Centro di
Documentazione europea - UniCT

Università di Catania

I quaderni europei

Scienze economiche

LA CORRUZIONE FRA TEORIA ECONOMICA, NORMATIVA INTERNAZIONALE, MODELLI D'ORGANIZZAZIONE D'IMPRESA

Mario Centorrino
Maurizio Lisciandra
Nicoletta Parisi
Dino Rinoldi

Aprile 2010
n. 18

Mario Centorrino - Maurizio Lisciandra
La teoria economica della corruzione.
Dino Rinoldi
Corruzione pubblica e privata: adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina internazionale ed europea di contrasto.
Nicoletta Parisi
Il "*whistleblowing*": vincoli internazionali, adattamento interno, attitudine culturale.

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2010/n. 18
Aprile 2010

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/18_2010.pdf

© 2010 Mario Centorrino - Maurizio Lisciandra - Nicoletta Parisi - Dino Rinoldi

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Mario Centorrino, Professore ordinario di Politica economica, Università di Messina, Facoltà di Scienze Politiche, Dipartimento DESMAS Pareto
Maurizio Lisciandra, Ricercatore di Economia politica, Università di Messina, Facoltà di Scienze Politiche, Dipartimento DESMAS Pareto
Nicoletta Parisi, Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudenza
Dino Rinoldi, Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica - sede di Piacenza, Facoltà di Giurisprudenza

La collana *online* "*I quaderni europei*" raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.
I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei

Responsabile scientifico: Nicoletta Parisi
Comitato di redazione: Sabrina Carciotto - Silvia De Luca - Giovanna Morso - Valentina Petralia

Edito dal Centro di documentazione europea dell' Università di Catania
Via San Lorenzo, 4 - 95131 – CATANIA
tel. ++39.095.730.7954
fax ++39.095.730.7956
www.lex.unict.it/cde

La corruzione fra teoria economica, normativa internazionale, modelli d'organizzazione d'impresa[*]

Mario Centorrino - Maurizio Lisciandra - Nicoletta Parisi - Dino Rinoldi

I. Abstract

La prima parte di questo paper costituisce una rivisitazione della letteratura economica sulla corruzione. Il fenomeno della corruzione è spesso visto come un problema etico o giuridico; tuttavia la corruzione è anche un fenomeno economico in quanto distorce diversi incentivi economici. In primo luogo si presenta l'evidenza empirica sul nesso di causalità che lega la corruzione a variabili economiche. Pertanto, si distinguono quelle che possono considerarsi le cause della corruzione dagli effetti. La teoria economica, in particolare il modello del principale-agente, ha permesso di identificare e isolare i comportamenti dei singoli agenti economici in quanto il rapporto dove si inserisce la corruzione è un rapporto di delega tra principale e agente. I problemi di asimmetria informativa che producono la corruzione, il *moral hazard* e l'*adverse selection* sono quindi utilizzati per individuare le migliori politiche di contrasto alla stessa corruzione.

The first part of this paper aims to review the existing literature on the economics of corruption. As a phenomenon, corruption is usually considered as either an ethical or a legal issue. However, it is also an economic one, as it distorts economic incentives. The review will focus on the empirical evidence detailing the effects of corruption on economic variables as well as identifying its main causes. Economic theory - the principal/agent model in particular - can identify and isolate the behaviour of single economic agents, as corruption mostly occurs in the relationship between principals and agents. Situations of asymmetric information are conducive to corruption; moral hazard and adverse selection also make a contribution in drafting the most appropriate policies against corruption.

II. Abstract

La seconda parte del paper affronta anzitutto alcune questioni definitorie, enuncia i dati della prassi in materia e presenta gli indici di misurazione della corruzione. Tratta quindi degli strumenti giuridici internazionali di contrasto adottati nel contesto euro-atlantico ed europeo-continentale, nonché in ambito universale, sottolineandone la diversa portata e il differente ambito di applicazione. Quanto all'adeguamento dell'ordinamento italiano a tali strumenti: si sottolinea che essi sono stati l'occasione per riforme anche di ampio respiro (per esempio sulla responsabilità degli enti: dal principio *societas delinquere non potest* a quello *societas puniri potest*); si rilevano perduranti distonie e frizioni tra obblighi pattizi e adempimenti interni (per esempio sul contrasto alla corruzione nel settore privato) e in questo contesto viene valutato l'articolarsi nell'ordinamento italiano così del principio di interpretazione conforme come di quello di specialità, particolarmente ai fini del rispetto degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea.

The second part of this paper firstly deals with some definitory problems, provides some data from national and international practice and refers to the corruption perceptions index. Then, it examines international - both euro-atlantic and euro-continental - legal acts combating

[*] Gli scritti riproducono, con l'aggiunta delle note, il testo delle relazioni presentate dagli Autori in occasione del "Seminario di studio sulla corruzione: aspetti giuridici e implicazioni economiche", tenutosi il 15 aprile 2009 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

corruption, comparing them with universal treaties on the matter: in particular, their sphere of application and different legal effects are analyzed. As to their implementation into Italian legal order, the paper underlines how these international acts have given a boost to some far-reaching reforms (for example: as regard the liability of legal persons, States have abandoned the traditional position excluding the criminal liability of corporations, which was expressed in the motto *societas delinquere non potest,* adopting the *principle societas puniri potest*); but some antinomies between treaty obligations and domestic fulfilments are still existing (for example: about the fight against private corruption). In this context the paper outlines the Italian law approach to the principle of consistent interpretation and to the the principle of specialty, in particular it wants to emphasize which obligations derive from Italy's membership of the European Union.

III. Abstract

La terza parte del paper affronta talune implicazioni che discendono per gli ordinamenti interni dall'adempimento delle norme internazionali che stabiliscono la responsabilità degli enti per condotte di corruzione messe in atto da propri dipendenti situati in posizione apicale. In particolare lo scritto si occupa del ruolo che ha il *whistleblowing* nei modelli di organizzazioni dell'ente finalizzati a prevenire la commissione di reati; ivi si tratta della complessità delle situazioni coinvolte nella sua regolamentazione (soprattutto in un contesto culturale, come quello italiano, dove esso è facilmente assimilata alla delazione). La disciplina giuridica che lo regolamenta richiede, infatti, un difficile bilanciamento fra libertà, diritti ed obblighi spesso confliggenti.

The third part of this paper analyzes which implications derive from domestic implementation of international rules providing criminal liability of legal persons for offences (in particular corruption) committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person. In particular, it is examined the role of the whistleblowing in corporate's action against corruption. Some problematic issues are highlighted such as the difference between whistleblowing and informing; and the difficulties in setting the right balance between whistleblowing and other rights, duties and interests which can conflict with it (freedom of expression, privacy, loyalty to professional duties, right to be informed, corporate integrity).

Keywords

I. Corruzione - *rent-seeking* – modello principale-agente
II. Prassi e indici di misurazione della corruzione - norme internazionali ed europee adeguamento dell'ordinamento italiano
III. Modelli organizzativi d'impresa - prevenzione delle condotte di corruzione - *whistleblowing*

IV. Bibliografia essenziale

I. LA TEORIA ECONOMICA DELLA CORRUZIONE

di Mario Centorrino, Maurizio Lisciandra

Sommario: 1. La corruzione come fenomeno economico.- 2. Evidenza empirica: cause ed effetti della corruzione.- 3. Teoria principale-agente e corruzione.- 4. Strumenti di contrasto alla corruzione secondo la teoria economica.- 5. Conclusioni.

1. La corruzione come fenomeno economico

Mobutu, ex presidente del Congo, consigliando i propri funzionari pubblici ebbe a dire: «*If you want to steal, steal a little in a nice way*». Questo aneddoto rappresenta nella migliore delle ipotesi una chiara rinuncia al contrasto di un fenomeno spesso pervasivo come quello della corruzione o addirittura può nascondere la complicità stessa dei vertici delle amministrazioni verso un comportamento opportunistico. Tuttavia, il fenomeno non riguarda solo i Paesi poveri come il Congo ma è presente in forme differenziate e più o meno sistemiche anche nei Paesi ricchi e democratici.

Spesso il fenomeno della corruzione è visto come un problema etico e giuridico, vedendo come secondaria l'implicazione economica della corruzione. Tuttavia, l'economia può offrire un punto di osservazione molto importante per comprendere sia le cause e gli effetti della corruzione, sia le eventuali politiche di contrasto alla corruzione stessa.

Una definizione giuridica di corruzione valida anche per l'analisi economica è quella in base alla quale per corruzione si intende uno scambio illecito fra un atto di potere di un membro di un'organizzazione a favore di un altro soggetto e una prestazione in denaro o di altro vantaggio personale. In economia tuttavia non si scende nel dettaglio delle varie fattispecie giuridiche, come ad esempio la distinzione tra corruzione e concussione[1]. Non sempre ciò che è considerata corruzione secondo l'analisi economica è perseguibile penalmente, si pensi ad esempio alla corruzione tra privati[2].

Si possono distinguere tre grandi tipologie di corruzione analizzabili secondo la teoria economica: corruzione pubblico-privato, corruzione pubblico-pubblico, corruzione privato-privato (Huber, 2002; Forti, 2003). In questo saggio si considera solamente la corruzione pubblico-privato. In questo contesto si può operare un'ulteriore distinzione: 1) corruzione amministrativa, intesa come abuso del potere pubblico da parte di pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio per ottenere vantaggi privati; 2) *State capture* o corruzione legislativa, cioè

[1] Sia la corruzione sia la concussione sono delitti contro la pubblica amministrazione commessi dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di un pubblico servizio. In particolare, la concussione secondo l'art. 317 c.p. si ha quando un pubblico ufficiale incaricato di un pubblico servizio abusa della sua qualità o dei suoi poteri, e costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad altra persona, denaro o altro. La corruzione e l'istigazione alla corruzione secondo gli artt. 318 e 322 c.p. si ha in tutti i casi in cui, per effetto di un accordo tra un pubblico funzionario ed un privato, il primo accetta dal secondo, per un atto delle sue funzioni, un compenso che non gli è dovuto. Nella corruzione vi è quindi la cooperazione tra soggetto pubblico e privato, nella concussione vi è la cooptazione della volontà del soggetto privato da parte del soggetto pubblico, quindi in quest'ultimo caso il soggetto privato subisce l'azione criminosa.

[2] È tuttavia importante sottolineare che la corruzione privato-privato può avere un impatto sociale rilevante: si pensi ad esempio all'infedeltà societaria e alla distorsione degli incentivi che ne consegue.

quando uno o più agenti privati prendono il sopravvento sull'esercizio del potere decisionale dell'agente pubblico. In entrambi i casi i pubblici ufficiali e i burocrati, i politici e i legislatori, usano il potere a loro delegato dal pubblico per perseguire interessi economici personali a danno del bene comune. Vi è alla base sempre uno scambio di carattere economico o di utilità tra agente pubblico e terzo. Se scoperte, queste attività, qualora non fossero considerate illegali, riceverebbero almeno un forte biasimo sociale.

1) **Corruzione amministrativa**. Si tratta di azioni effettuate da un agente pubblico al fine di indurre intenzionalmente delle distorsioni nell'attuazione di regole o leggi in cambio di una ricompensa effettiva, promessa o attesa. Questa modalità di corruzione si verifica quando si mettono in atto azioni che garantiscono al privato cittadino eccezioni a regole o una priorità rispetto a certi servizi. Come esempio si possono considerare il negoziante che paga una tangente ad un ispettore affinché non prenda provvedimenti contro le sue infrazioni, oppure il privato cittadino che effettua un pagamento sottobanco al fine di ottenere servizi pubblici che non gli verrebbero altrimenti concessi, oppure ancora quando si pagano tangenti per "comprare" le decisioni giurisdizionali. Molto diffuso è quel tipo di corruzione che può svilupparsi ogni volta che il settore pubblico decide di rapportarsi al settore privato per la compravendita di beni e servizi. In questo caso, il pagamento di tangenti può determinare la scelta del fornitore e favorire soluzioni poco efficienti. Per quanto riguarda la corruzione amministrativa in Italia si possono osservare due modelli di corruzione coesistenti: a) corruzione con un unico soggetto al quale corrispondere un pagamento, questi quindi si preoccupa di dividerla con altri (questo modello appare più diffuso nell'Italia del Nord); b) corruzione con pagamento a più soggetti, tipicamente si tratta di politici, funzionari pubblici, e criminalità organizzata (questo modello appare più diffuso nel Sud Italia).

2) ***State capture*** **o corruzione legislativa**. Comprende tutti gli atti di uno o più agenti (*lobby*) finalizzati a influenzare il processo di formazione di regole o leggi. Lo *State capture* diventa illegale se il canale attraverso cui agiscono le *lobbies* è tale per cui i gruppi di interesse pagano tangenti al legislatore o attuano dei comportamenti poco trasparenti in modo tale da distorcere la libera concorrenza per lucrare delle rendite economiche (*rent-seeking behaviour*)[3]. La premessa di tale definizione di corruzione è che una parte dell'attività economica dei gruppi d'interesse è distorta o comunque ridistribuita verso attività di *rent-seeking* e non verso attività produttive. Si pensi ad esempio al caso in cui lo Stato decida di privatizzare attività o beni, i pagamenti sottobanco al potere politico da parte di gruppi economici possono condizionare in modo critico la scelta dell'acquirente (Rose-Ackerman, 1997).

Una utile distinzione nell'analisi economica riguarda gli elementi che contraddistinguono la corruzione come fenomeno distorsivo e criminale. Infatti, la corruzione richiede l'esistenza di tre elementi: 1) il potere discrezionale nelle mani di qualcuno, ossia il potere di definire le regole e/o il potere di applicarle; 2) la rendita economica associata col potere discrezionale; 3) La disutilità legata all'atto di corruzione, ovvero la probabilità di scoperta del fatto corruttivo e dell'applicazione della pena. I primi due agiscono come incentivi alla corruzione, mentre il terzo come deterrente.

I. Potere discrezionale. Si tratta molto frequentemente di potere discrezionale sull'allocazione delle risorse. Ad esempio la classe politica, scelta dal popolo, ha un potere discrezionale sulle politiche economiche di un territorio e risulta spesso molto difficile valutare se queste politiche siano le migliori o meno. I funzionari pubblici sono delegati anch'essi in ultima istanza dal popolo attraverso nomine politiche, pubblici concorsi, e così via. Le regole, per

[3] È importante notare come originariamente nella tradizione dell'economia del benessere neoclassica si assumevano le scelte di politica economica dei governi come esogene ai mercati. Invece, la politica economica neoclassica moderna considera lo Stato come parzialmente endogeno e le sue scelte riflettono interessi particolari.

definizione, allocano il potere a coloro che devono applicare tali regole, quindi spesso anche i funzionari pubblici hanno potere discrezionale sugli atti amministrativi.

II. Rendite economiche. Più alte sono le rendite economiche, più elevati sono gli incentivi alla corruzione e quindi più elevati possono essere i prezzi di scambio nel mercato della corruzione, cioè le tangenti.

III. Disutilità della corruzione. Coloro che eseguono atti di corruttela devono credere che l'utilità che ottengono da tale atto sia più elevato della disutilità (costo) causata dalle pene associate a tale atto. Ovviamente, la probabilità di essere scoperti, perseguibili e puniti dipende strettamente dai valori e dalla struttura della società in cui gli atti di corruttela si compiono.

2. Evidenza empirica: cause ed effetti della corruzione

Non è sempre possibile discernere le cause dagli effetti della corruzione sui sistemi economici. Ad esempio, vi è una forte correlazione negativa tra PIL pro-capite e graduatoria negli indici di corruzione[4]. Tuttavia, non è sempre possibile individuare il rapporto di causalità tra PIL e corruzione; cioè, non è sempre possibile distinguere se la corruzione produce povertà in un Paese oppure è la povertà stessa che induce fenomeni di corruzione. Si cercano comunque regolarità empiriche, oltre che plausibilità teorica, per determinare i rapporti di causa-effetto. Si osserva ad esempio come gli effetti della corruzione tendano a riverberarsi in tutta l'economia invece che essere confinati nello specifico atto di corruzione. In altre parole, si osserva come la corruzione corrompa e l'ottemperanza alla legge di ciascuno dipende dall'ottemperanza alla legge di tutti. Ad esempio, Andvig and Moene (1990) mostrano come all'aumentare della frazione dei corrotti diminuisce la probabilità di essere scoperti da un collega che risulta disposto a sporgere denuncia o di essere denunciato dalle vittime stesse; pertanto risulta più elevato il costo della scelta di rimanere onesti. Ciò sta a significare che gli stessi vincoli morali di condanna della corruzione tendono ad allentarsi in presenza di corruzione diffusa.

La letteratura economica ad ogni modo distingue varie *cause della corruzione*, tra queste si annoverano:

- l'elevata pressione tributaria;
- l'elevata attività di regolamentazione sui mercati legali e burocratica in genere;
- l'elevata spesa pubblica.

Nei primi due casi si determinano maggiori incentivi per le imprese a spostarsi sui mercati illegali o informali o comunque ad intraprendere transazioni al di fuori del controllo del decisore collettivo. Inoltre, maggiore è il grado di complessità delle leggi e minore la trasparenza procedurale (in altre parole la presenza di procedure burocratiche lunghe e farraginose) più è probabile che si verifichino episodi di corruzione soprattutto se le procedure richiedono contatti con il privato cittadino (Tanzi, 2002). Alcuni studiosi (Rose-Ackerman, 1978; Schleifer and Vishny, 1999; Bardhan, 1997) hanno osservato come l'estensione indiscriminata della burocrazia o dei vincoli alla concorrenza sia una strategia deliberata da parte degli amministratori pubblici per accrescere la disponibilità a pagare da parte dei clienti della pubblica amministrazione (imprese e cittadini). Ciò riuscirebbe anche a spiegare la resistenza mostrata dai burocrati a proposito delle riforme del settore pubblico. Per quanto riguarda il terzo punto, alcuni studi (ad esempio Tanzi, 2002) argomentano che un ampio coinvolgimento dello Stato nell'attività economica produce alti livelli di corruzione. L'argomento di base è che più il governo interviene

[4] Vedi ad esempio il *Corruption Index Perception* in http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009.

nell'economia, più è probabile che ci sia spazio per la discrezionalità nell'interpretazione delle regole e nella allocazione delle risorse. Tuttavia, queste argomentazioni sono in contraddizione con i bassi tassi di corruzione presenti in Paesi con elevata spesa pubblica come l'Olanda, il Canada, e i Paesi scandinavi. Inoltre, sembra che la corruzione sia cresciuta in Paesi come la Cina, la Russia o la Tanzania che hanno attraversato ampi processi di liberalizzazione. Infatti, in questi ultimi casi, lo scopo delle liberalizzazioni è quello di ridurre l'intervento dello Stato nell'economia, ma il processo di liberalizzazione richiede un intervento statale comunque elevato, con un ampio potere discrezionale nelle mani di pochi. Ciò allora porterebbe ad un aumento delle opportunità per la corruzione (Weyland, 1998). Quindi è molto probabile che non sia la dimensione del settore pubblico a causare la corruzione bensì come il settore pubblico funzioni.

