è utilizzata con diverse accezioni. Sul punto si rinvia a K.W. Abbot, *Public-Private Partnership*, in MPEPI, 2008 e alla bibliografia ivi citata. Con essa indico in questo scritto: i) forme concrete di collaborazione, attuate a livello internazionale, tra Stati o organizzazioni intergovernative e attori non statali, soprattutto imprese private, a fini di regolazione di determinati fenomeni; ii) attività promosse a livello internazionale per stimolare questo tipo di collaborazione all’interno dei singoli Stati.

Peculiare espressione di una più generale *idée régulatrice* delle condotte individuali, l'apparato normativo internazionale per la lotta alla corruzione è, dunque, esemplificativo di uno dei tratti che, secondo alcuni, caratterizza in modo manifesto il diritto internazionale contemporaneo.¹⁶⁵ Come visto, origine e sviluppo di tali iniziative sono dovute a cause diverse e non necessariamente connesse. Oggi, diversamente, l'inclusione di capitoli dedicati alla normativa anti-corruzione nei trattati commerciali preferenziali negoziati più recentemente – l'unica novità in termini di diritto positivo – sembra suggerire una riduzione di tale complessità a ragioni pratiche, funzionali ad una libertà economica intesa (solo) come libertà dei commerci tra i diversi Paesi e degli investimenti esteri.

Una valutazione d'insieme degli strumenti illustrati è difficoltosa. Essa richiede di scindere il momento della creazione delle norme internazionali da quello della sua attuazione nei diversi ordinamenti giuridici nazionali. Nonostante sia ingenuo nutrire aspettative messianiche nei confronti del diritto internazionale in materie come quella in esame, è indubbio che, con l'evoluzione della complessa normativa sulla lotta alla corruzione, esso abbia indicato importanti *percorsi* per i singoli Stati. Per citare i più rilevanti, l'impegno a penalizzare la corruzione dei pubblici funzionari stranieri e internazionali; l'introduzione di forme di responsabilità delle persone giuridiche; il divieto di consentire la deducibilità fiscale delle tangenti e un articolato apparato di misure preventive costituiscono un patrimonio comune della maggior parte dei trattati internazionali in materia. Inoltre, il fatto stesso che ben cinque organizzazioni inter-governative abbiano patrocinato l'adozione di strumenti di *hard law* contro la corruzione è circostanza di per sé significativa. In questa prospettiva, la recente formalizzazione del coordinamento delle procedure internazionali di controllo stabilite dai trattati in materia, insieme ai mezzi di coordinamento informale già esistenti, sembra promettere di evitare che il 'movimento internazionale anti-corruzione' paralizzi sé stesso, duplicando sforzi, stabilendo standard confliggenti e imponendo agli Stati superflui processi di monitoraggio.

Altri risultati emergono. Primo, si sostiene che le iniziative delle istituzioni finanziarie internazionali nei settori del contrasto alla corruzione e nella promozione della cosiddetta *good governance* possono essere tanto incisive quanto l'adozione degli strumenti convenzionali illustrati. Secondo, l'evoluzione del diritto pattizio sembra suggerire che le norme internazionali relative alla prevenzione del fenomeno corruttivo e quelle sulla repressione sono complementari e non alternative: politiche preventive risultano vane quando non sostenute da un'adeguata risposta repressiva. La repressione penale si rivela, d'altra parte, risposta assai debole se isolata da un'adeguata profilassi. Terzo, casi come la controversia tra Fininvest e CIR, evidenziano che misure di risarcitorie di diritto civile sono strumenti complementari e (talvolta) più dissuasivi rispetto a quelle di repressione penale: strumenti internazionali volti a promuovere e migliorare tali meccanismi riparatori possono costituire, pertanto, elementi fondamentali di un'adeguata strategia anticorruzione. Quarto, la cooperazione penale concretatasi nell'adozione dei differenti trattati internazionali in materia ha senz'altro contribuito a meglio calibrare la risposta degli ordinamenti