- Lo sviluppo economico (questo punto si collega ai tre precedenti) porta l'aumento dell'attività di delega dello Stato nei confronti dei vari agenti della pubblica amministrazione e la produzione di beni e servizi per conto dello Stato da parte di terzi. Ci si aspetta quindi che aumentino di pari passo i fenomeni di corruzione.
- Gli investimenti in azioni di deterrenza verso la criminalità organizzata.
  Questi possono avere un effetto destabilizzante sui monopoli locali delle organizzazioni criminali esistenti, diminuendo le barriere all'entrata di organizzazioni rivali e aumentando così gli investimenti in violenza e corruzione da parte di tutte le organizzazioni coinvolte. Più le politiche di deterrenza sono incisive più incentivano investimenti in corruzione e manipolazione degli apparati stessi di deterrenza. Si pensa ad esempio che la vasta inchiesta giudiziaria di tangentopoli abbia contribuito alla "evoluzione della specie", inducendo l'affinamento delle tecniche corruttive (Davigo, 2003).
- Il basso livello salariale dei funzionari pubblici (Klitgaard, 1988; Besley e McLaren, 1993; Chand e Moene, 1997; Mookherjee e Png, 1995; Rijckeghem e Weder, 2001).
  A parità di qualità morali dei cittadini si può riscontrare l'esistenza di una correlazione negativa tra livello dei salari degli agenti e grado di corruzione. In un campione di 28 Paesi, Rijckeghem e Weder (*ibid.*) hanno testato l'ipotesi che i funzionari pubblici mal pagati integrino il proprio salario attraverso le tangenti, mentre alti salari implicherebbero alti costi nel caso della scoperta e punizione del comportamento fraudolento e quindi un tasso di corruzione più basso. Si è trovata una significativa influenza negativa dei bassi salari relativamente ai salari del settore manifatturiero sulla corruzione. Tuttavia, la leva salariale dovrebbe essere utilizzata in maniera significativa per poter avere degli effetti positivi sul grado di corruzione, quindi, contrastare la corruzione semplicemente con aumenti dei salari dei funzionari pubblici sarebbe estremamente dispendioso se non combinato con altre misure.
- Barriere al commercio naturali e/o politiche, ridotto livello di concorrenza, politiche antitrust inesistenti o inefficaci (Bliss e Di Tella, 1997).

Per quanto concerne gli *effetti economici della corruzione*, possiamo distinguere effetti ovviamente negativi, ma anche effetti positivi. Alcuni studiosi (Leff, 1964; Huntington 1968; Leys, 1970; Bardhan, 1997) hanno infatti sostenuto teoricamente che la corruzione produce anche dei benefici sui sistemi economici, specialmente su quelli in via di sviluppo. In particolare si pensa che la corruzione vada ad "oliare gli ingranaggi" attraverso la promozione della crescita di una borghesia economica e il superamento delle lentezze di una burocrazia inefficiente. Un esempio di questo ultimo caso si ha quando gli agenti economici, al fine di facilitare le proprie pratiche burocratiche, pagano le tangenti in base al loro costo opportunità, ciò garantirebbe un'allocazione più efficiente delle risorse burocratiche (Lui, 1985). Anche nelle economie più evolute alcuni studiosi hanno sostenuto che la corruzione porterebbe alcuni benefici come ad

esempio permettere di raggiungere gli obiettivi che il pianificatore si prefigge oppure garantire lo *speed money*, ovvero accelerare e fluidificare i circuiti finanziari e monetari.

In generale, quindi, tutti questi argomenti si basano sulla considerazione che i costi economici di una regolamentazione pubblica estesa possano essere ridotti o evitati attraverso la corruzione. Tuttavia, vi sono studi empirici che confutano queste argomentazioni. Kaufmann e Wei (1999) hanno esaminato la relazione che intercorre tra tangenti, tempo perso da parte del *management* in pratiche burocratiche e costo del capitale. Contrariamente a quanto affermato dai fautori degli effetti positivi della corruzione si riscontra che le aziende che pagano più tangenti sono quelle che perdono più tempo in pratiche burocratiche a causa della negoziazione con i pubblici funzionari, nonché affrontano un costo del capitale più elevato. Come osservato da Ades e Di Tella (1997) la corruzione agisce principalmente come "sabbia negli ingranaggi".

Gli effetti economici negativi che produce la corruzione sono molteplici. Ad esempio:

- l'alterazione del funzionamento dei prezzi sul sistema dei mercati, ostacolando il libero esplicarsi della concorrenza;
- l'alterazione del mercato dell'offerta di lavoro attraverso il reclutamento di risorse umane non idonee. Questo produce effetti distorsivi oltre che sulla produttività in genere anche sugli investimenti in istruzione da parte della popolazione, così come riscontrato da Mauro (1997) e da Gupta *et al.* (2002). Il capitale umano, infatti, tende ad allocarsi verso attività di *rent-seeking* e non su quelle produttive;
- la chiusura di imprese sane;
- l'inibizione dell'avvio e dello sviluppo di nuove attività, in quanto le imprese corrotte pongono delle barriere all'entrata di nuove imprese sfruttando le loro consolidate relazioni con i burocrati e politici corrotti;
- la crescita dell'economia informale (Johnson, Kaufmann, e Zoido-Lobatòn, 1998). Questo punto si lega alle cause della corruzione quali l'elevato fardello fiscale e l'elevata regolamentazione dei mercati legali;
- l'inquinamento degli appalti pubblici e quindi l'inefficacia della spesa pubblica. Infatti una burocrazia corrotta non garantirà all'impresa più efficiente la vendita di beni e servizi alla pubblica amministrazione (Rose-Ackerman, 1997);
- la distorsione dell'allocazione delle risorse finanziarie sia private sia pubbliche. Ad esempio, non essendo stimolata la competitività dell'impresa, i profitti assicurati dalla corruzione non diventano fonte di nuovi investimenti produttivi bensì vengono investiti in ulteriori attività di *rent-seeking* (Krueger, 1974; Bhagwati, 1982). Mauro (1995), ad esempio, mostra come i Paesi con i tassi di corruzione più elevati sono quelli con i tassi di investimento privati più bassi rispetto al PIL. Wei (1997) mostra anche come i Paesi con i tassi di corruzione più elevati attraggano pochi investimenti diretti stranieri. Un decisore politico corrotto devia le risorse pubbliche verso quelle attività più congeniali a più alta rendita da corruzione in quanto alcune attività si prestano maggiormente alla corruzione di altre (Mauro, 1997; Tanzi e Davoodi, 1997). Ad esempio, è stata riscontrata una distorsione in favore dei progetti di costruzione ad alta spesa e di larga scala (cioè le cosiddette cattedrali nel deserto) invece che nei progetti con un alto ritorno di valore, come gli investimenti in ricerca, innovazione e istruzione, oppure progetti decentralizzati di piccola scala (Tanzi e Davoodi, 1997);
- crescita incontrollata della spesa pubblica (Tanzi e Davoodi, 1997);
- alterazione degli incentivi per gli imprenditori. Questi impiegano il proprio tempo nelle attività dove vi è maggiore certezza di risultato e maggiore rendita economica quindi investono in pratiche corruttive e di *rent-seeking* invece che nelle attività tipiche che li contraddistinguono (Murphy *et al.*, 1991);

- redistribuzione reddituale verso soggetti non meritevoli e verso la popolazione più abbiente. Gupta *et al.* (1998) mostrano come elevati livelli di corruzione sono associati ad elevate disuguaglianze reddituali, dimostrando che la corruzione causa sia povertà che distribuzione diseguale.

Per quanto riguarda i *settori economici* che subiscono una maggiore diffusione del fenomeno corruttivo quelli che appaiono più sensibili sono i settori in cui sono coinvolti ingenti capitali e/o dove l'intervento dello Stato può condizionare significativamente l'operare degli agenti. Si pensi ad esempio ai lavori pubblici e alle costruzioni, alle armi e alla difesa, ai prodotti energetici e alle telecomunicazioni, all'industria farmaceutica e alla sanità.

3. Teoria principale-agente e corruzione

Il contributo seminale nella teoria microeconomica del crimine si deve a Becker (1968). Secondo Becker il comportamento di un qualsiasi criminale è uguale a quello di un agente economico razionale che ha una sua propensione o avversione al rischio a partecipare ad un'attività illegale e decide di violare una norma se il costo che si attende da questa violazione è inferiore al beneficio al quale può pervenire commettendo il reato. La corruzione viene disincentivata quanto *a)* maggiore è la probabilità di essere scoperti e puniti e quanto *b)* maggiore è la severità della punizione. Queste due componenti rappresentano il costo atteso nel compiere un atto criminale a cui si aggiunge un costo meramente psicologico e un costo opportunità di utilizzare il suo tempo e le sue risorse in maniera alternativa, in altre parole dedicandosi all'attività legale. Tuttavia, il comportamento criminale non è influenzato da un'alta probabilità di essere scoperti quando la pena è insignificante e, viceversa, quando la sanzione è grave ma la probabilità di essere scoperti è pressoché nulla.

Nell'ambito dell'analisi economica della corruzione, questo contributo analitico si collega a un altro filone teorico, tracciato nel solco della teoria dei contratti ed in particolare del cosiddetto modello del principale-agente. Per meglio comprendere questo argomento si può partire dalla constatazione che le società moderne sono caratterizzate dall'esistenza di gerarchie molto strutturate che hanno prodotto un processo di crescita dei rapporti di delega per il soddisfacimento di bisogni individuali e collettivi. Tali rapporti sorgono con la divisione del lavoro e con lo scambio. Il rapporto di delega primario è quello in cui i cittadini delegano i poteri dello Stato ad altri cittadini affinché perseguano il bene della collettività. Nella pubblica amministrazione, ad esempio, esistono svariati rapporti di delega tra superiori e subordinati.

Purtroppo in tutti i rapporti di delega possono sorgere casi di opportunismo, in particolare il delegante (il Principale) può ricevere dei danni dai comportamenti opportunistici del delegato (l'Agente), il quale sfrutta un vantaggio informativo rispetto al delegante per i propri fini, i quali spesso sono in contrasto con i fini del delegante. L'asimmetria informativa tra Principale e Agente può venire meno se vale almeno una delle seguenti tre condizioni: 1) il livello di controllo e l'eventuale sanzione sono tali per cui non esiste più un vantaggio informativo da parte dell'Agente; 2) i fini del Principale e dell'Agente coincidono; 3) il grado di moralità dell'Agente è tale per cui egli non sfrutta il vantaggio informativo e quindi non adotta comportamenti opportunistici. In quest'ultimo caso, seguendo l'argomentazione di Becker, l'Agente economico razionale non è dotato di moralità ma di un elevato costo psicologico nel compiere un atto delittuoso e pertanto esprime solamente una scelta di carattere economico tra benefici e costi attesi.

Nel caso particolare della corruzione l'Agente assume per conto del Principale decisioni di carattere economico a cui è direttamente interessato un Terzo soggetto (Klitgaard, 1988). Si può

pensare che il Principale affidi all'Agente la possibilità di pagare un premio solo a coloro i quali soddisfino certi requisiti e ciò a vantaggio del principale stesso. Si tratterebbe quindi di un rapporto Principale-Agente-Cliente. Il vantaggio informativo dell'Agente risiede nel fatto che il principale non conosce o non può conoscere senza un costo molto elevato il grado di moralità dell'Agente nel perseguire gli interessi del Principale. Inoltre, il Principale non conosce o non può conoscere se non con un costo molto elevato il reale comportamento dell'Agente nell'assegnare il premio al Terzo, cioè se ha seguito la procedura e conseguentemente l'interesse del Principale. L'Agente ha quindi potere discrezionale e talvolta di monopolio che utilizza per il *rent-seeking*, cioè per perseguire il proprio interesse personale che risulta pertanto in contrasto con quello del Principale[5]. Più alto è il potere discrezionale e di monopolio maggiore è la rendita che può ottenere dal comportamento sleale. Esistono quindi due livelli di asimmetria:

- il primo livello di asimmetria riguarda la conoscenza delle caratteristiche personali degli agenti, ed è un problema in genere pre-contrattuale e si definisce *adverse selection*;
- il secondo livello di asimmetria riguarda le azioni degli Agenti una volta che operano per conto del Principale, si tratta di un problema post-contrattuale e si definisce *moral hazard*.

La tangente non è altro che il danaro versato da uno dei Terzi e intascato dall'Agente per uso personale al fine di assegnare al primo un premio non dovuto. Ciò risulta in contrasto con le regole fissate nel contratto di delega dal Principale. Ad esempio, un'impresa inefficiente (Terzo) paga una tangente ad un funzionario pubblico (Agente) allo scopo di ottenere un appalto, in netto contrasto con gli interessi della pubblica amministrazione (Principale) e quindi in violazione del rapporto di delega tra Principale e Agente. Oppure un cittadino o un'impresa (Terzo) che paga all'ispettore fiscale (Agente) una tangente per non pagare le tasse che favoriscono invece la collettività attraverso la riscossione dei tributi operata dal governo (Principale). Come si può notare da questi esempi il comportamento opportunistico dell'Agente produce una redistribuzione delle risorse: il Principale vede peggiorare la propria situazione rispetto alla situazione ideale, al contrario dell'Agente. Anche in termini di benessere collettivo, difficilmente si può argomentare che i vantaggi dell'Agente e del Terzo corrotto/corruttore più che compensino gli svantaggi della pubblica amministrazione (e quindi della collettività) e dei Terzi danneggiati.

Un altro filone dell'analisi economica che si è occupata di corruzione è la teoria dei giochi, che vede le azioni degli agenti coinvolti frutto di un'interazione strategica. Infatti, poiché il fenomeno della corruzione può essere inscritto nella dimensione dello scambio, il costo di tale scambio dipende da due fattori di rischio: 1) rischio delle sanzioni penali, che dipende a sua volta dal livello di impegno delle forze dell'ordine e dell'efficacia giurisdizionale; 2) rischio che la controparte non rispetti l'accordo illecito. Concentriamoci sul secondo tipo di rischio. Si può raggiungere un equilibrio di corruzione quando vi è la possibilità di punire chi defeziona (cioè chi non rispetta gli accordi illeciti), ad esempio escludendolo dagli scambi successivi, emarginando e ostacolando il deviante nella carriera e negli affari futuri. Il vantaggio di breve periodo di una defezione viene superato dalle ripercussioni negative attese. Questo schema cooperativo sopravvive. La teoria dei giochi evolutivi ci dice infatti che se un piccolo gruppo coopera nei meccanismi di corruzione nel tempo, il comportamento illecito si estende anche al resto della popolazione.

---

[5] La stessa argomentazione è ripresa dalla scuola di *Public Choice* (Tullock, 1996): gli Agenti sono portatori di propri interessi personali che, qualora in contrapposizione con gli interessi della collettività, possono dar luogo a un conflitto di interessi. Si pensi anche ad un esempio di principale-agente nel mercato del lavoro e nell'indubbia contrapposizione di interessi tra datore di lavoro e lavoratore ovvero tra elevata *performance* ed elevato sforzo.

4. Strumenti di contrasto alla corruzione secondo la teoria economica

Seguendo lo schema del modello Principale-Agente i problemi che affronta il Principale sono di due ordini, ciascuno con proprie soluzioni:

1. come selezionare gli Agenti che sono dotati di più alta moralità, ovvero come risolvere il problema di *Adverse Selection*;
2. come disegnare degli schemi contrattuali che fanno scegliere agli Agenti il comportamento onesto invece che quello disonesto, ovvero come risolvere il problema del *Moral Hazard*.

Soluzione dell'*adverse selection*. Per risolvere il problema dell'*adverse selection* si dovrebbero 1) selezionare gli Agenti caratterizzati da migliori virtù morali oppure 2) accrescere il grado di moralità dell'intera popolazione da cui si selezionano gli Agenti.

1) La selezione degli agenti con virtù morali migliori *a)* presuppone che le virtù morali siano distribuite in modo non uniforme nella popolazione; *b)* deve inoltre essere agevole individuare coloro che dispongono di tali virtù. Purtroppo le virtù morali non sono facilmente osservabili e comunque non rimangono costanti nel tempo, esistono tuttavia segnali indiretti della moralità degli individui.

- C'è chi pensa che la ricchezza individuale sia un segnale positivo della moralità degli individui, in quanto il soggetto non avrebbe incentivo a corrompere o essere corrotto a causa dell'utilità marginale decrescente del reddito. Tuttavia è più che smentita l'ipotesi secondo cui esiste una relazione inversa tra ricchezza e corruzione. La ricchezza individuale è infatti un segnale molto imperfetto e bisognerebbe conoscere anche la funzione di utilità degli agenti e non solo la loro ricchezza individuale.
- La disponibilità a svolgere i propri compiti gratuitamente si potrebbe considerare un segnale, ma anche questo lascia non pochi dubbi.
- La storia passata del potenziale Agente può considerarsi un altro segnale, ma può essere inefficace in quanto la storia stessa può essere soggetta a carenze informative.

Conseguentemente, bisognerebbe considerare una pluralità di segnali, pesandoli attentamente. Si pensi alla selezione del personale politico. Il corpo elettorale (Principale) spesso ha una facoltà di selezione limitata in quanto una parte dei candidati alle elezioni, talvolta in numero consistente, è selezionata dai politici stessi (Agenti). Ciò conferisce un ulteriore margine di potere (oltre quello informativo) all'Agente[6]. Per questo motivo in Italia si invocano sempre più le elezioni primarie. La selezione avversa quindi si estrinseca nel fatto che solo i peggiori (con virtù morali basse) si propongono per la selezione: coloro che hanno alte doti morali rifiutano ad esempio incarichi politici. Quindi i peggiori vanno ad occupare i posti che dovrebbero essere dei migliori.

2) Accrescere le virtù morali della popolazione significa in termini microeconomici che per tutti deve risultare più penoso in senso psicologico intascare tangenti, o in senso più generale, non rispettare le regole. Ciò dipende dal basso valore attribuito ai diritti degli altri relativamente ai propri interessi, e dalla scarsa percezione del valore sociale delle regole. Per agire nel senso di una diffusione delle virtù morali della popolazione vi sono tre strumenti fondamentali: (*a*) l'educazione civica; (*b*) l'affrancamento dai bisogni; (*c*) il controllo e la punizione riabilitativa. In genere bisogna offrire incentivi all'attività dei produttori di moralità (giustizia, scuola e università, famiglia, associazionismo), ma parimenti bisogna disincentivare i produttori di immoralità

[6] I politici sono liberi di imporre un alto tasso di regolamentazione economica senza correre grossi rischi di essere rimossi dall'incarico.

attraverso la normativa penale e amministrativa, gli investimenti sulle forze dell'ordine e sul sistema giudiziario e detentivo.

Soluzione del *Moral Hazard*. Il Principale ha due opzioni: la carota e il bastone.

Dare la carota significa fornire degli incentivi che producano autonomamente dei comportamenti onesti da parte degli Agenti, ciò avviene attraverso l'allineamento degli interessi dell'Agente a quelli del Principale. Dare il bastone invece significa aumentare la disutilità attesa della sanzione, ciò avviene attraverso l'aumento (*i*) della probabilità di scoprire comportamenti opportunistici, quindi disonesti, (*ii*) della probabilità di andare incontro ad una sanzione, e (*iii*) della severità della sanzione. Analizziamo come fare leva su questi ultimi tre aspetti.

i. Al crescere della probabilità di essere scoperti, aumenta il costo opportunità di compiere atti illeciti. Infatti, quando il rischio di essere scoperti aumenta, il beneficio che si dovrebbe ottenere dall'atto di corruzione dovrebbe aumentare corrispondentemente per motivare il compimento dell'atto illecito (Rose-Ackerman, 1997). Talvolta quindi il costo opportunità del compiere la transazione illecita è troppo alta, e questa non viene compiuta. Per far crescere la probabilità di essere scoperti bisogna aumentare il monitoraggio oppure la contrapposizione di interessi tra corrotto e corruttore[7]. Il monitoraggio ha a sua volta degli elementi negativi come la eventuale bassa *performance* del controllore oppure la stessa collusione tra controllore e controllato. Anche questi aspetti di azzardo morale possono essere risolti con degli schemi di remunerazione che premiano la scoperta del fatto criminoso; ad esempio, il sistema di remunerazione dei controllori dovrebbe prevedere dei bonus legati al numero di casi riportati[8].

ii. La probabilità di applicazione della sanzione dipende da quattro azioni. Ciascuna di queste azioni ha una probabilità di essere compiuta e le probabilità si moltiplicano per determinare una probabilità composta:

1) avvio delle indagini, cioè denuncia e attivazione del processo inquirente (dipende dal livello dei costi, psicologici e monetari, che deve sopportare chi intende denunciare il fatto criminoso) oppure attivazione dell'attività investigativa senza denunciante;
2) scrupolosità ed efficacia con cui vengono condotte le indagini (dipende dalle risorse a disposizione delle forze dell'ordine e della compagine inquirente nonché dalla loro moralità);
3) possibilità di dimostrare l'effettiva violazione della norma (dipende anche dal soggetto su cui ricade l'onere della prova, ad esempio è rilevante se il possessore di ingenti patrimoni sia chiamato a dimostrarne la provenienza);
4) corrispondenza tra sanzione erogata e sanzione effettivamente scontata (dipende dalla concessione di condoni, sconti di pena, prescrizioni, ecc.).

[7] Un modo per realizzare una contrapposizione di interessi fra corrotto e corruttore potrebbe consistere nell'assicurare l'impunità penale e civile a quella delle due parti che per prima denuncia l'illecito. Questa soluzione dovrebbe rendere più difficili gli accordi collusivi e renderli meno stabili. Davigo (2003) osserva come lo Stato di New York abbia ridotto il fenomeno della corruzione creando un mercato di interessi contrario alla corruzione; chiunque ricevesse un danno dall'attività del *racket* o di corruzione ha diritto ad un risarcimento non inferiore al triplo del danno realmente patito. Risarcimento che risulta a carico del corruttore. Inoltre, è stato costituito un collegamento tra i vertici delle imprese e quelle delle pubbliche amministrazioni, in modo tale che il funzionario infedele venisse immediatamente segnalato, senza esporre al rischio di ritorsioni il singolo impiegato dell'azienda o la singola impresa.

[8] Se la tangente potenzialmente denunciabile è elevata vi è il rischio comunque di collusione tra controllato (criminale) e controllore. In questo caso si potrebbe individuare un sistema ulteriore di incentivo che premia la denuncia del caso di tentata collusione da parte del controllato con un premio paragonabile alla quota di tangente eventualmente promessa dal controllato al controllore.

iii. Per aumentare la severità della sanzione bisogna perseguire i licenziamenti, le condanne penali, le confische dei redditi acquisiti illecitamente, oppure ancora nel caso di politici ridurre le chance di essere rieletti[9].

Quindi il Principale influenza i comportamenti degli agenti modificando il rischio e i costi dei comportamenti corruttivi. Un altro strumento che può aumentare la disutilità attesa della sanzione consiste nell'aumentare i salari in modo tale da aumentare il costo opportunità di essere sanzionati (salari di efficienza)[10]. Tuttavia, sia il bastone che la carota hanno un costo, talvolta notevole. I costi marginali di estirpazione del fenomeno sono in genere crescenti, quindi in economia è considerato socialmente ottimo non estirpare del tutto il fenomeno (come nel caso dell'inquinamento).

Si può infine agire a monte dei problemi di *adverse selection* e *moral hazard*, minimizzando le opportunità che si verifichino atti di corruzione attraverso una riduzione delle possibilità di transazione che sfociano potenzialmente in un atto di corruzione. Ciò può avvenire attraverso:

a)la riduzione del potere discrezionale dell'agente per mezzo ad esempio dell'imposizione di termini temporali rigorosi entro i quali deve svolgersi l'attività dell'agente;

b) l'introduzione di forme di competizione che mitigano il monopolio in cui spesso si trovano ad operare molti Agenti (della pubblica amministrazione), attraverso ad esempio una competizione tra burocrazie che permetta ai clienti di ottenere gli stessi servizi da più di una organizzazione (Schleifer and Vishny, 1993);

c) l'introduzione di forme di deregolamentazione e di privatizzazione dell'acquisto di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione;

d) la semplificazione fiscale.

5. Conclusioni

Lo studio del fenomeno della corruzione è generalmente considerato ad appannaggio della teoria del diritto o altrimenti della criminologia. Come si evince da questo saggio, la teoria economica tuttavia può offrire sia un paradigma interpretativo di tale fenomeno che si basa su una struttura analitica tipica della teoria economica, sia un'analisi empirica con gli strumenti tipi dell'econometria. Per quanto riguarda il contributo empirico, a volte i nessi di causalità sfuggono alle stime proposte, si osservano comunque delle regolarità che vale la pena segnalare. Tra le cause della corruzione emergono l'elevata pressione tributaria, l'elevata attività di regolamentazione, l'elevata spesa pubblica, ma anche allo sviluppo economico e ad un basso livello salariale dei burocrati si possono accompagnare fenomeni più o meno diffusi di corruzione. L'analisi economica distingue gli ovvi effetti negativi della corruzione, in quanto distorce il sistema dei prezzi e dell'allocazione delle risorse finanziarie e umane, dagli effetti positivi che ascrivono alla corruzione la capacità di "oliare gli ingranaggi" altrimenti bloccati. Su quest'ultimo punto non vi è ancora consenso unanime nella comunità scientifica. Per quanto riguarda la sistematizzazione teorica, abbiamo constatato come l'analisi seminale di Becker (1968) e il modello principale-agente costituiscano le basi per comprendere il *set* informativo dei vari soggetti coinvolti (Principale, Agente, Terzi) e la direzione degli incentivi e le loro distorsioni. In questa ottica, la corruzione esiste a causa di due livelli di asimmetria tra Principale e Agente: l'*adverse selection* e il *moral hazard*. Le soluzioni che la teoria economica offre a tali problemi sono

[9] Si vedano Jain (1987 e 1993), Kurer (1993), Johnston (1997), Rose-Ackermann (1999).

[10] In tal modo si aumenta il livello della tangente richiesta dall'Agente per operare un atto corruttivo e quindi si scoraggia allo stesso tempo il Terzo che vuole corrompere l'Agente in quanto deve pagare di più.

molteplici, in particolare si tratta di selezionare gli agenti con le virtù morali migliori, accrescere l'etica degli individui, aumentare la probabilità di scoprire comportamenti opportunistici e la probabilità di andare incontro ad una sanzione, ed infine agire sulla severità della sanzione.

II. CORRUZIONE PUBBLICA E PRIVATA: ADEGUAMENTO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO ALLA DISCIPLINA INTERNAZIONALE ED EUROPEA DI CONTRASTO.

di Dino Rinoldi*

Sommario: 6. Corruzione nel mondo "globalizzato" fra costumi, diritto e istituzioni. Un'introduzione: la stretta connessione fra piani nazionale e internazionale.- 7. Malebolge: condotte di corruzione (*incagant iuri, mostrantque culamina legi*). A) Qualche (sintetico) cenno definitorio. B) Casi. C) Indici.- 8. Strumenti di contrasto alla corruzione, italiani e internazionali.- 9. Questioni di carattere generale in materia di adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina pattizia internazionale.- 9.1. Provvedimenti *ad hoc* e riforme di carattere generale.- 9.2. Rilevanza della corruzione interna nella disciplina pattizia.- 9.3. Sintonie e distonie fra norme internazionali e disciplina nazionale di adattamento.- 9.4. Interpretazione conforme del diritto interno al diritto internazionale.- 9.5. Principio di specialità e prevalenza interna del diritto pattizio.- 9.6. Attività interpretativa della Corte di giustizia del Lussemburgo e norme costituzionali sull'osservanza del diritto pattizio e in particolare degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea.

6. Corruzione nel mondo "globalizzato" fra costumi, diritto e istituzioni. Un'introduzione: la stretta connessione fra piani nazionale e internazionale

Funzionale allo sviluppo dei popoli è fra l'altro – sul piano sia interno ai singoli Stati sia internazionale, l'uno prolungamento dell'altro – il contrasto alla corruzione, condotta che ostacola il ricambio delle classi dirigenti, frena lo sviluppo economico-sociale, impedisce il pluralismo e dunque in definitiva la stessa evoluzione democratica della società.

Esempio di quest'attività di contrasto proprio in materia di sviluppo dei popoli è l'accordo di partenariato stipulato nel 2000 dalla Comunità europea e dai suoi Paesi membri con un ampio gruppo di Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico[11]. Vi si dispone una «cooperazione (…) orientata verso uno sviluppo durevole incentrato sull'essere umano, che ne è il protagonista e beneficiario principale; un siffatto sviluppo presuppone il rispetto e la promozione di tutti i diritti dell'uomo»[12]. Infatti «Il rispetto *dei diritti dell'uomo* e delle *libertà fondamentali*, compreso il rispetto dei *diritti sociali* fondamentali, la *democrazia* fondata sullo *Stato di diritto* e un sistema di *governo*

* Il presente scritto riproduce parzialmente e aggiorna quello pubblicato dallo stesso autore nel Quaderno n.32 dell'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e borsa – Università Cattolica S.C. (A.S.S.B.B.- U.C.S.C.), dal titolo *Corruzione pubblica e privata, unità del mondo, società liquida*, Milano, 2009.

11 Si tratta della Convenzione di Cotonou, succeduta alle varie modifiche della Convenzione di Lomé (e, prima, di Yaoundé): v. decisione del Consiglio dell'Unione europea del 21 giugno 2005 sul primo rinnovo dell'accordo firmato nella capitale del Benin (*GUUE* L n. 209 dell'11 agosto 2005).

12 Art. 9.1, co.1, Conv.

trasparente e responsabile sono parte integrante di uno sviluppo durevole»[13]. Proprio «il rispetto dei diritti dell'uomo, i princìpi della democrazia e lo Stato di diritto, sui quali si fonda il partenariato (…), ispirano le politiche interne e internazionali delle parti», costituendo «gli *elementi essenziali*» dell'accordo[14].

Intrinsecamente connesso a tali elementi[15] è il *buon governo*, che la Convenzione definisce come «la gestione trasparente e responsabile delle risorse umane, naturali, economiche e finanziarie ai fini di uno sviluppo equo e duraturo. Esso comporta *procedure decisionali chiare* da parte delle pubbliche autorità; *istituzioni trasparenti* e soggette all'*obbligo di rendere conto*; il *primato del diritto* nella gestione e nella distribuzione delle risorse e il potenziamento delle capacità per elaborare e attuare *misure volte in particolare a prevenire e combattere la corruzione*»[16]. Il principio del buon governo deve «ispira[re] le politiche nazionali e internazionali delle parti e costituisce un *elemento fondamentale* del presente accordo», elemento che in particolare deve intendersi violato in presenza di «*gravi casi di corruzione*, attiva e passiva»[17], con la conseguenza dell'avvio di un'apposita «procedura di consultazione» e l'adozione eventuale di «misure appropriate» *ex* art. 97 della Convenzione, incombendo comunque «principalmente alla parte presso la quale si sono verificati i casi di corruzione gravi prendere le misure necessarie per rimediare immediatamente alla situazione». Resta come «ultima risorsa» la sospensione dell'accordo dopo che si siano privilegiate quelle risorse che invece ne pregiudicano meno l'applicazione[18].

Beninteso, il contrasto a siffatti casi di corruzione operato dalla Convenzione in questione non può solo essere considerato il frutto di una sorta di "esportazione pacifica" di princìpi, come quello del buon governo, saldamente affermati in Paesi industrializzati e più "progrediti" nello sviluppo dei loro popoli. Anzi, la difesa di quei princìpi, compreso il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dello Stato di diritto e della democrazia, va anzitutto condotta nella "trincea avanzata" degli Stati più "sviluppati" ed economicamente attrezzati; ciò proprio per evitare ricadute, in un mondo che si suole definire globalizzato, capaci di travolgere un movimento germinale che benché non sempre robusto pure si va affermando in gran copia di Paesi. E così dall'anzidetta trincea gli Stati impegnati in specie nella costruzione dell'integrazione europea si preoccupano, con strumenti come la Convenzione sopra ricordata, di «ridurre (…) il numero di persone che vivono in condizioni di estrema povertà» prestando estrema attenzione ai «diritti fondamentali dei lavoratori» e a princìpi irrinunciabili nelle «sfide della globalizzazione», per conferire a tale processo «una più forte dimensione sociale» in «un contesto politico in grado di garantire la pace, la sicurezza e la stabilità» e «l'attuazione di politiche economiche sane e sostenibili»[19]. Essi devono preoccuparsi altresì, a casa propria, non solo di reprimere pratiche corruttive evidenziate in quanti tra loro, com'è recentemente avvenuto per la Bulgaria, siano di recente democrazia politicamente organizzata secondo princìpi cosiddetti "occidentali"[20], ma anche di cercare risposte a condotte dello stesso stampo che continuano a perpetrarsi – verrebbe da dire *ab immemorabili*, altro che "a memoria d'uomo"! – dove da più tempo quei princìpi avrebbero dovuto rendere maggiormente avvezzi a comportamenti consoni al "buon governo",

---

[13] *Ibid.*, art. 9.1, co. 2 (corsivo aggiunto).
[14] *Ibid.*, art. 9.1, co. 4.
[15] Sulla rilevanza giuridica internazionale così della clausola "elemento essenziale" come della clausola (su cui subito *infra*) "elemento fondamentale" si consenta il rinvio al nostro *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2005 (ristampa 2008), in fine cap. 1.
[16] Art. 9.3, co. 1, Conv.
[17] *Ibid.*, art. 9.3, co. 2 (corsivo aggiunto).
[18] Art. 97.3.
[19] Così il preambolo dell'Accordo.
[20] La Commissione europea ha sospeso nell'estate 2008 e annullato nel novembre successivo l'erogazione di alcuni finanziamenti comunitari alla Bulgaria, entrata nell'Unione nel 2007, per il rischio «di vedere ingenti somme deviate» giacché «la lotta alla corruzione di alto livello e alla criminalità organizzata non ha prodotto risultati»; ha inoltre richiamato la Romania, la cui adesione risale alla stessa data, per i ritardi «nel potenziamento dell'apparato giudiziario» e perché «in tutti i partiti politici (…) mancherebbe la volontà di estirpare la corruzione di alto livello» (notizie in *Corriere della Sera* del 24 luglio 2008, p. 15, e ne *L'Espresso* dell'11 dicembre 2008, p. 98 ss.).

compreso dunque eventualmente un soltanto episodico e non ben radicato affermarsi della corruzione.

In Italia ad esempio è ancora inascoltato il richiamo (accorato o scorato?) del Presidente della Repubblica – richiamo per giunta espresso reiteratamente nella propria città natale – al fatto «assolutamente indispensabile che cambino i comportamenti di tutti i soggetti, pubblici e privati, che condizionano negativamente il migliore uso delle risorse disponibili», censurandosi il peso delle «intermediazioni improprie, che possono ricondursi a forme di corruzione e clientelismo, interferenze e manipolazioni (…) e che si traducono in crescita dell'economia illegale», mettendo in discussione «l'efficienza delle amministrazioni pubbliche e l'impegno a elevare il grado complessivo di coscienza civica»[21].

Piani interni e internazionale sono dunque strettamente intersecati; ma certo è decisiva, per apprezzare le caratteristiche complessive dell'azione di contrasto, la valutazione anzitutto delle attività svolte in quest'ultima dimensione, dove a proposito della recente e consistente cooperazione intergovernativa universale in materia ad opera delle Nazioni Unite si è arrivati a parlare di nuova «way of life»[22]. Certo sarebbe sbagliato interpretare gli strumenti qui messi in campo[23] come semplicisticamente partecipi di un'opera di moralizzazione[24], ché anzi l'obiettivo è quello dell'affermazione di regole di buon funzionamento dell'economia e di efficienza di istituzioni, mercato compreso, legittimate dal principio di trasparenza. Anche ammettendo che «il progresso tecnico e il perfezionamento morale dell'uomo si distanzino sempre più profondamente»[25], abbiamo il compito di non rinunciare alla comprensione degli attuali fenomeni di trasformazione sociale e quindi di cercare di governarli, con la difficoltà radicale che come sono sempre più accelerati i tempi dei cambiamenti, con l'individuo spesso solo di fronte allo scorrere del mondo globale verso un'unità imprevedibile che rompe perimetri e legami tradizionali, così la "società liquida" – per dirlo con Zygmunt Bauman[26] – è alla ricerca spasmodica di spazi (corpi solidi) in cui aggregarsi e a cui ancorarsi, dove la cittadinanza si radichi senza ritorni alla sudditanza.

Strettamente intersecati risultano pure piano pubblico e piano privato, doveri degli Stati (nell'interesse della comunità segnata da ciascun ordinamento giuridico nazionale)[27] e impegno dei privati (persone fisiche come persone giuridiche e in generale enti, associazioni, ecc.). Con riguardo sia all'ambito privatistico sia a quello pubblicistico si può constatare l'incidenza della cooperazione, da una parte, fra diritti nazionali (col relativo loro dispiegarsi interno tra dimensione locale, regionale nonché centrale) e, da un'altra parte, organizzazione regionale-continentale (come quella di integrazione europea), cooperazione che sollecita interpretazioni di tipo costituzionale-unitario. Una prospettiva unitaria può essere colta nel disporsi dei diritti dell'uomo nel contesto dell'articolazione suddetta: dal minimo comun denominatore in via di ampliamento nell'ambito universale, al loro approfondimento negli ordinamenti nazionali anche

---

21 V. notizie in *Corriere della sera*, indirizzo Internet www.corriere.it/politica/ 08_dicembre_02/napoletano_colle_richiamo_17a75d50-c03a-11dd-a787-00144f02aabc.shtml. V. anche *La Repubblica* del 3 gennaio 2009, p.1: «Il capo dello Stato a Napoli: serve una svolta morale», con il susseguente articolo che esordisce col richiamo al «bisogno di trasparenza e rigore nell'uso del denaro pubblico», alla «necessità di un nuovo costume dei partiti e delle forze politiche che risponda davvero all'interesse pubblico».

22 N. PASSAS, D. VLASSIS (eds.), *The United Nations Convention against Corruption as a way of life,* Milano (ISPAC), 2007. In materia si è svolta (Courmayeur Mont Blanc, 15-17 dicembre 2006) la conferenza su *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione: un nuovo sistema di vita.*

23 *Infra,* par. 8.