¹⁶⁵ V, tra gli altri, J. Katz Cogan, *The Regulatory Turn in International Law*, in 52 *Harv. Intl. L. J.*, 2011, 321, 370; A. Peters, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, 2016, 61-5,99.

giuridici nazionali e, talvolta, a riformularla *ex novo*.¹⁶⁶ Quinto, la normativa sull'*asset recovery* è, forse, il più innovativo aspetto dell'apparato internazionale anti-corruzione. Con l'entrata in vigore della Convenzione Onu del 2003, il principio per cui i bene acquisiti illegittimamente a seguito di reati di corruzione devono essere restituiti agli Stati di appartenenza diviene norma vincolante di un trattato multilaterale. Grazie all'iniziativa StAR della Banca Mondiale e dello UNODC, gli Stati colpiti da gravi casi di corruzione possono beneficiare dell'assistenza tecnica necessaria per realizzare le forme di cooperazione internazionale richieste per rendere effettivi il recupero e la restituzione dei patrimoni di cui sono stati privati. Tuttavia, come illustrato, il sentiero tracciato da tale iniziativa non è privo di ostacoli: iniziative di assistenza tecnica sono oggi rivolte al superamento di alcuni di essi.

L'analisi effettuata mette altresì in luce le principali deficienze degli strumenti internazionali anti-corruzione. Alcune forme di corruzione sono state oggetto di espliciti impegni internazionali solo sporadicamente. È il caso della corruzione 'privata' e delle scarse e non incisive disposizioni sul trattamento del finanziamento dei partiti politici. Inoltre, sebbene quasi tutte le convenzioni in materia prevedano che gli Stati parti debbano introdurre forme di responsabilità per le persone giuridiche implicate in casi di corruzione, l'utilizzo di tali enti per la perpetrazione dei crimini in esame è ancora frequente e, purtroppo, assai efficace. La determinazione degli Stati di mantenere a pieno le proprie prerogative in materia penale contrasta con la conclamata necessità di strategie di repressione coordinate in sede internazionale. Quando – sempre più spesso a dire il vero, almeno per i reati coinvolgenti somme di denaro e valori ingenti – fenomeni corruttivi avvengono sfruttando le nuove opportunità create dalla tecnologia e dalla progressiva integrazione dei mercati internazionali e apertura dei sistemi giuridici nazionali (ad esempio, tramite l'utilizzo di schermi societari situati in differenti e molteplici ordinamenti giuridici),¹⁶⁷ i tradizionali criteri per fondare l'esercizio della giurisdizione penale falliscono. Avevo in passato sostenuto che si dovrebbe considerare lo sviluppo un nuovo *nomos* capace di sfruttare a pieno la natura artificiale del diritto, adattandosi a fenomeni sempre più delocalizzati e opacizzati dall'utilizzo della tecnologia informatica.¹⁶⁸ Studiosi come Stiglitz e Pieth hanno recentemente avanzato proposte molto interessanti e potenzialmente incisive al riguardo.¹⁶⁹ Nondimeno, ritengo che la mia stessa posizione debba essere, purtroppo, rivista: lo scarto tra possibilità offerte ai criminali dalla facilità di spostamento dei capitali dalle nuove tecnologie e dall'opacità dello spazio virtuale e le effettive capacità di regolazione ed *enforcement* degli Stati appare oggi troppo grande. Inoltre, al momento, non risultano né iniziative condivise, né una ferma volontà politica da parte dei Paesi economicamente più avanzati per una più severa regolamentazione dei c.d. 'paradisi fiscali' e centri 'offshore' e un più ampio accesso ai dati finanziarie e societari

¹⁶⁶ Così per la definizione dei reati di corruzione internazionale; la previsione di forme di responsabilità *ex crimine* per gli enti e le persone giuridiche coinvolte in reati di corruzione e l'adozione della confisca c.d. 'per equivalente'.