24 Sull'impatto di strumenti pattizi internazionali, in particolare nell'ambito europeo, nel campo delle concezioni morali v. il nostro *Libertà d'espressione, principio democratico e attività economica nel processo d'integrazione europea*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Trasparenza – Riservatezza – Impresa*, Torino, 2001, p. 199 ss.

25 C. SCHMITT, *L'unità del mondo*, Roma (ed. Pellicani), 1994, p. 315. Suggestioni al riguardo anche in E. JÜNGER, *Lo Stato mondiale*, Parma, 1998; I. TEBALDESCHI, *Verso la federazione mondiale,* Milano, 1983; R. LEVI MONTALCINI, *Il nuovo umanesimo della globalizzazione,* in *Corriere della sera* del 16 settembre 1999, p. 35.

26 *Vita liquida*, Roma-Bari, 2006.

27 L. BONANATE, *I doveri degli Stati*, Roma-Bari, 1994.

attraverso la partecipazione a specifiche forme di integrazione giuridica internazionale-regionale. Incidendo sia in campo pubblicistico che privatistico tali diritti, con le varie loro articolazioni e specificazioni e i nessi con le attività di contrasto alle condotte di corruzione, costituiscono criterio di orientamento di prassi e dottrina[28].

7. Malebolge: condotte di corruzione (*incagant iuri, mostrantque culamina legi*).

> «Quale ne l'arzanà de' Viniziani
> bolle l'inverno la tenace pece
> bollia là giuso una pegola spessa
> (…)»[29].

Non so essere originale prendendo le mosse dalla pregnanza d'immagine della Divina Commedia, che nella quinta bolgia – ottavo cerchio – di Malebolge vede immersi in un oscuro e vischioso lago bollente i barattieri[30]. Tra questi si annoverava nel Medio Evo, come noto, il «pubblico ufficiale che si lasciava corrompere da privati a danno del Signore o del Comune» ovvero chi effettuava «l'esercizio di un banco di gioco»[31], e per ciò stesso era bandito dai pubblici uffici («Non dat deus ludere, sed diabolus»)[32]. Tuttavia, mentre i secondi vennero anche ad organizzarsi in corporazioni regolamentate e dotate di gonfalone, sui primi restava lo stigma del mercato fraudolento e dell'interesse privato intorno alla cosa pubblica. Tralasciando sviluppi contemporanei che vedono lo Stato farsi biscazziere, è forse di qualche interesse ricordare che nel Libro del Chiodo, conservato presso l'archivio di Stato di Firenze con l'annotazione delle sentenze rese, si legge della condanna di «Alighieri Dante» – che numerose cariche pubbliche aveva ricoperto – «per baratteria, frode, falsità, dolo, malizia, inique pratiche estortive, proventi illeciti, ladro, corrotto, pederasta», condanna consistente nell'«interdizione perpetua dai pubblici uffici, esilio perpetuo (in contumacia, se lo si prende al rogo, così che muoia»[33]. La sentenza, riportata alla data del 10 marzo 1302, è per soprammercato estesa il 15 ottobre 1315 ai figli dell'Alighieri, Jacopo e Pietro.

Sul finire del 1400, Sandro Botticelli rappresenta mirabilmente il caos matematicamente ordinato dell'inferno dantesco in un dipinto[34] dove i nove cerchi concentrici – illustrati nei trentatré canti (più quello introduttivo) – sempre più stretti sprofondano verso il centro della Terra – nel punto dove si conficcò Lucifero cacciato dal Paradiso – formando una sorta di imbuto lì indirizzato a somiglianza del turbinio della tromba d'aria, devastante eppure ordinato.

La frequentazione da parte del Botticelli di una cerchia di filosofi neoplatonici[35] permette di collegare l'artista non solo alla giustizia (intesa come sanzione irrogata) espressa dall'allegoria del luogo infernale di pena, ma anche a quella socratica (intesa come principio), che nel Critone viene discussa a proposito della condanna subìta dal filosofo ateniese nel 399 a.C. per empietà e corruzione dei giovani, condanna accettata rifiutando (si perdoni l'ossimoro) l'aiuto ad evadere e

---

[28] Su universalismo e regionalismo in materia di rilevanza e applicazione dei diritti dell'uomo, e per l'accenno alle valutazioni critiche di cui alla cosiddetta "ideologia dei diritti dell'uomo", v. il nostro *Una little family of Nations?,* in D. RINOLDI (a cura di), *Questioni di diritto delle migrazioni*, Milano (I.S.U., Università Cattolica S.C.), 2007, p. 41 ss.

[29] D. ALIGHIERI, *Divina commedia, Inferno* – canto XXI, 7-8/17.

[30] M. DOGLIANI, *Il diritto alla baratteria*, in *la rivista del manifesto*, n. 40/giugno 2003 (www.larivistadelmanifesto.it/archivio/40/40A20030604.html).

[31] G. DEVOTO, G.C. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971.

[32] G. CRISOSTOMO, *Matthaeum homilia*, PG 57, col. 70.

[33] D. BIANCHINI, *Il processo a Dante*, prolusione tenuta in Roma il 18 dicembre 2004, in *Romana,* gennaio-agosto 2005, p. 441 ss.

[34] V. ad es. www.italica.rai.it/imagini/arte/botticelli/imbuto.jpg .

[35] E.H. GOMBRICH, *Mitologia botticelliana. Uno studio sul simbolismo neoplatonico della cerchia del Botticelli*, in ID., *Immagini simboliche. Studi sull'arte del Rinascimento*, Torino (Einaudi), 1978, p. 47 ss.

ragionando su «ciò che diventa migliore con la giustizia e si corrompe con l'ingiustizia»[36], giacché «l'importante non è vivere, ma vivere bene», cioè «nobilmente e giustamente»[37].

Per non «essere ingiusti, non bisogna nemmeno rispondere a un'ingiustizia con un'altra ingiustizia»[38], come sarebbe quella del venir meno all'impegno preso con le Leggi (con l'iniziale maiuscola!), cioè quello di obbedirle ovvero di persuaderle dei loro torti eventuali[39]. La questione è quindi, nella pratica, quella di ordinamenti dotati di «buone leggi»[40]; dove «chi scavalca la legge, può benissimo essere ritenuto capace di corrompere i giovani e gli ingenui»[41]; dove chi è stato ingiustamente trattato dagli uomini non deve tuttavia tentare di sovvertire le Leggi[42].

Come fra gli altri in Antigone, dove Sofocle approfondisce (non senza cenni alla corruzione)[43] il tema del potere e dell'autorità, della legalità e della legittimità, del diritto positivo e del diritto naturale o del diritto di resistenza, altra è la drammaticità e la radicalità in questi testi delle questioni poste rispetto alla banalità, pur sempre a sua volta radicale, di quanti assai poco problematicamente, per dirlo con il monaco benedettino Teofilo Folengo:

«*incagant iuri, mostrantque culamina legi*»[44].

Insomma, tra giustizia e corruzione il contrasto si articola da tempo intorno a valori "alti" come su aspetti materiali di lotta fra uomini: si pensi a Lucio Sergio Catilina, accusato di spoliazioni (concussione) oltre misura – cioè anche nei confronti dei cittadini romani colà residenti – nella provincia d'Africa che governava e che fallendo, in una temperie di brogli nonché di corsa alle cariche pubbliche per esserne lautamente ripagati, talune competizioni elettorali a Roma tentò la presa violenta del potere.

Giustizia, diritto e condotte di corruzione si incrociano dunque in una pluralità di piani, secondo una varietà di accezioni, che non richiedono in questa sede più dell'accenno fatto. Ma utile richiamo sembra costituire per l'attualità della questione almeno quanto affermato, in una sede istituzionale, sulla «Giustizia non come sistema a se stante, ma come servizio»[45], beninteso obbligando il lettore, magari implicitamente, a differenziare, ma nel contempo a necessariamente intrecciare, la Giustizia (con l'iniziale maiuscola) come principio con la giustizia (con l'iniziale minuscola) come organizzazione:

> [l]a «Giustizia non costituisce un sistema (…) astratto e autosufficiente: è invece parte integrante e irrinunciabile di un più complesso sistema di diritti, di doveri, di poteri, di responsabilità, che permea l'intera vita sociale ed economica del paese, contribuendone allo sviluppo e alla competitività anche sul piano internazionale. (…) [In Italia] si è dovuto però registrare anche qualche effetto distorto e pregiudizievole: basti pensare all'esposizione mediatica, (…) spesso eccessiva o ingiustificata, delle vicende della Giustizia, che giunge a creare veri e propri "processi fuori dal processo". (…) I problemi vanno allora affrontati (…) come problemi di funzionalità complessiva di un "servizio pubblico indispensabile" (…). E' dunque essenziale rifiutare ogni logica di contrapposizione tra politica e Giustizia, e ricreare un giusto clima di rispetto, riservatezza e decoro intorno al processo, al

---

36 PLATONE, *Critone*, VII.
37 *Ibid.*, VIII.
38 *Ibid.*, X.
39 *Ibid.*, XIII.
40 *Ibid.*, XV: come accade ad Atene, Tebe o Megara.
41 Op. loc. ult. cit.
42 *Ibid.*, XVI.
43 Di cui nella tragedia è accusato il Corifeo.
44 MERLIN COCAI (TEOFILO FOLENGO), *Baldus*, liber tertius, 540.
45 V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007*, Corte suprema di cassazione, Roma, 25 gennaio 2008, par. I.1 (testo reperibile anche in Internet).

quale non giova il fragore (…). La nostra Costituzione (…) afferma (all'art. 101) che "I Giudici sono soggetti soltanto alla legge" e (all'art. 104) che "La Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente *da ogni altro potere*". I costituzionalisti riconoscono un "potere" giudiziario, ma precisano che si tratta di un potere "senza sovranità", in quanto strettamente connesso all'erogazione di un altro servizio pubblico, *il "servizio Giustizia",* non verticistico ma capillarmente diffuso (…). Si tratta di un potere esercitato (…) da ogni Giudice, nell'ambito di un'architettura costituzionale che privilegia il momento della garanzia, attuato attraverso l'esercizio della giurisdizione. Un potere "non politico", non connesso a meccanismi di rappresentatività, ma solo di terzietà, indipendenza e professionalità (…). D'altro canto, proprio perché la Magistratura costituisce un potere diffuso, occorre che ogni singolo Magistrato sia pienamente consapevole della portata degli effetti, talora assai rilevanti, che un suo atto può produrre. E' necessario che ciascuno valuti non soltanto le ragioni del "caso concreto", ma le conseguenze complessive dell'esercizio di tale potere-servizio; tenendo conto non solo di quelle dirette, endoprocessuali, sulle parti, ma anche di quelle che, inevitabilmente, si producono *erga omnes* (…): da un lato, sul "diritto vivente", dall'altro, sull'intero sistema sociale ed economico»[46].

A) *Qualche (sintetico) cenno definitorio* - Per un cenno unitario alle questioni di qualificazione giuridica della materia qui in considerazione, si può introdurre la definizione di corruzione proposta da un diffuso *Dizionario della lingua italiana*, comprendente:

«**1.** Degenerazione spirituale e morale, depravazione; totale abbandono della dignità e dell'onestà. Istigazione o disposizione a venir meno a un dovere per denaro. **2.** (…) Inquinamento, ammorbamento. Decomposizione, disfacimento, putrefazione (…) Contagio. **3.** Compimento di atti immorali col concorso, sollecitato o subìto, di altri; aggravato dalla semplice presenza di minorenni. [dal lat. *Corruptĭo -ōnis*, nome d'azione di *corrumpere*]»[47].

A parte l'evocazione di già accennate vicende dell'antichità latina (Catilina e le condotte di concussione) e greca (Socrate e l'accusa di corruzione dei giovani), la voce introduce alla definizione stessa dei soggetti protagonisti della condotta definita dalle fattispecie criminose qui in oggetto, allorché solitamente ci si trova innanzi ai due protagonisti che dell'azione hanno l'iniziativa ovvero ne accettano il compimento. Tralasciando ogni altra costruzione si potrebbe optare per la definizione di *un unico reato*, caratterizzato da un concorso necessario di soggetti[48], vero è che le soluzioni in particolare individuate dagli strumenti internazionali[49] vanno nel senso di differenziare *corruzione attiva* (chi corrompe) da *corruzione passiva* (chi è corrotto), assorbendo così d'altra parte la tipologia della *concussione*, presente nel nostro ordinamento con riferimento al reato commesso da *pubblico ufficiale* o dall'*incaricato di pubblico servizio* che, abusando del proprio ruolo, costringe o induce taluno a promettere indebitamente, anche a vantaggio di terzi, denaro o altra utilità. La differenza sta nel *libero accordo* raggiunto fra parti equiparate nel primo caso (corruzione), e nel diseguale bilanciamento delle posizioni tipiche del secondo caso (concussione), col

---

[46] *Ibid.* Per un accostamento alla qualificazione della "Giustizia [ma scriverei l'iniziale minuscola] come servizio", di cui *supra* nel testo, della nozione di servizi – compresi quelli giudiziari – secondo la disciplina dell'Unione europea, v. Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza del 13 giugno 2006, in causa C- 173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta,* 2006, p. I-5177.

[47] G. DEVOTO, G.C. OLI, cit.

[48] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, II. Parte speciale*, Milano, 1997, p. 306 ss.

[49] *Infra,* in questo par., lett. *D.*

funzionario in posizione di superiorità rispetto al privato, il quale è viceversa indirizzato a evitare un danno.

Quanto alla qualificazione di *funzionario pubblico*, distinguendo fra pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, non si può che rinviare agli artt. 357 e 358 c.p. Lì ci si riferisce, rispettivamente, a quanti esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa, e a quanti a qualunque titolo svolgono, senza poteri autoritativi e certificativi o comunque tipici della funzione pubblica, attività soddisfacenti finalità pubbliche anche attraverso l'iniziativa di privati (medici convenzionati col servizio sanitario nazionale, guardie giurate, ecc.) senza per questo confondersi con gli esercenti di un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.), così dichiarato mediante un atto della pubblica amministrazione al di fuori di pubbliche funzioni o pubblici servizi, o proprio di professioni vietate per legge senza una speciale abilitazione di Stato (come quelle forensi o sanitarie), quando sempre per legge il pubblico sia obbligato ad avvalersene.

Quanto alla *corruzione privata*, da tempo si discute dell'introduzione nella codicistica italiana del delitto relativo e della sua attrazione nell'orbita pubblicistica[50]. Qui «i soggetti incardinati nell'impresa privata assumono la veste – non già di datori ma – di percettori di indebite utilità [da parte di altri privati]. Si pensi al caso del direttore di un ufficio acquisti di un'impresa che riceva una tangente per privilegiare un fornitore rispetto ad un altro che magari aveva offerto lo stesso prodotto ad un prezzo più conveniente»[51]. Al riguardo certi aspetti del nostro ordinamento vengono in considerazione, per quanto non in modo organico come invece pretende qualche strumento internazionale[52], in relazione a singole fattispecie di accordo illecito (si pensi «alla corruzione dei revisori – art. 174*ter* T.U.F. – o all'art. 2635 c.c. che punisce l'infedeltà degli amministratori, dei dirigenti, dei sindaci o dei revisori delle società»)[53], ma ancora trascurando l'utilità che in materia deriverebbe da una riforma tenendo conto del decreto legislativo n. 231 del 2001, con gli sviluppi successivi, che sulla base della legge n. 300 del 2000 ha introdotto princìpi e modalità di responsabilità penale-amministrativa delle imprese con relative sanzioni pecuniarie e interdittive[54].

B) *Casi* - In materia di corruzione il quattro volte Presidente del Consiglio dei Ministri, on. Silvio Berlusconi, ha avuto autorevolmente modo di affermare, per di più in costanza di mantenimento della carica in questione: «Conosco bene il problema … Io smisi di costruire a Milano, perché a Milano non si poteva costruire niente se non ti presentavi con l'assegno in bocca» a pagamento di "tangenti"; aggiungendo: «Questo, per fortuna, avveniva molti anni fa»[55].

Cosa suggerisce al riguardo la realtà odierna, al fine di ampliare e approfondire siffatta valutazione?

Con specifico *riguardo all'Italia*, i magistrati protagonisti della stagione giudiziaria di contrasto alla corruzione affermatasi nella prima metà degli anni Novanta dello scorso secolo, partendo dalle azioni svolte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, rilevano che «dal '92 non è cambiato niente»[56]. Il giudizio è apposto a commento di statistiche, tratte dall'analisi dell'Alto Commissario anticorruzione[57], dove si evidenzia la contrazione da 1.305 a 45 delle

---

[50] *Infra,* par. 9.3, nota 145. M. REBECCA, *Corruzione tra privati: ambito applicativo e profili problematici*, Relazione al convegno *Diritto penale degli appalti pubblici*, Università degli studi di Padova, 29 settembre 2008, p. 1 del testo dattiloscritto (reperibile anche in Internet).

[51] Op. loc. ult. cit.

[52] *Infra,* par 9.3, .

[53] M. REBECCA, *Corruzione tra privati* ecc., cit., p. 4.

[54] *Infra*, par. 8.

[55] V. *Corriere della sera* del 9 ottobre 2008, articolo di M. CREMONESI : *Berlusconi: "A Milano si costruiva solo con l'assegno in bocca".*

[56] V. *La Repubblica* dell'11 dicembre 2008, articolo di F. RAVELLI, *Corruzione, meno denunce e avanza il sommerso.*

[57] *Infra,* par. 8. Il documento di cui si parla è intitolato *Il fenomeno della corruzione in Italia (la mappa dell'Alto Commissario anticorruzione)*, in www.anticorruzione.it/Portals/altocommissario/Documents/Altro/mappa%20fenomeno%20corruzione%202007_last.pdf .

sentenze di condanna tra il 1996 e il 2006 per *abuso d'ufficio*; da 608 a 210 e da 555 a 53, nello stesso periodo, rispettivamente per *peculato* e per *concussione*; nonché, in identico tempo, da 1159 a 186 per *corruzione*. Il fatto è che «la corruzione mal si presta a una lettura numerica. Più è invasiva e diffusa, più diventa invisibile. Se qualcuno guarda le condanne per corruzione dal '96 al 2006 vediamo che sono in calo, ma gli episodi corruttivi non sono diminuiti»[58].

Sono invece diminuite nel sopraddetto periodo le stesse denunce; fatto che contribuisce ad alimentare, di fronte a «cronache [che] rendono l'immagine di un Paese nel quale è prassi comune il pagamento di tangenti»[59], l'idea di Piercamillo Davigo che «Gli organi repressivi esercitano sulla devianza criminale la funzione tipica dei predatori: migliorano la specie predata. Abbiamo acchiappato le specie più lente, lasciando libere quelle più veloci»[60].

Così, addirittura, si sottolinea che «*Tangentopoli*, con il picco di episodi di corruzione scoperti da Mani pulite e da altre inchieste, *era un periodo in cui in Italia c'era meno corruzione di oggi*»[61].

Infine, esplicitamente riguardo agli episodi di corruzione oggetto di indagine sul finire del 2008, soprattutto in materia di appalti, il quotidiano Avvenire "strilla" in prima pagina «*Tangentopoli 2, un diluvio*»[62], sovrapponendosi idealmente a quel titolo, «*Corrotti, impuniti e felici*», con cui la copertina de L'Espresso lamentava un anno prima il fatto che «[f]inisce in carcere solo il due per cento dei condannati. Ormai nessuno denuncia e nessuno indaga. (…) i partiti nascondono il marcio»[63]. Insomma, ai titoli su «Semafori truccati, un pentito confessa: "Tangenti per 300 amministrazioni comunali"»[64]; o in tema di «Fisco, la cantata degli impiegati corrotti»[65]; oppure di «Taxi con tangente. Mazzette da 40 mila euro per ottenere le nuove licenze»[66]; si aggiungono quelli su «Basilicata, tangenti sul petrolio»[67] o su «Appalti a Napoli, travolta la giunta»[68]. A tutto ciò si accompagnano tentativi di inquadramento generale: «La lezione (dimenticata) di Tangentopoli»[69]; «Triste storia dell'Italia corrotta»[70]; «La corruzione e le sue radici. Storia di un'infezione nazionale»[71]; al cui riguardo non suona occasionale la sottolineatura (non di oggi !) che «E' tornato alla ribalta, in modo devastante, il problema del finanziamento dei partiti, o meglio del sistema politico nel suo complesso, delle sue degenerazioni, degli abusi che si compiono in suo nome, delle illegalità che si verificano da tempo, anzi da tempo immemorabile»[72].

Chiude, tralasciando le vicende di cui da ultimo si sono impadroniti i mezzi d'informazione, il lamento dello scrittore: «La corruzione inconsapevole che affonda il Paese»[73]; dove ci si pone la domanda: «cosa mai potrà cambiare in una prassi, quando nessuno ci scorge più nulla di sbagliato o di anomalo»? E si prosegue: «Gli imprenditori e i politici sanno benissimo che nulla si ottiene in cambio di nulla, che per creare consenso bisogna concedere favori, e questo lo sanno anche gli elettori che votano spesso per averli, quei favori. Il problema è che purtroppo non è più solo la responsabilità del singolo imprenditore o politico a essere in gioco quando è un intero sistema a

---

58 V. l'articolo di F. RAVELLI, cit., che riporta le parole del direttore dell'area analisi e studi dell'Alto Commissario, Marco LA COMMARE.

59 L'osservazione è dell'Alto Commissario anticorruzione, Bruno Ferrante, come riportata nell'articolo ult. cit.

60 V. ancora l'articolo ult. cit. (corsivo aggiunto), nonché P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penal*e, Roma-Bari, 2007.

61 V. nuovamente l'articolo ult. cit., che riporta un'altra considerazione di M. LA COMMARE.

62 Edizione del 18 dicembre 2008 (corsivo aggiunto).

63 N. 40 dell'11 ottobre 2007.

64 *La Repubblica* del 20 settembre 2008, p. 21.

65 *La Repubblica* del 21 settembre 2008, p. XI (cronaca di Palermo).

66 *L'Espresso*, 13 novembre 2008, p. 70.

67 *La Repubblica* del 17 dicembre 2008, p. 1.

68 *La Repubblica* del 18 dicembre 2008, p. 1.

69 C. MALTESE in *Il Venerdì di Repubblica* del 2 gennaio 2009, p. 10.

70 E. SCALFARI in *La Repubblica* del 28 dicembre 2008, pp. 1 e 21.

71 G. CRAINZ in *La Repubblica* del 27 dicembre 2008, p. 31.

72 B. CRAXI nel discorso alla Camera dei Deputati del 3 luglio 1992, discorso parzialmente ripubblicato in *Il Riformista* del 10 dicembre 2008, p. 16.

73 R. SAVIANO, in *La Repubblica* del 20 dicembre 2008, pp. 1 e 9.

funzionare in questo modo (…). Che un simile *do ut des* sia un fatto di corruzione è un concetto che moltissimi accoglierebbero con autentico stupore e indignazione»[74].

Che spesso gli accordi si reggano più che su "mazzette" sullo scambio di favori è del resto sottolineato dall'*ex* magistrato, ora senatore della Repubblica, Gerardo D'Ambrosio, che manifesta l'opinione secondo cui «[o]ggi la corruzione è meno un sistema ma è altrettanto un principio. E i politici si corrompono per molto meno (…) I soldi non vanno più al partito come struttura ma al singolo, per la campagna elettorale, che poi a sua volta può ricambiare il favore in vari modi: la consulenza e l'incarico al professionista, il posto di lavoro, una gara d'appalto costruita su misura affidata con ribassi (…) recuperati poi con le varianti in corso d'opera, qualche finanziamento (…) La corruzione è un reato che giova a tutte e due le parti. E' sbagliato aspettarsi denunce»[75]. E' una declinazione della corruzione anche lo scambio di favori reciproci, più che di denaro, secondo «il sistema delle raccomandazioni. Ricordiamoci che la raccomandazione toglie la prevalenza del merito e rovina la competitività sana. Come il sistema delle tangenti ha rovinato il sistema delle imprese, adesso si rovinano quelli che hanno il merito»[76].

In quest'ultimo concetto sta l'ulteriore raccordo con l'impostazione di Roberto Saviano[77]: «che tale corruzione non vada perseguita soltanto dalla giustizia e condannata dall'etica civile, ma sia fonte di un male oggettivo, del funzionamento bloccato di un Paese che dovrebbe essere fondato sui meccanismi di accesso e di concorrenza liberi, questo risulta ancor più difficile da cogliere e capire. La corruzione più grave (…) sta nel mostrarci che persone di ogni livello, con talento o senza, con molta o scarsa professionalità, dovevano sottostare al gioco della protezione, della segnalazione, della spinta. Non basta il merito, non basta l'impegno e neanche la fortuna»[78].

Ecco perché ad avviso di alcuni «[l]a vera battaglia contro la corruzione non si fa (…) cacciando questo o quel corrotto dai partiti, ma con leggi di liberalizzazione che rendano difficile la vita dell'imprenditoria mafiosa, corruttrice», di quell' «imprenditoria che vive e sopravvive sul mercato solo grazie ai traffici con la politica»[79].

Anche con riguardo alla *realtà internazionale* basta scorrere qualche titolo della stampa per ricavarne considerazioni sulla consistenza del fenomeno: «Tangenti all'ONU»[80]; «La nuova Europa che cresce, anche in corruzione»[81]; «Guinea, muore il dittatore e i militari scendono in campo: caos a Konakry dopo la fine del corrotto Lansana Conté»[82]; «Accuse di corruzione: Olmert si dimette»[83]; «Arrestato per corruzione governatore dell'Illinois, lo Stato di Barack Obama»[84].

Infine, tanto per non chiudere con un eccetera l'elenco abbozzato: «Giurati del Nobel nei guai: corruzione»[85]!

X) *Indici* - Delle *statistiche* in materia di corruzione già qualche accenno è stato fatto[86] per rilevarne l'approssimazione, quando non si tratti di inconsistenza.

Non si possono per altro verso trascurare le vere e proprie "classifiche" di presenza del fenomeno della corruzione in dipendenza di certi *indicatori* dello stesso.

---

74 V. l'articolo ult. cit., p. 1.
75 V. l'intervista su *L'Unità* del 29 dicembre 2008, p. 14 s.
76 Così G. D'AMBROSIO nell'intervista ult. cit.
77 *Supra,* nota 73 e testo cui fa riferimento l'esponente di nota 74.
78 P. 9 del luogo di pubblicazione dello scritto di R. SAVIANO.
79 C. MALTESE nello scritto cit. *supra*, nota 69.
80 *L'Espresso* del 21 agosto 2008, p. 32.
81 P. GARIMBERTI ne *Il Venerdì di Repubblica* del 28 novembre 2008, p. 17.
82 *Corriere della sera* del 24 dicembre 2008, p. 19.
83 *Il Sole 24 Ore* del 31 luglio 2008.
84 *La Repubblica* del 9 dicembre 2008.
85 *Corriere della Sera* del 10 dicembre 2008.
86 *Supra*, lett *B*: la rammentata «mappa» dell'Alto Commissario anticorruzione riporta fonti Istat relative a dati giudiziari.

L'Organizzazione internazionale non governativa Transparency International pubblica da anni un «Corruption Perceptions Index»[87], dove la percezione (nel settore pubblico) è quella manifestata da un qualificato campione di operatori tradotta attraverso strumenti appropriati di rilevazione. L'Italia vi appare, dal 2007 al 2008, in "caduta libera" passando dal 40° al 55° posto, essendo al primo posto – come Paesi dove meno si percepisce la presenza di corruzione – Danimarca, Nuova Zelanda e Svezia, e all'ultimo, da sola, la Somalia.

Non accenno nemmeno a un tentativo di interpretazione giuridica di questi dati; anzitutto per la mancata conoscenza delle modalità di elaborazione delle tecniche di rilevazione utilizzate, poi perché un indice di corruzione "percepita" dovrebbe imporre – nella prospettiva che qui mi sono data – un'analisi per quanto sintetica delle principali soluzioni normative attivate nel singolo ordinamento giuridico (ovvero in esso assenti) a contrasto delle condotte di corruzione. Un solo nesso può essere evidenziato: quello tra corruzione e, da una parte, società dei Paesi in via di sviluppo[88] (agli ultimi posti nell'indice, comprendendosi al 158° il Venezuela produttore di petrolio), nonché, da un'altra parte, istituzioni pubbliche deboli o comunque inefficienti (volutamente o non) nell'azione di prevenzione e repressione (la Russia è al 147° posto e gli ultimi Stati dell'Unione europea sono la – 70ª – Romania e la –72ª – Bulgaria, cui sopra si è fatto cenno)[89]. Da quest'ultimo punto di vista non si può non raccordare il posto dell'Italia, di poco a loro superiore in classifica, ad una pubblica amministrazione «inefficace e spesso paralizzata da un legalismo eccessivo»[90].

In un «Bribe Payers Index»[91] ancora Transparency International inserisce l'Italia al 17° posto, su 22 (primi Belgio e Canada, ultima Russia), in una classifica di Paesi ricchi ed economicamente influenti valutati dalla più bassa alla più alta probabilità «con cui le loro aziende si trovino implicate in episodi di corruzione all'estero»[92]. In tale «Indice di Propensione alla Corruzione 2008» si evidenziano: la «propensione delle aziende esportatrici a corrompere; i settori più contaminati dalla corruzione; il grado di consapevolezza dei dirigenti delle più grandi società circa l'extraterritorialità della Convenzione OCSE [[93]] contro la corruzione che ha reso illegale il pagamento di tangenti a pubblici ufficiali stranieri; il livello con cui queste imprese stanno implementando [*sic*!] l'osservanza della Convenzione; la percezione delle pratiche commerciali scorrette, oltre al pagamento delle tangenti, usate per ottenere contratti»[94].

Il Gruppo Ernst & Young, per restare all'iniziativa di privati, ha elaborato un rapporto dal titolo «Corruption or compliance – weighing the costs; 10th Global Fraud Service»[95], frutto di un'indagine relativa a 33 Paesi, Italia compresa, dove i «business leaders» intervistati risultavano aver direttamente sperimentato nel nostro Paese in percentuale assai bassa (4%) episodi di corruzione o concussione, contro ad esempio il sorprendente 72% relativamente al Giappone ed una media complessiva del 24% sul totale degli Stati considerati. Tra i commenti va registrata

---

87 L'indice CPI 2008, con le precedenti edizioni a partire dal 2002, può essere visto in www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008 .

88 Quanto ad una specifica azione dell'Unione europea in materia, relativamente a Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, v. *supra,* all'inizio del par. 6.

89 V. *supra,* par. 6, nota 20 e testo cui essa si riferisce.

90 V. www.transparency.it .

91 V. www.transparency.it/ind_ti.asp. nonché www.transparency.it/index.asp?idNews=93 .

92 Sito Internet ult. cit., p. 1 della tabella.

93 *Infra* par. 8. V. M. PIETH, L.A. LOW, P.J. CULLEN (eds.), *The OECD Convention on Bribery*, Cambridge, 2008.

94 Così nell'Introduzione di cui al sito Internet per primo cit. alla precedente nota 87. Su un ulteriore indice prodotto da Transparency International, il «Global Corruption Barometer» (che tende a coinvolgere ampi settori di cittadini, in vari Paesi e secondo aree tendenzialmente omogenee), v. la «mappa» cit. dell'Alto Commissario anticorruzione, pp. 107 e 116, con la sottolineatura che «anche rispetto (…) [ad esso] il quadro del nostro Paese non è particolarmente confortante».

95 V. www.ey.com/Global/assets.nsf/International/FIDS_Corruption_or_compliance_weighing_the_costs.pdf .

l'opinione secondo cui mentre «[l]a corruzione dilaga nel mondo» in Italia «i *manager* quasi non la conoscono. *Oppure tendono a eludere i sondaggi sul tema*»[96].

Quanto d'altra parte a un'Organizzazione internazionale di carattere intergovernativo, la Banca Mondiale, se ne possono leggere i «Worldwide Governance Indicators: 1996-2007», con particolare riguardo, fra gli altri indici, al «Control of Corruption»[97]. Qui l'Italia, in un ordine che procede dal Paese più "virtuoso" a quelli via via più compromessi, è collocata al 41° posto, in peggioramento nel periodo compreso fra il 1996 e il 2006.

Un ultimo accenno merita, proprio riguardo alla Banca Mondiale, il fatto che il suo Comitato delle sanzioni possa disporre misure nei confronti di privati (persone fisiche o giuridiche) che si siano resi responsabili di condotte fraudolente o di corruzione nell'uso dei fondi della Banca. Si può arrivare al divieto, temporaneo o definitivo, di partecipare ad altri progetti finanziati dall'Organizzazione, la quale pubblica anche una «list of Debarred Firms»[98].

8. Strumenti di contrasto alla corruzione, italiani e internazionali

Nel contesto geografico – che più riguarda il nostro Paese – euro-atlantico ed europeo-continentale in senso stretto si possono constatare vicende che mettono in campo varie possibilità di contrasto derivanti da accordi internazionali. Non che nel più ampio ambito universale, quale in specie riconducibile ad attività delle Nazioni Unite (ma di quest'ambito, seppure in un settore specializzato e non generale quanto ai fini, è espressione anche l'azione della Banca Mondiale), vi sia carenza di intervento. Vanno così subito ricordate le Convenzioni promosse dalle Nazioni Unite rispettivamente contro la criminalità organizzata transnazionale (accordo firmato a Palermo il 15 dicembre 2000 e in vigore anche per l'Italia)[99] e sulla corruzione (accordo aperto alla firma a Merida, in Messico, dal 9 all'11 dicembre 2003 e in vigore anche per l'Italia)[100].

La prima Convenzione, in vigore internazionalmente dal 29 settembre 2003, dispone fra l'altro in materia di «criminalization of corruption» (art. 8), «Measures against corruption» (art. 9), «Liability of legal persons» (art. 10), occupandosi del settore pubblico. La seconda, in vigore internazionalmente dal 14 luglio 2005, estende la propria disciplina, oltreché al settore pubblico (art. 7), a quello privato (artt. 12, 21 e 39), anch'essa stabilendo la «Liability of legal persons» (art. 26) e applicandosi in particolare «to the prevention, investigation and prosecution of corruption and to the freezing, seizure, confiscation and return of the proceeds of offences established in accordance with (…) [the] Convention» (art. 3).

Su più ristretti piani continentali, ma diversi da quelli europei, sono stati elaborati altri trattati internazionali, quali la Convenzione interamericana contro la corruzione, promossa dall'Organizzazione degli Stati americani e adottata il 29 marzo 1996, e la Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla corruzione, elaborata nell'ambito dell'Unione africana e adottata il 14 luglio 2003.

---

[96] V. il *dossier* di A. GRECO pubblicato su *La Repubblica* del 20 maggio 2008, p. 33: *Un quarto delle imprese mondiali coinvolto in episodi di corruzione*. Il corsivo nel testo è aggiunto.

[97] Questo indice mostra «the extent to which public power is exercised for private gain, including both petty and grand forms of corruption, as well as "capture" of the state by elites and private interests». V. http://web.worlbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,contentMDK:21814712~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:4607,00.html .

[98] V.www.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTSITETOOLS/O,contentMDK:20147620~pagePK:3544780~theSitePK:95474,00.html .

[99] V. la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione n. 146 del 16 marzo 2006. V. E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convezione ONU di Palermo*, Milano, 2007.

[100] V. la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione n.116 del 3 agosto 2009. Sui contenuti del sopraddetto accordo v. L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale sulle due sponde dell'Atlantico: analisi comparata delle Convenzioni ONU e OCSE in materia,* in *DCI*, 2007, p. 13 ss. L'attuazione italiana di questo accordo è tuttavia ancora incompleta, tra l'altro con riguardo alla disciplina della corruzione fra privati: (v. *infra*).

Essendo però il contesto europeo quello più direttamente rilevante per l'Italia, giova prender le mosse da un caso esemplare per introdurre ad alcuni aspetti della Convenzione elaborata dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) – che vede fra i propri membri anche Stati non europei come U.S.A., Canada, Giappone e Sud Corea – «on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions». Adottato il 21 novembre e firmato il 17 dicembre del 1997, il Trattato è entrato internazionalmente in vigore il 15 febbraio 1999 e vincola pure il nostro Paese grazie alla legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione n. 300 del 29 settembre 2000 e al successivo deposito dello strumento di ratifica. La Convenzione disciplina anche la «Responsibility of Legal Persons», ma si limita ad intervenire nel settore pubblico e in ambito di corruzione attiva. Si obbligano infatti le Parti contraenti ad adottare:

> «such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business» (art. 1.1),

nonché

> «any measures necessary to establish that complicity in, including incitement, aiding and abetting, or authorisation of an act of bribery of a foreign public official shall be a criminal offence. Attempt and conspiracy to bribe a foreign public official shall be criminal offences to the same extent as attempt and conspiracy to bribe a public official of that party» (art. 1.2).

Nelle Comunità europee prima, e nell'Unione che le ha ricomprese, poi, si è posta la cruciale questione della salvaguardia dei loro interessi finanziari, lottando contro le frodi in materia di entrate e spese iscritte a bilancio. Una puntuale attività delle istituzioni comunitarie[101] ha portato all'elaborazione di vari strumenti giuridici, comprendenti tra l'altro obblighi statuali di incriminare determinate condotte, di predisporre un adeguato apparato sanzionatorio, di prevedere forme di responsabilità da reato da parte delle imprese, di definire regole di competenza giurisdizionale e assistenza giudiziaria[102].

Degli accennati strumenti ci dà conto la legge italiana (n. 300 del 29 settembre 2000) di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione, oltre che della menzionata Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, anche:

- della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;
- del primo Protocollo di quest'ultima, del 27 settembre 1996, relativo agli atti di corruzione in cui risultino coinvolti funzionari sia nazionali che comunitari, responsabili della riscossione, della gestione e della spesa dei fondi comunitari soggetti al loro controllo;
- del Protocollo, del 29 novembre 1996, concernente l'interpretazione in via pregiudiziale[103] della Convenzione di cui al primo trattino da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea;

---

101 Oramai destinate ad essere definite *tout court* istituzioni e organi dell'Unione, a motivo dell'entrata in vigore (1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea ma anche quello istitutivo della CE, chiamandolo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

102 V. D. RINOLDI, *Funzionari comunitari e pubblici ufficiali nazionali: una prospettiva di approfondimento della lotta alla corruzione in Italia*, in *LIUC Papers*, n. 26, con le indicazioni bibliografiche ivi contenute.