¹⁶⁷ Sul punto v. anche T.C. Halliday, G. Shaffer, *Transnational Legal Orders*, in Id. (eds.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge, 2015, 11.

¹⁶⁸ Arnone, Borlini, cit., 528.

¹⁶⁹ Si v. Pieth, Stiglitz, cit., 1.

in queste giurisdizioni,¹⁷⁰ senza le quali anche la lotta alla corruzione nella sua dimensione internazionale resta assai manchevole.

Infine, una riflessione sul seguito dato negli ordinamenti domestici agli strumenti internazionali illustrati. Come ampiamente noto, il diritto internazionale non può produrre effetti rilevanti all'interno degli Stati senza un'accurata attività di trasposizione delle norme internazionali e, quando occorra, una rigorosa applicazione delle normative di attuazione. Perciò è necessario che gli Stati parti delle differenti convenzioni anti-corruzione mantengano efficaci meccanismi internazionali di controllo, ovvero, ove possibile, ne correggano le carenze: essi costituiscono lo strumento fondamentale per spingere governi e parlamenti riluttanti a dare adeguata attuazione agli obblighi che da tali convenzioni discendono. Casi come quello dell'Italia consentono di apprezzare il ruolo dei meccanismi internazionali di controllo nell'evidenziare come in alcuni Paesi, nonostante il susseguirsi di riforme volte a contrastare i fenomeni corruttivi, mancanze relativamente poco numerose ma, per così dire, 'strategiche' riducano significativamente la capacità di prevenzione e repressione degli illeciti in questione. Così, a fronte di una pervasiva diffusione del fenomeno corruttivo nel Paese, le procedure di controllo sull'attuazione dei trattati internazionali ratificati dall'Italia hanno evidenziato, in generale, una tendenziale rispondenza dell'apparato normativo domestico agli impegni internazionali.¹⁷¹ Ma carenze importanti, come l'inadeguatezza della disciplina sulla prescrizione, la scarsa deterrenza delle sanzioni pecuniarie previste per le persone giuridiche e gli enti coinvolti in reati di corruzione e una certa farraginosità della disciplina del finanziamento dei partiti politici, sono invariabilmente indicate tra gli ostacoli principali alla possibilità effettiva di contrastare i reati di corruzione ed incidere sul carattere 'sistemico' del fenomeno.¹⁷² Come sottolineato, inoltre, i meccanismi internazionali di controllo svolgono un'altra funzione decisiva ai fini della migliore attuazione degli impegni pattizi: indicando le principali debolezze di un dato ordinamento anche nella fase dell'applicazione concreta della normativa introdotta per adempiere agli obblighi internazionali, possono contribuire a comprendere le riforme davvero necessarie e a calibrare l'assistenza tecnica offerta a livello internazionale. In effetti, l'esame dei rapporti pubblicati dall'UNDOC traccia la direzione verso cui, per molti Paesi, si dirigeranno (o dovrebbero dirigersi) tali iniziative nei prossimi anni: su tutte, la prevenzione e la cooperazione internazionale.¹⁷³

¹⁷⁰ V. ancora, *ib.*, 1 ss. e Footer, *cit.*, 6-8.

¹⁷¹ Così, ad esempio, per le disposizioni sui criteri di esercizio della giurisdizione penale; sulla cooperazione internazionale in materia penale; sulla configurazione dei reati di corruzione, riciclaggio e degli altri per cui i trattati richiedono o esortano l'introduzione di norme incriminatrici (ad eccezione di alcune riserve sollevate dagli organi di controllo in relazione alla figura della concussione e alle sanzioni previste per gli illeciti contabili) e sulla disciplina sulle conseguenze di diritto civile di atti di corruzione. Si v. Borlini, *The Achievements and Limits...*, 289-290, 292, 295-296 e i richiami ivi effettuati ai diversi rapporti degli organi di controllo dei trattati internazionali ratificati dall'Italia.

¹⁷² *Ib.*, 292-295.

¹⁷³ Cfr. <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/country-profile/index.html>.