103 Su questo istituto v. *infra*, par. 9.6.

- della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari dell'Unione europea o degli Stati membri dell'Unione.

Quest'ultimo testo definisce la *corruzione attiva*, che sussiste «quando una persona deliberatamente promette o dà, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsivoglia natura ad un funzionario, per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio» (art. 3). E definisce la *corruzione passiva*, che si verifica «quando il funzionario deliberatamente, direttamente o tramite un intermediario, sollecita o riceve vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetta la promessa per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in violazione dei suoi doveri di ufficio» (art. 2).

Rispetto a un secondo Protocollo (del 19 giugno 1997) della Convenzione sugli interessi finanziari, che si occupa del riciclaggio dei proventi di atti di frode o corruzione, i quali ledano o possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione europea, nonché della confisca dei proventi di tali atti, l'Italia ha avviato solo nel 2008 i necessari provvedimenti di stipulazione ed esecuzione, necessari anche al fine dell'entrata in vigore internazionale del Protocollo stesso[104].

Questi documenti si concentrano sulla presa in considerazione degli aspetti giuridici pubblicistici legati alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, anche determinando la previsione di responsabilità delle persone giuridiche, più in generale degli enti, com'è disposto, nel proprio ambito di competenza, dalla Convenzione OCSE sulla corruzione. Ecco perché sempre la legge n. 300 del 2000 si è ulteriormente occupata di stabilire puntuali princìpi di «[d]elega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica» (art. 11), delega poi adempiuta col decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001[105].

Viceversa, la questione in particolare della corruzione privata è stata disciplinata da un atto dell'Unione europea cosiddetto di diritto derivato, cioè adottato sulla base del Trattato istitutivo di quest'ultima (art. 34, oggi soppresso dalla riforma di Lisbona ma senza intaccare le norme precedentemente da esso prodotte) e la cui elaborazione esprime una volontà unilaterale dell'Organizzazione, solo indirettamente riconducibile alla volontà pattizia multilaterale degli Stati contraenti dell'Accordo istitutivo. Si tratta della decisione quadro 2003/568/GAI (giustizia e affari interni) del Consiglio, del 22 luglio 2003, intitolata appunto alla lotta contro la corruzione nel settore privato. Essa ha bisogno – giacché ai sensi dell'art. 34.2, lett. c del Trattato d'Unione, precedentemente alle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, si trattava di atti che «non hanno efficacia diretta» – di provvedimenti nazionali d'attuazione, rispetto ai quali l'Italia non ha a tutt'oggi ancora fornito il debito adempimento[106].

Nuovamente di corruzione, pur non essendovi specificatamente destinata, tratta un'altra decisione quadro, 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà[107]. Indipendentemente dalla verifica del requisito della doppia incriminazione danno luogo a consegna, in base dal mandato d'arresto, trentadue tipologie di reato, se nel Paese dell'Unione che lo prevede «il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali

---

104 V. *infra,* par. 9.3.

105 V. *infra*, par. 9.1.

106 V. ancora *infra,* par. 9.3. V. in generale R. ACQUAROLI, L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma,* Milano, 2003.

107 V. *infra,* ancora par. 9.3. In tema v. E. MARZADURI, D. MANZIONE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO*, Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, Torino, 2006.

reati è pari o superiore a tre anni»[108]. All'art. 2.2 della decisione quadro è elencato il reato di «corruzione».

Di corruzione privata si occupa ancora, in un ambito di cooperazione intergovernativa europea più ampio di quello dell'Unione, cioè quello del Consiglio d'Europa (con i suoi quarantasette Paesi membri; Russia, Azerbaigian e Bosnia-Erzegovina compresi), la Convenzione penale sulla corruzione, che tra l'altro definisce i soggetti coinvolti; dispone obblighi statali di incriminazione, con l'adozione di adeguate sanzioni e misure; si estende appunto anche al settore privato e si occupa di responsabilità degli enti; organizza la cooperazione in materia fra autorità competenti dei vari Stati contraenti[109].

In particolare si può esplicitamente rinviare alle disposizioni di «Active bribery in the private sector» (art. 7) e di «Passive bribery in the private sector» (art. 8) e riprodurre l'art. 18 in tema di «Corporate liability»:

> «1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on:
>
> - a power of representation of the legal person; or
> - an authority to take decisions on behalf of the legal person; or
> - an authority to exercise control within the legal person;
>
> as well as for involvement of such a natural person as accessory or instigator in the above-mentioned offences.
>
> 2. Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority.
>
> 3. Liability of a legal person under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators of, or accessories to, the criminal offences mentioned in paragraph 1».

L'accenno al «trading in influence» riguarda la previsione dell'art. 12, dove si obbligano i Paesi contraenti ad adottare

> «such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result».

---

[108] Art. 2.2 della decisione quadro 2002/584/GAI.

[109] Il testo della Convenzione è reperibile nel sito Internet del Consiglio d'Europa (www.coe.int: scegliere la lingua inglese o francese, lingue ufficiali dell'organizzazione) al n. 173 dell'elenco dei trattati elaborati da tale Organizzazione. V. in generale L. FEROLA, *Spazio giudiziario europeo e lotta alla corruzione*, in *LIUC Papers,* n. 73, 2000.

Un Protocollo addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione è stato adottato con lo scopo di estenderne il campo di applicazione agli arbitri in materie come quella civile e commerciale, nonché ai giurati[110].

Connesso alla Convenzione penale è un altro strumento pattizio elaborato dal Consiglio d'Europa: la Convenzione civile sulla corruzione[111], che ai fini dell'organizzazione di procedimenti adeguati in materia di risarcimento danni obbliga gli Stati contraenti a prevedere nel proprio ordinamento:

> «effective remedies for persons who have suffered damage as a result of acts of corruption, to enable them to defend their rights and interests, including the possibility of obtaining compensation for damage » (art. 1).

La definizione di corruzione ai fini della Convenzione comprende:

> «requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts the proper performance of any duty or behaviour required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof » (art. 2).

Significativa appare la disposizione di cui all'art. 8, sulla validità dei contratti, ai sensi della quale:

> «1. Each Party shall provide in its internal law for any contract or clause of a contract providing for corruption to be null and void.
> 2. Each Party shall provide in its internal law for the possibility for all parties to a contract whose consent has been undermined by an act of corruption to be able to apply to the court for the contract to be declared void, notwithstanding their right to claim for damages».

L'art. 9 prevede che sia disposta negli ordinamenti nazionali

> «appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities».

Secondo l'art. 10, sui bilanci e la verifica dei conti:

> «1. Each Party shall, in its internal law, take any necessary measures for the annual accounts of companies to be drawn up clearly and give a true and fair view of the company's financial position.
> 2. With a view to preventing acts of corruption, each Party shall provide in its internal law for auditors to confirm that the annual accounts present a true and fair view of the company's financial position».

Si interviene inoltre, fra l'altro, anche qui in materia di cooperazione internazionale fra autorità competenti degli Stati contraenti.

Rispetto a questi ultimi strumenti pattizi, elaborati dal Consiglio d'Europa e tutti internazionalmente in vigore (la Convenzione penale dal 1° luglio 2002; il Protocollo addizionale dal 1° febbraio 2005; la Convenzione civile dal 1° settembre 2003), l'Italia non ha ancora provveduto alla stipulazione, pur avendoli da tempo firmati (rispettivamente il 27 febbraio 1999; il 15 maggio 2003; il 4 novembre 1999). Vien fatto di dire che, in generale, come in relazione alla decisione quadro dell'Unione europea 2003/568/GAI, si tratta della difficoltà a determinarsi ad

---

110 Il testo del Protocollo è reperibile nel sito cit. alla nota precedente; n. 191 dell'elenco.

111 Il testo è reperibile nel sito cit. alla nota 109, n. 174 dell'elenco.

adeguare l'ordinamento italiano a disposizioni tutte fra l'altro relative alla corruzione privata. Impressione, questa, che fino al novembre del 2009 avrebbe potuto essere rafforzata dalla mancata entrata in vigore (dopo la firma nel 2003) per il nostro Paese della stessa Convenzione (universale) di Merida – anch'essa come già sottolineato contenente regole sulla corruzione nel settore privato – e che ad oggi non può dirsi ancora completamente smentita a causa del fatto che la nostra legge di autorizzazione alla ratifica, nella parte che costituisce adattamento ordinario[112] alla Convenzione, non si occupa di corruzione privata.

Va aggiunto che in particolare rispetto alla Convenzione civile l'assenza di stipulazione italiana potrebbe spiegarsi con l'esitazione per quanto concerne la materia della responsabilità, compresa quella dello Stato (art. 5), per atti di corruzione, benché non sia da sottovalutare, per un altro verso, l'impatto che sulla normativa interna concernente il falso in bilancio determinerebbe la disposizione pattizia di cui all'art. 10, sopra citato[113].

Degli *strumenti giuridici interni* necessari a dare attuazione nazionale alle disposizioni internazionali sopra elencate già si è dato qualche cenno o fatto qualche rinvio dall'angolo visuale dell'ordinamento italiano. Un'ulteriore considerazione va però in questo senso effettuata quanto agli interventi rapidamente assunti dall'attuale Governo, a immediato ridosso dell'entrata in carica, allorché si è prima soppresso l'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione (Alto Commissario anticorruzione)[114] e ne sono poi state trasferite le funzioni al Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione – Dipartimento della funzione pubblica[115].

E' stato così creato il Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica[116], che come l'organo precedentemente previsto limita la propria attività a quest'ultimo ambito, ma sul quale è lecito porsi qualche dubbio in ordine all'esigenza piuttosto di potenziare e rendere più autonoma un'attività precedentemente comunque già svolta «alla diretta dipendenza funzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri»[117] ed ora traslocata in seno proprio al Ministero stesso da cui promanano le attività da controllare. Precisamente, sul piano degli obblighi internazionali, si può opinare sul pregiudizio che l'Italia in tal modo determini, in assenza di pieno adeguamento alla Convenzione di Merida, all'art. 6.2 di questa, secondo cui:

> «Each State Party shall grant the body or bodies referred to in paragraph 1 of this article [that prevents corruption] the necessary independence (…) to enable the body or bodies to carry out its or their functions effectively and free from any undue influence. The necessary material resources and specialized staff, as well as the training that such staff may required to carry out their functions, should be provided».

9. Questioni di carattere generale in materia di adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina pattizia internazionale

Ciò che complessivamente emerge da questo articolato e complesso quadro normativo è l'evidenza che in materia di prevenzione e repressione della corruzione si è innescato, e progressivamente approfondito, nei diversi piani di cooperazione intergovernativa sia universale

---

112 Sulle modalità di adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina pattizia internazionale v. V. LIBRANDO. F. MOSCONI, D. RINOLDI (a cura di), *Tempi biblici per la ratifica dei trattati*, Padova, 1993.

113 V. *infra,* par. 9.3*,* particolarmente la nota 138, con l'osservazione di A. CRESPI riprodotta nel testo cui l'esponente di nota si riferisce.

114 Decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008, art. 68, co. 6. L'Alto Commissario è stato istituito con legge n. 3 del 16 gennaio 2003 e ne sono state regolamentate le funzioni con d.P.R. n. 258 del 6 ottobre 2004.

115 Decreto del Pres. Cons. Ministri del 5 agosto 2008.

116 V. www.anticorruzione.it/ (03/01/2009).

117 V. art. 1.1 della l. n. 3/2003.

sia regionale-continentale o sub-continentale, un processo di definizione giuridica dell'attività di contrasto alla corruzione. Altra cosa è verificare se si sia sviluppato un vero e proprio "circuito virtuoso" in materia fra il piano del diritto interno e quello del diritto internazionale, giacché in senso critico fanno indirizzare già le osservazioni poco sopra effettuate.

9.1. Provvedimenti ad hoc *e riforme di carattere generale*

A motivo della transnazionalità del fenomeno l'iniziativa è stata in prima battuta assunta proprio nelle sedi della cooperazione intergovernativa[118], dove in taluni casi suggerendo, in altri vincolando, si sono voluti indirizzare gli Stati a introdurre nei propri ordinamenti una specifica figura di reato (talvolta secondo una qualificazione già fornita dallo strumento internazionale) e a cooperare sul piano delle relazioni intergovernative e dei rapporti fra autorità giudiziarie interne. Nell'adattarsi alle disposizioni internazionali, in alcune occasioni gli Stati hanno provveduto con riforme ancor più generali di quanto richiesto: il che è per esempio accaduto con l'introduzione nell'ordinamento italiano della responsabilità penale-amministrativa («Responsabilità amministrativa da reato», *ex* d.lgs. n. 231/2001) delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, stabilita per ambiti ben più vasti rispetto a quanto contemplato nella Convenzione OCSE ispiratrice della riforma. Mentre non è giuridicamente comprensibile prefigurare, in casi come quelli dell'accennato mandato d'arresto europeo, l'introduzione di ampie riforme per fini diversi da quelli della migliore attuazione della disciplina elaborata dall'Unione in materia[119].

A quest'ultimo riguardo, che può essere preso ad esempio di una dimensione problematica di rapporti fra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea, sollevano perplessità le eccezioni a suo tempo frapposte dal nostro Governo con una Dichiarazione attestante che «Per dare esecuzione alla decisione quadro sul mandato di cattura [*sic*] europeo, il governo italiano dovrà avviare le procedure di diritto interno per rendere la decisione quadro stessa compatibile con i princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, e per avvicinare il suo sistema giudiziario e ordinamentale ai modelli europei, nel rispetto dei princìpi costituzionali»[120]. Una tale impostazione non riguardava le modalità volte a consentire ai provvedimenti emessi dai giudici italiani di avere effetto *all'estero* nel quadro della decisione sul mandato d'arresto (nulla infatti era mai stato chiesto al nostro Paese in sede di negoziati dagli altri *partner*).

Piuttosto la presunzione, di cui non si vedono i fondamenti giuridici bensì le ragioni politiche, appariva ad avviso del Governo quella per cui la decisione quadro avrebbe permesso (di più: avrebbe resa obbligatoria), in connessione con l'esigenza di accettare la circolazione *in Italia* dei provvedimenti altrui, una riforma del nostro sistema giudiziario nel senso della «separazione delle carriere dei magistrati […] uniformandoci agli altri sistemi, nessuno dei quali prevede un Pubblico Ministero totalmente indipendente o l'azione penale obbligatoria»[121]. Per uniformarci si

---

118 Peraltro anche la società civile si è espressa, ancora una volta sul piano transnazionale: l'organizzazione non governativa *Transparency International* è solo la punta emergente di un fenomeno vasto e articolato.

119 Dovendosi conseguentemente leggere in una *intentio* del genere quello stesso tipo di motivazioni politiche di cui *infra*, par. 9.3.

120 Il testo è riprodotto da E. BRUTI LIBERATI, I.J. PATRONE, *Sul mandato di arresto europeo,* in http://www2.unife.it/forumcostituzionale/contributi/que-giu.htm, par. 3.

121 V. le notizie riportate, per restare a una fonte giornalistica estera (anche rispetto all'Unione), dal *Corriere del Ticino,* 13 dicembre 2001, p. 5: per il Presidente del Consiglio dei Ministri italiano in carica (XIV legislatura: 2001-2006) l'eccezione risulta giustificata dal fatto che «partendo dal mandato di cattura si è deciso di costruire un edificio cominciando dal tetto, mentre il sistema classico avrebbe richiesto di armonizzare prima gli ordinamenti esistenti e poi di adottare questo strumento», giacché «certi reati e certi riti processuali sono diversi da un Paese all'altro» (*ibid.*).

sarebbe allora potuto, magari, tenere presente il sistema inglese «che non conosce un Pubblico Ministero e affida l'indagine preliminare alla polizia»?[122]-[123].

Un altro dato, che consentirà ulteriore approfondimento, è che la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo non fa distinzione tra corruzione pubblica e privata[124].

Si vuole insomma qui sottolineare che la prassi interna maturata dall'adattamento alle disposizioni internazionali rappresenta a propria volta un tassello di quella prassi internazionale che consente alla comunità degli Stati – vuoi con l'adozione di norme convenzionali, vuoi con il consolidamento di una disciplina capace di migliorare l'azione di prevenzione e di repressione dei fatti di corruzione – di fare ulteriori passi in una direzione che potrebbe essere qualificata, più che di moralizzazione, di trasparenza a fini (tra l'altro ma non solo) di migliore concorrenza e quindi di sviluppo del mercato; di approfondimento delle relazioni transnazionali, superandone la semplicistica lettura fondata sul principio *business are business*; di eguaglianza di opportunità; di pluralismo; di consolidamento della democrazia stessa.

Restano alcune questioni aperte.

9.2. Rilevanza della corruzione interna nella disciplina pattizia

Ci si deve domandare se questa composita disciplina internazionale si applichi anche a fatti di corruzione meramente interna, privi di aspetti di internazionalità. La risposta non è univoca, giacché occorre guardare a quanto dispone ogni singolo strumento normativo.

La Convenzione OCSE e la Convenzione di Palermo si occupano esclusivamente di situazioni che presentino un elemento di internazionalità, come emerge chiaramente dal loro titolo, dalla rubrica delle norme che ne individuano il campo materiale di applicazione, nonché dallo stesso disposto normativo[125]. Diversamente può dirsi per la Convenzione di Merida.

Diverso è anche l'approccio degli strumenti giuridici da ricondurre all'ambito dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa: essi si propongono di promuovere, in relazione all'ambito materiale di applicazione loro proprio, un regime armonizzato per l'ambito spaziale sostanzialmente coincidente con l'insieme dei territori degli Stati parte[126], indipendentemente dal fatto che la fattispecie illecita nasca e si esaurisca con riferimento a un solo ordinamento nazionale oppure abbia carattere di internazionalità o di transnazionalità (per il fatto di

---

122 E. BRUTI LIBERATI, I.J. PATRONE, *op. cit.,* par. 4.

123 Regolare attentamente la fase del controllo da parte del giudice italiano sulla richiesta di esecuzione proveniente dall'estero è altra questione (per esempio attinente alla previsione – in fase di attuazione della decisione quadro – dell'attribuzione della competenza sui provvedimenti cautelari, anziché al GIP monocratico, direttamente al collegio: v. E. BRUTI LIBERATI, I.J. PATRONE, *op. cit.*, par. 3) rispetto a quella – di cui dovrebbero semmai preoccuparsi gli altri Stati nel contesto dell'applicazione della decisione quadro – della nostra complessiva organizzazione giudiziaria.

124 V. N. PARISI, D. RINOLDI, *Pluralità di strumenti pattizi internazionali di lotta alla corruzione e adattamento dell'ordinamento italiano*, in G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, Milano (Egea), 2002, partic. p. 259. V. anche *infra*, par. 9.3.

125 V. esemplificativamente l'art. 1 della Convenzione OCSE che, sotto la rubrica «The Offence of Bribery of *Foreign* Public Officials» dispone: «Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence (…) to offer (…) to a *foreign* public officials (…)» (corsivo aggiunto).

126 Sul concetto di territorio dell'Unione, o di territorio comunitario, v. CGCE 8 dicembre 1987, C-144/86, in *Raccolta*, p. 4876, punto 18, e 10 febbraio 1994, C-398/92, *ibid.,* p. I-480, punto 19. L'applicazione del diritto dell'Unione europea nei territori degli Stati membri sopporta a vario titolo delle deroghe consensualmente stabilite, deroghe che possono concernere uno specifico ambito geografico (per esempio la Groenlandia, su cui comunque ancora si esercita la sovranità della Danimarca) o materiale (v. per esempio le varie opzioni – *opting-in; opting-out* – a suo tempo stabilite per Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca rispetto al Titolo IV della Parte III del Trattato CE, ovvero ora riprese negli specifici Protocolli annessi ai Trattati sull'Unione e sul funzionamento dell'Unione europea, il quale ultimo con la riforma voluta nel Trattato di Lisbona si sostituisce a quello istitutivo della Comunità (*ex* economica) europea, mentre rimane in essere il Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica).

coinvolgere dal punto di vista oggettivo o soggettivo due o più ordinamenti interni, o uno di questi e l'ordinamento dell'Organizzazione intergovernativa).

A quanto ultimamente detto si allinea la disciplina stabilita dagli strumenti europei di cooperazione giudiziaria penale: l'impianto del coordinamento fra autorità nazionali che essi disegnano è destinato a operare anche nell'occasione di illeciti che rilevano penalmente per un solo ordinamento, il quale, tuttavia, si trovi ad avere bisogno della cooperazione di altri ordinamenti ai fini dell'acquisizione di prove, della ricerca della persona, e così via.

9.3. Sintonie e distonie fra norme internazionali e disciplina nazionale di adattamento

Come visto, l'Italia ha eseguito la Convenzione OCSE e la Convenzione dell'Unione europea in materia di corruzione con un unico provvedimento, la legge n. 300/2000, che ha trovato specificazioni importanti nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, con gli ulteriori approfondimenti di cui al decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, arrivando alle leggi 28 dicembre 2005, n. 262; 16 marzo 2006, n. 146; 3 agosto 2007, n.123 e 18 marzo 2008, n. 48; nonché al decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, per citare solo alcuni provvedimenti[127]. Il giudizio su questo articolato complesso normativo, se in astratto è positivo, sollecita preoccupazioni fattuali in ordine agli effetti che esso è in grado di esplicare in relazione all'obiettivo di prevenire e reprimere i fatti di corruzione. Infatti, essendo stata introdotta nel nostro ordinamento la responsabilità penale-amministrativa degli enti[128], è possibile oggi perseguire questi ultimi con l'eventuale conseguenza dell'irrogazione di sanzioni nei loro confronti; ma certo permane un dato sociologico rilevante sul perpetuarsi delle condotte qui in oggetto. A motivo dell'esatto recepimento delle norme convenzionali contro la corruzione – capaci di saldarsi con altre disposizioni, fra l'altro con le direttive comunitarie in materia societaria – le autorità giudiziarie italiane hanno comunque in mano una serie di strumenti incisivi, quali il blocco dei conti bancari e il sequestro, nonché la confisca di valore, cioè non soltanto quella delle somme incassate dall'ente e corrisposte dal privato a fini di corruzione[129].

Altre disposizioni di diritto interno adottate, anche ma non esclusivamente, nell'occasione dell'esecuzione di strumenti pattizi internazionali presentano viceversa qualche ombra, suscitando dubbi quanto a possibili antinomie tra le une e gli altri[130].

Addirittura già nell'impostazione generale del rapporto fra ordinamenti, interno e internazionale, si possono rilevare interventi dello stesso legislatore italiano che stigmatizzano il

---

127 Sulla legge n. 300/2000, come sul decreto n. 231/2001, v. G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa* ecc., cit. Il decreto n. 61/2002, adottato per adempiere alla delega parlamentare conferita con legge 3 ottobre 2001, n. 366, contiene disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, mentre la legge n. 146/2006 fra l'altro estende le ipotesi di responsabilità dell'ente per crimini internazionali (art. 10), e le leggi n. 48/2008, n. 123/2007 e n. 262/2005 rispettivamente inseriscono un art. 24*bis* («Delitti informatici»), un art. 25*septies* («Omicidio colposo e lesioni colpose (…) commessi con violazione delle norme antinfortunistiche») e un art. 25*bis* («Falsità in moneta») nel decreto n. 231/2001. Il decreto n. 231/2007 inserisce in quello appena cit. un art. 25*octies* («Ricettazione, riciclaggio»). V. anche le leggi 18 gennaio 2003, n. 7; 11 agosto 2003, n. 228; 18 aprile 2005, n. 62; 9 gennaio 2006, n. 7 e 6 febbraio 2006, n. 38. V. infine: Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la politica criminale*, Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza* ex *D. Lgs n. 231/2001*, in Quaderno n. 244 e n. 245, A.S.S.B.B.-U.C.S.C.

128 Così l'art. 5 del decreto n. 231/2001, cit., nonché l'art. 3 del decreto n. 61/2002, cit. Una prima applicazione del principio è in Trib. Pordenone, sez. GIP-GUP, sentenza 14 novembre 2002, *Coletto*, ma v. ad es. anche l'ordinanza 27 aprile 2004, Trib. Milano, Ufficio del G.I.P. (Salvini). In dottrina, sulla responsabilità degli enti fra gli altri v.: G. CAPECCHI, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in DCI, 2006, p. 97 ss.; S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari (Tribunale di Milano, ord. 27 aprile 2004, Siemens A.G. – Tribunale di Milano, ord. 28 ottobre 2004, Siemens A.G.), ibid.*, 2006, p. 805 ss.; L. ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Corporate Criminal Liability: Responsibility of Legal Persons for Offenses in the European Context,* in M. CH. BASSIOUNI, V. MILITELLO, H. SATZGER (eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Milano, 2008, p. 315 ss.

129 Art. 322*ter* c.p., introdotto con l'art. 3 della legge n. 300/2000.

130 V. N. PARISI, D. RINOLDI*, Pluralità di strumenti* ecc., cit, p. 261 ss.

fatto di ricercare «mezzi e modi per disapplicare una legge dello Stato[131]», deprecando che a tale risultato «si è pervenuti appellandosi a *una non dimostrata e non dimostrabile prevalenza di asseriti princìpi e convenzioni di diritto internazionale sul diritto nazionale* e sovvertendo così la gerarchia delle fonti stabilita dalla Costituzione»[132]. Beninteso la mozione intendeva andare assai oltre il richiamo alla sola inalterabilità dei *princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano*, non rovesciabili (sovvertibili) *né da norme internazionali né da leggi di revisione costituzionale* (anche al di fuori del solo limite di cui all'art. 139 della Costituzione, sull'imprescindibilità della forma di Stato repubblicana)[133].

Così, dubbi sono sorti di fronte alla disciplina di diritto penale sostanziale stabilita dalle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 61/2002[134], in materia di falso in bilancio, in relazione alla loro idoneità a eseguire correttamente l'art. 8 della Convenzione OCSE. Quest'ultima pone alle Parti contraenti due diversi ma sinergici obblighi, stabilendo da un lato che:

> «In order to combat bribery of foreign officials effectively, each Party shall take such measures as may be necessary […] to prohibit the establishment of off-the-books accounts, the making of off-the books or inadequately identified transactions, the recording of non-existent expenditures, the entry of liabilities with incorrect identification of their object, as well as the use of false documents […]»;

e prevedendo da un altro lato che:

> «Each Party shall provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties».

Ci si è dunque subito domandati se a questa duplice responsabilità fosse in grado di far fronte una disciplina che ruota intorno a tre soluzioni normative: l'individuazione della soglia di punibilità sulla base di una "doppia franchigia"[135]; le condizioni dell'azione organizzate sul doppio binario della procedibilità d'ufficio per la contravvenzione e su querela per il delitto, salvo che si tratti di società per azioni, per la quale si è disposta la procedibilità d'ufficio[136]; il regime della prescrizione[137]. Soprattutto la prima soluzione, concernente la soglia di punibilità, ha portato a sottolineare che «quando un legislatore fissa "soglie quantitative" per stabilire fin dove gli

---

131 Si tratta della legge 5 ottobre 2001, n. 367, di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dell'Accordo italo-svizzero del 10 settembre 1998, che completa fra le Parti la Convenzione (del Consiglio d'Europa) di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione. L'Accordo bilaterale è stato ratificato dalla Svizzera solo il 26 marzo 2003, dopo perplessità manifestate dal governo di quel Paese a motivo delle innovazioni introdotte dall'Italia con la suddetta legge di adattamento ordinario: l'Ufficio federale della Giustizia ha ritenuto infine proprio che «svariate decisioni delle più alte autorità giudiziarie italiane hanno fugato i dubbi che sussistevano in merito all'interpretazione e all'applicazione da parte italiana dell'accordo aggiuntivo [alla Convenzione di Strasburgo del 1959] e della relativa legge di applicazione» (notizie *in Il Corriere del Ticino*, 27 marzo 2003, p. 11; *Il Sole 24 Ore*, 27 marzo 2003, p. 11).

132 Senato della Repubblica, mozione approvata il 5 dicembre 2001 *sulla questione giustizia* (v. il testo anche nel sito http://www.unife.it/amicuscuriae/rogatorie); corsivo aggiunto.

133 V. sinteticamente ma esaustivamente al proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988.

134 *Supra*, nota 127.

135 Escludendosi cioè la punibilità per false comunicazioni sociali ove la falsità o le omissioni non determinino il superamento di due soglie alternative (variazione del risultato economico di esercizio non superiore al 5%; variazione del patrimonio netto non superiore all'1%).

136 Prevedendosi infatti contravvenzione per il caso di false comunicazioni sociali senza danno per i soci e i creditori e disponendosi per tale fattispecie la procedibilità d'ufficio; limitandosi invece il delitto al caso in cui la condotta determini un danno agli stessi, procedendosi per tale fattispecie su querela del danneggiato.

137 A parte la disposizione intertemporale secondo la quale, per i reati perseguibili a querela commessi prima della data di entrata in vigore del decreto, il termine per la proposizione della querela decorre da tale data (art. 5), rileva la disciplina posta in via generale, che prevede un termine di prescrizione triennale (prolungato a quattro anni e sei mesi per fatti interruttivi: art. 2621 c.c.) per la contravvenzione, un termine di cinque anni elevabile a sette anni e sei mesi per il delitto, stabilendo altresì la decorrenza dal momento del compimento dell'atto e non dal momento della sua conoscenza da parte del titolato all'azione.

amministratori … possono impunemente rubare e quando, invece, rischiano di passare (anche) ufficialmente per ladri, è la coscienza della società c.d. civile (quanto si fa per dire…) ad oscillare vertiginosamente, per segnare un'ora che non può essere che quella dell'*exitus* di quel Paese che di null'altro sembra più preoccuparsi se non di legalizzare l'illegalità permanente»[138].

In particolare, poi, i dubbi si concentrano, anche dopo la revisione della disciplina inizialmente introdotta in sostituzione di quella previgente[139], sull'idoneità della legge a rispettare l'obbligo di sanzionare in modo efficace, proporzionato e dissuasivo: obbligo che non è imposto allo Stato italiano dalla sola Convenzione OCSE, ma anche dal diritto dell'Unione, vuoi perché la Corte di giustizia del Lussemburgo ha elaborato un principio giurisprudenziale di analogo contenuto[140], vuoi perché così esplicitamente dispone già l'art. 6 della prima direttiva di armonizzazione del diritto societario (n. 68/151/CEE) volta a stabilire, tra l'altro, un sistema generale di pubblicità degli atti sociali uniforme per tutto il territorio dell'Unione, in funzione di trasparenza e di tutela degli interessi dei soci e dei creditori[141]. Certo la congruenza del diritto interno rispetto all'obbligo pattizio (anche discendente da attività dell'Unione europea) va verificata nel complesso dell'ordinamento giuridico nazionale in questione, dunque pure ricercando se altra disciplina, diversa da quella specificamente posta per l'osservanza dei vari strumenti vincolanti internazionali, consenta di pervenire a un giudizio di efficacia, proporzionalità e dissuasività degli strumenti sanzionatori e, più in generale, di adeguata rispondenza al dettato "esterno".

Appare dunque puntuale l'esigenza di conformare complessivamente l'ordinamento italiano alla decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, quale prevista nella legge 25 febbraio 2008, n. 34 («Legge comunitaria 2007»)[142].

I «Princìpi e criteri direttivi di attuazione della decisione», di cui all'art. 29 della legge, così dispongono:

> «Il Governo adotta il decreto legislativo recante le norme occorrenti per dare attuazione alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, (…) sulla base dei seguenti princìpi e criteri direttivi, realizzando il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti:
>
> (a) introdurre nel libro II, Titolo VIII, capo II, del codice penale una fattispecie criminosa la quale punisca con la reclusione da uno a cinque anni la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente sollecita o riceve, per sé o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accetta la promessa di tale vantaggio, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative non meramente esecutive per conto di una entità del settore

---

138 A. CRESPI, *Il falso in bilancio e il pendolarismo delle coscienze*, in RS, 2002, p. 458. V. anche G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, A.S.S.B.B.-U.C.S.C., Ciclo di conferenze e seminari *L'uomo e il denaro*, in Quaderno n. 15, 2006, p. 16 s.

139 V. la legge n. 262 del 28 dicembre 2005 ("Legge sul risparmio") che fra l'altro introduce l'aggravante del *danno ai risparmiatori*, modificando l'art. 2622 c.c.

140 Sentenza 21 settembre 1989, 68/88, *Commissione c. Grecia* ("*Mais greco*"), in *Raccolta,* 1989, p. 2965 ss.

141 Direttiva del 9 marzo 1968 *intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, co. 2, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GUCE* L n. 65, 14 marzo 1968, p. 8 ss.). Vale la pena di ricordare in questa sede che la Corte di giustizia dell'Unione europea – interpellata da un giudice nazionale secondo la procedura del rinvio pregiudiziale (di cui *infra*, par. 9.6) sulla portata di alcune disposizioni della direttiva 68/151/CEE – ha affermato che l'art. 6 della direttiva stessa «va interpretato nel senso che esso osta alla legge di uno Stato membro che preveda solo per i soci, i creditori nonché la commissione interna centrale o la commissione interna della società il diritto di chiedere la sanzione prevista da tale normativa nazionale nel caso di mancato rispetto da parte di una società degli obblighi in materia di pubblicità dei conti annuali sanciti dalla prima direttiva», dal momento che «la pubblicità dei conti annuali mira principalmente (…) a consentire a qualsiasi interessato di ottenere informazioni (…)» sulla situazione contabile e finanziaria della società (sentenza 4 dicembre 1997, C-97/96, *Verband Deutscher Daihatsu,* in *Raccolta*, p. I-6843 ss., specific. par. 23 e par. 22).

142 «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee»: v. l'art. 28, contenente «Delega al Governo per l'attuazione di decisioni quadro», fra cui (art. 28.1, lett. a) la decisione in oggetto.

privato, per compiere o omettere un atto, in violazione di un dovere, sempreché tale condotta comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali;
(b) prevedere la punibilità con la stessa pena anche di colui che, intenzionalmente, nell'ambito di attività professionali, direttamente o tramite intermediario, dà, offre o promette il vantaggio di cui alla lettera *a*);
(c) introdurre fra i reati di cui alla sezione III del capo I del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, le fattispecie criminose di cui alle lettere *a*) e *b*), con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle entità nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato».

Il Governo attualmente in carica ha lasciato scadere i termini (di un anno) per l'emanazione del decreto di attuazione della decisione previsto dalla "Legge comunitaria" emanata nella legislatura (XV: 2006-2008) precedente e non ha utilizzato le successive occasioni offerte dalla "Legge comunitaria 2008" e dalla "Legge comunitaria 2009", non rinnovando la delega per l'attuazione della decisione quadro in questione. Non si può non sottolineare che il nostro Stato ha reso, al momento dell'approvazione di quest'ultima da parte del Consiglio dell'Unione europea (dunque nel 2003)[143], una dichiarazione, pur prevista dall'art. 3.2 dell'atto in oggetto, che limita il campo di applicazione dell'art. 2.1 «alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali»[144].

La creazione di una complessiva fattispecie di reato, pur senza farsi soverchie illusioni sulla sua capacità immediata di contrasto nell'attuale contesto sociale[145], colmerebbe una lacuna rispetto a un'alternante conformità del nostro ordinamento, per così dire a "macchia di leopardo" o in "chiaroscuro", alla decisione. Indicativa al riguardo è la tabella fornita dalla Commissione europea[146], dove per l'Italia risulta, in rapporto ai vari articoli dell'atto: assenza o insufficienza di informazioni quanto all'art. 1 relativamente alla nozione di persona giuridica e di «violazione di un dovere»; parziale attuazione quanto agli artt. 2 e 7; attuazione totale quanto agli artt. 3 e 4; nessuna attuazione quanto agli artt. 5 e 6[147].

Un completo adeguamento italiano determinerebbe poi vantaggi anche per l'attuazione di provvedimenti di consegna ai sensi del mandato d'arresto europeo, che esclude il reato di corruzione dalla verifica della sussistenza del requisito della doppia incriminazione[148].

L'azione dell'Unione europea[149] ha del resto finalmente portato l'Italia – ultima fra i quindici Stati membri aderenti, prima dei dodici ingressi del 2004 e del 2007 – ad adottare nella presente (XVI) legislatura la legge n. 135, del 4 agosto 2008, di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del secondo Protocollo alla Convenzione relativa agli interessi finanziari delle Comunità. Proprio dal nostro Paese ha finito col dipendere l'entrata in vigore del Protocollo giacché (art. 16.3 dello stesso) essa è prevista «novanta giorni dopo la notifica (…) [dell'espletamento delle procedure interne di ratifica] da parte dello Stato membro dell'Unione europea al momento dell'adozione dell'atto che stabilisce il protocollo [1997], che procede per

---

143 Si trattava del Governo operante nel corso della XIV legislatura (2001-2006).
144 V. Relazione della Commissione al Consiglio a norma dell'art. 9 della decisione quadro 2003/58/GAI, 18 giugno 2008, COM(2007)328 def., in EUR-LEX-52007DC0328-IT, par.1 in fine (p. 3). La dichiarazione ha validità per cinque anni; l'Italia «potrebbe scegliere però di rimuovere questo limite» (v. M. CASTELLANETA, *Nell'attuazione delle decisioni quadro il Bel Paese mette a punto altri strumenti*, in *GD*, n. 1/2008, specific. p. 19).
145 V. G. FORTI, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione,* in RIDPP*,* 2003, p. 1115 ss.
146 V. la Relazione cit. *supra,* nota 144, p. 8 s.
147 Sui vari punti toccati dalla tabella sopra rammentata v. M. CASTELLANETA, *Nell'attuazione* ecc., cit., pp. 19-21.
148 Op. ult. cit., p. 19.
149 V. Deuxième rapport de la Commission, *Mise en oeuvre de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles (Art. 10 de la Convention),* 14 février 2008, COM(2008)77 final, partic. p. 7.

ultimo a detta formalità». Benché cada nel complesso di disposizioni internazionali già elaborate a protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, ora dell'Unione, e dunque di interessi pubblici, il Protocollo ha a che fare più in generale col nostro tema occupandosi di corruzione e frode quali delitti presupposti di riciclaggio, delitti che minano la stabilità dei sistemi finanziari specie se le condotte sono poste in essere da persone giuridiche[150].

Come osservato si occupa invece, puntualmente, di corruzione privata (artt. 12, 21-22 e 39) la Convenzione di Merida, che vede la carenza di esecuzione italiana fra l'altro proprio in materia di contrasto alla corruzione privata.

Al riguardo va anche ricordato che il 25 settembre 2008 è intervenuta una decisione del Consiglio dell'Unione relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della suddetta Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione[151], che ai sensi del proprio art. 67.2 «shall also be open for signature by regional economic integration organisations provided that at least one member of such organisation has signed this Convention». Inoltre «A regional economic integration organisation may deposit its instrument of ratification, acceptance or approval if at least one of its Member States has done likewise. In that instrument (…) such organisation shall declare the extent of its competence with respect to the matters governed by this Convention» (art. 67.3). Conseguentemente, dal 12 dicembre 2008 l'Accordo in questione vincola la Comunità europea (oggi l'Unione) «nei limiti delle sue competenze»[152] e pertanto, entro quegli stessi limiti, vincola la Repubblica italiana, dalla quale in ogni caso ci si attende – nuovamente va sottolineato – un pronto adeguamento complessivo alla Convenzione.

Del resto al riguardo non si può non ricordare che il nostro Paese ha firmato la Convenzione di Merida nel 2003, dunque nel corso di quella XIV legislatura che vedeva il Governo sorretto da una maggioranza parlamentare di segno politico analogo a quella presente nell'attuale, XVI, legislatura, e comunque con l'incarico di Presidente del Consiglio dei Ministri ricoperto dalla medesima persona. Ciò consente di osservare che nulla dovrebbe impedire il completamento delle misure italiane volte ad obbligarsi pienamente all'Accordo. Quanto ai ritardi già intercorsi tra firma e deposito della ratifica va d'altro canto sottolineato il fatto che la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati, ratificata ed eseguita dall'Italia ma anche espressiva di norme internazionali consuetudinarie, dunque generali, prevede l'obbligo, di buona fede (art. 18), di non privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo prima dell'entrata in vigore. Così, uno Stato deve astenersi dal compiere atti suscettibili di tali conseguenze fra l'altro «when: (*a*) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval»; tutto ciò, «*until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty*»[153]. Al riguardo qualche dubbio può essere manifestato su vicende come quella che ha portato alla soppressione dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione e al trasferimento delle sue funzioni al Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione[154]. C'è da domandarsi,

---

150 V. R.[anieri] RAZZANTE, *Anti riciclaggio, più responsabilità per le imprese*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2008, p. 19.

151 *GUUE* L n. 287, 29 ottobre 2008, p. 1 ss., col testo della Convenzione nelle lingue ufficiali inglese, francese e spagnolo.

152 Decisione del 25 settembre 2008, 2008/810/CE, cit. *supra* nel testo, sesto considerando. Per la dichiarazione relativa all'ambito di competenza, *ex* art. 67.3 della Convenzione, v. p. 108 s. della *GUUE* cit. alla nota precedente. V. anche European Commission-External Relations, DG RELEX/B2 – Treaties Office, *Agreements with a Declaration of competence by the EC*, specific. p. 21 s. La «Date of Entry Into Force» per la Comunità è pubblicata in Treaty Office Database (European Commission/External Relations/Treaties Office).

153 Il corsivo è aggiunto. Che si possa trattare di un obbligo consuetudinario è argomentabile tra l'altro sulla base di elementi della prassi internazionale quali il "ritiro della firma" operato dagli Stati Uniti d'America rispetto allo Statuto della Corte penale internazionale. Pur trattandosi di un soggetto internazionale non vincolato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dopo che il Presidente degli U.S.A. W.J. Clinton aveva autorizzato l'apposizione della firma in data 31 dicembre 2000 – allo scadere del suo secondo mandato presidenziale e nell'ultimo giorno utile per tale atto – il successore nella presidenza, G.W. Bush, ha disposto la revoca, evidentemente per ragioni politiche ma senza impedire di ritenere che sul piano giuridico ci si volesse liberare dell'obbligo di astenersi dal compiere atti che potessero privare lo Statuto della Corte dell'oggetto e dello scopo.

154 *Supra,* par. 7.

come già osservato, se l'Italia non pregiudichi l'obbligo (art. 6.2) di assicurare l'esistenza di organi di prevenzione della corruzione dotati dell'indipendenza necessaria a esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza, in ogni caso dovendosi ulteriormente tenere conto del fatto che la competenza del nuovo Servizio anticorruzione e trasparenza non si estende al settore privato, di cui pure la Convenzione di Merida si occupa obbligando i contraenti ad adeguarsi alle proprie disposizioni.

E' stato promosso il procedimento di ratifica (nella scorsa legislatura) anche delle due Convenzioni elaborate nell'ambito del Consiglio d'Europa e incidenti in materia di corruzione (le cosiddette Convenzioni penale e civile sulla corruzione), compresa quella privata, Convenzioni – di nuovo – ambedue a suo tempo firmate dall'Italia (nel 1999, nel corso della XIII legislatura: 1996/2001)[155]. Benché quel procedimento si sia interrotto per gli stessi motivi concernenti quello di mancata stipulazione (poi portata a termine) della Convenzione delle Nazioni Unite sopra ricordato, almeno resta l'avvenuta adesione del nostro Paese al "GRECO", cioè al Groupe d'Etats contre la corruption/Group of States against corruption del Consiglio d'Europa, con la partecipazione ai suoi lavori già dell'Alto Commissario anticorruzione e del Ministero della Giustizia a decorrere dalla riunione plenaria tenutasi a Strasburgo nell'ottobre del 2007[156].

Va comunque, infine, ulteriormente verificato se alcune tra le questioni antinomiche del tipo sopra adombrato possano essere risolte in tutto o in parte secondo percorsi logici che in generale devono essere utilizzati quando si tratti di ricostruire una disciplina giuridica che veda la confluenza di fonti interne e di fonti internazionalmente imposte. Da questo punto di vista rilevano sia criteri ermeneutici, sia princìpi che regolino la prevalenza di una fonte sull'altra[157].

9.4. Interpretazione conforme del diritto interno al diritto internazionale

Le considerazioni esposte al punto precedente pongono questioni che tutte si situano sul piano del rapporto tra fonti appartenenti a ordinamenti diversi, quello del singolo sistema pattizio considerato e quello nazionale nel suo complesso, con riferimento dunque sia alle norme adottate dal legislatore nazionale in piena autonomia, sia alle norme interne dettate dalle esigenze di un puntuale adempimento dei precetti convenzionali, sia infine alle disposizioni introdotte nell'occasione dell'esecuzione di un accordo internazionale ma indirizzate a riforme di più ampio respiro.

Ove la loro vigenza determinasse l'emergere in concreto di aspetti di antinomia (apparente o meno), la via per sanare il contrasto non può che essere ricercata in prima battuta sul piano ermeneutico, ricorrendo al principio della *presunzione di conformità* del diritto interno al diritto internazionale. In questa prospettiva, fra tutte le interpretazioni possibili di una disposizione che appartiene al primo sistema normativo si deve accogliere quella conforme a quanto dispone il secondo, nella presunzione appunto – già secondo l'insegnamento di Dionisio Anzilotti[158] – che il legislatore interno «voglia ed agisca in modo conforme a ciò che gli è imposto da' suoi doveri internazionali» sulla base di un criterio di ragionevolezza: abbia cioè la percezione dell'interesse «a essere in regola con i propri obblighi internazionali», non desiderando determinare il sorgere di responsabilità esterna per atto illecito.

Quest'approccio ha trovato ad esempio conferma nell'occasione di una antinomia, ritenuta possibile fra norme interne e internazionali, rispetto all'apprezzamento della portata della

---

155 V. i disegni di legge, approvati dal Consiglio dei Ministri il 12 ottobre 2007, recanti rispettivamente «ratifica ed esecuzione della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno», e «ratifica ed esecuzione della Convenzione civile sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 4 novembre 1999».

156 Notizie al riguardo in www.anticorruzione.it/site/ArtId_580/355/DesktopDefault.aspx.

157 *Infra,* parr. 9.4 e 9.6.

158 *Il diritto internazionale nei giudizi interni,* Bologna, 1905, p. 223.

Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959 in relazione alle norme contenute nella legge di esecuzione e adattamento ordinario, n. 367/2001, relativa all'Accordo italo-svizzero che completa la Convenzione suddetta[159]. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in tema di costituzionalità degli artt. 727.5*bis* e 729.1 e 1*bis* c.p.p., come modificati da quest'ultima legge, nonché dell'art. 18 di essa, motiva la manifesta inammissibilità della questione di legittimità sottopostagli dal Tribunale di Roma[160] sulla base dell'assunto che il giudice della remissione «prospetta essenzialmente un conflitto interpretativo tra gli enunciati testuali delle disposizioni legislative censurate e l'asserita prassi internazionale consolidata[[161]], ponendo così in realtà una questione di mera interpretazione, per risolvere la quale non può rivolgersi alla Corte costituzionale, ma deve avvalersi di tutti gli strumenti ermeneutici applicabili, tra i quali, trattandosi di un accordo internazionale, anche i princìpi della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati»[162] (art. 31 ss.). La questione rilevante per il giudice *a quo* – continua la Corte – avrebbe dovuto essere affrontata verificando «se potessero adottarsi differenti interpretazioni delle norme censurate […] le quali fossero in grado di risolvere la proposta questione»[163]: è, dunque, proprio all'utilizzo del principio di conformità che la Corte richiama il giudice di merito. Del resto a questo stesso principio rinvia la Corte di giustizia delle Comunità europee quando, considerando le possibilità di applicazione in Italia di una decisione quadro non attuata e priva di efficacia diretta *ex* art. 34.2, lett. c, del Trattato d'Unione (versione precedente alla riforma di Lisbona), essa afferma che «[i]l giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, *per quanto possibile*, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro»[164].

La Corte di cassazione si è dal canto suo pronunciata a inizio 2007 su difformità d'applicazione della disciplina italiana, di attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, relativamente alla consegna o non – da parte delle nostre autorità giudiziarie – di un imputato in dipendenza della condizione, prevista dalla legge n. 69 del 2005 ma non dalla decisione quadro, dell'esistenza nell'ordinamento in cui avviene la consegna di un limite massimo di custodia cautelare preventiva[165]. Sviluppando il principio di interpretazione conforme della normativa interna ai vincoli imposti dalla disciplina dell'Unione europea, la sentenza valuta che nell'ordinamento dove viene effettuata la consegna – cioè di emissione del mandato – sia necessaria la presenza, più che di termini rigidi di durata della custodia cautelare, di *garanzie equivalenti*, omogenee ma non necessariamente identiche, a quelle proprie dell'ordinamento che procede alla consegna. Il principio affermato ai sensi dell'art. 173, co. 3, delle disposizioni d'attuazione del codice di procedura penale è dunque che:

> «in materia di mandato di arresto europeo, con riguardo alla previsione dell'art. 18 lett. e) della legge 22 aprile 2005, n. 69, che prevede un caso di rifiuto di consegna "se la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva", l'autorità giudiziaria italiana deve verificare, ai fini della consegna, se nella legislazione dello Stato membro di emissione sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia

---

159 V. *supra*, nota 131.

160 Ordinanza del Tribunale di Roma, 7 novembre 2001 (*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, n. 3/2002, prima serie speciale).

161 La prassi cui il giudice costituzionale si riferisce (v. N. PARISI, D. RINOLDI, *Responsabilità d'impresa* ecc., cit., par. 2.c) è – con riferimento alla motivazione del giudice *a quo* – l'uso, consolidatosi nelle relazioni fra gli Stati che aderiscono alla Convenzione di Strasburgo del 1959 sull'assistenza giudiziaria penale, di ricorrere a modalità di trasmissione del materiale rogato più informali (cioè più spicce ma non per questo meno "garantiste") rispetto a quelle stabilite nell'art. 3.3 della stessa Convenzione.

162 Ordinanza 4 luglio 2002, n. 315, confermata dall'ordinanza 20 novembre 2002, n. 487.

163 Ordinanza 4 luglio 2002, cit.

164 Sentenza del 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino,* in *Raccolta*, p. I-5285, punto 61 e ultimo capoverso del dispositivo (corsivo aggiunto).

165 Cass. pen. (sezz. unn.), sentenza 30 gennaio 2007, n. 4614.

comunque desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare o, in alternativa, alla estinzione della stessa»[166].

Beninteso, va ulteriormente sottolineato che, comunque, in generale le giurisdizioni nazionali

«should be empowered by their domestic legal order to interpret and apply international law *with full independence* (…) basing themselves on the methods followed by international tribunals»[167].

9.5. Principio di specialità e prevalenza interna del diritto pattizio

Allorché la supposta antinomia fra norma interna e norma internazionale non sia sanabile sul piano ermeneutico, grazie all'utilizzo del principio dell'interpretazione conforme, soccorre in seconda battuta il *principio di specialità*, utile ad assegnare la necessaria prevalenza alla norma di origine internazionale (cioè alla disposizione di sua esecuzione nello Stato) su quella interna confliggente. Tale principio vuole infatti che la disciplina nazionale di rango legislativo ceda il passo a quella pattizia alla cui attuazione si sia provveduto con norme di pari rango (giacché ai trattati l'ordinamento interno *abitualmente* si adegua con legge ordinaria, che oltretutto - sempre abitualmente - autorizza la ratifica dell'accordo): ciò sulla base della presunzione che il dettato pattizio sia il più idoneo a regolare rapporti che travalicano i confini nazionali e contemporaneamente in ossequio alla necessità primaria di non venire meno agli impegni assunti verso l'esterno con altri soggetti internazionali.

Questo principio è pedagogicamente espresso nell'ordinamento italiano, per limitarsi all'ambito penalistico, dall'art. 696 c.p.p. nonché dall'art. 13 c.p., che assegnano alle norme di origine meramente interna incidenti in materie regolate da accordi un ruolo sussidiario e complementare rispetto ad essi, ovviamente nelle materie da essi disciplinate e per quanto da essi disposto. Ne deriva che le sopra ricordate possibilità antinomiche fra norme interne di autonoma determinazione del legislatore nazionale e disciplina pattizia[168] perdono gran parte della propria rilevanza: deve infatti intendersi che le norme divergenti – nella lettera o nello spirito – dal disposto convenzionale siano state poste per regolare rapporti (di assistenza giudiziaria penale) extraconvenzionali, mentre per la disciplina degli stessi rapporti coperti dalla sopra citata Convenzione europea del 1959, oppure da qualsiasi altro strumento pattizio, sono questi strumenti a disporre la regolamentazione[169].

Ciò non significa concludere nel senso della assoluta intangibilità delle norme convenzionali. Può infatti ben essere effettuata la denuncia di un trattato, o il recesso da un'organizzazione intergovernativa stabilita sulla base di questo, purché ciò avvenga in modo esplicito e approvando in questo senso strumenti interni di pari rango rispetto a quelli a suo tempo adottati per l'adattamento interno all'accordo in questione. Tale facoltà di recesso o

---

166 Corsivo aggiunto.

167 Così l'art. I della risoluzione dell'*Institut de droit international* (sessione di Milano, 1993) su *The Activities of National Judges and the International Relations of their State,* consultabile sul sito: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1993_mil_01_en.PDF (corsivo aggiunto). Vi si sottolinea ulteriormente (4° considerando) che, «in order to attain within each State a correct application of international law through its own methods of interpretation within each State, it is appropriate to strengthen the independence of national courts in relation to the Executive and to promote better knowledge of international law by such courts».

168 V. N. PARISI, D. RINOLDI, *Responsabilità* ecc., cit., par. 2.c, a proposito della legge di adattamento ordinario approvata in occasione dell'emanazione del provvedimento di esecuzione (nonché di autorizzazione alla ratifica) dell'Accordo italo-svizzero di assistenza giudiziaria penale (*supra,* nota 131).

169 *Ibid.*

denuncia è comunque internazionalmente lecita quando rispettosa anzitutto del diritto internazionale generale e delle previsioni che gli stessi trattati solitamente contengono al riguardo. Infine la legge di esecuzione di una convenzione può essere caducata dalla Corte costituzionale – come eccezionalmente è accaduto – nella parte in cui, pur ossequiosa del disposto pattizio e anzi proprio in quanto di questo rispettosa, presenti verificati contrasti con princìpi e valori fondamentali dell'ordinamento interno[170].

9.6. Attività interpretativa della Corte di giustizia del Lussemburgo e norme costituzionali sull'osservanza del diritto pattizio e in particolare degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea

Nonostante l'indubbia utilità che il principio di specialità esercita per garantire la prevalenza della norma internazionale su quella interna, la giurisprudenza di merito e quella costituzionale hanno tentato in vario modo, cercando un aggancio nella Costituzione, di assegnare agli accordi (*rectius*: alle norme interne di loro esecuzione) una forza di resistenza maggiore nei confronti della legislazione ordinaria occasionata da una volontà di regolamentazione meramente nazionale. Si tratta di un'operazione riuscita egregiamente, sul piano concreto, per il diritto dell'Unione europea, la cui *diretta applicabilità* a fronte della normativa nazionale contrastante viene protetta – secondo la tradizionale giurisprudenza del giudice delle leggi[171] – dall'art. 11 della nostra Carta fondamentale, che comunque assicura complessivamente il primato di quell'ordinamento sul diritto interno. Ma si tratta di un'operazione alla quale non si può ricorrere per norme pattizie non rispondenti ai presupposti stabiliti dall'art. 11 della Costituzione (o comunque al di fuori della sua interpretazione ad opera della Corte costituzionale, che solo in riferimento alle Comunità europee ne ha letto il disposto concernente le «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»). Va poi considerata l'indispensabilità, per la complessiva disciplina emanata dall'Unione europea nell'ambito delle proprie competenze, di puntuali interventi normativi interni di adattamento che la rendano compiutamente efficace quando essa sia priva di effetti diretti: in questo senso va valutata – in adempimento allo stretto *principio di legalità* costituzionalmente stabilito nell'art. 25 – l'attività nazionale che disponga l'attuazione di norme dell'Unione suscettibili di incidere sul piano penale e che, come è il caso della decisione quadro (quella sul mandato d'arresto europeo; o quella sulla corruzione privata; o un'altra), non siano direttamente applicabili.

Ora, l'obbligo del legislatore italiano di rispettare i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» pattizi è oggi esplicitamente ricavabile dal nuovo art. 117 della Costituzione[172] (al diritto internazionale generale già l'art. 10 della stessa Costituzione, com'è ben noto, fa esplicitamente riferimento). Dunque, di fronte a una possibile antinomia fra la norma pattizia (o di diritto derivato, anche non direttamente applicabile, dell'Unione europea) da una parte, e la legislazione d'origine meramente interna dall'altra parte, la via maestra sembra essere quella della proposizione della questione di costituzionalità al giudice delle leggi, al fine di

---

170 Sulla possibilità dell'esistenza di una causa esimente dell'illecito internazionale, in presenza di un contrasto tra princìpi fondamentali della Costituzione nazionale e l'osservanza di una norma internazionale («sempre che non si tratti di una norma di *jus cogens*»), v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale,* Napoli, 2002, VI ed., p. 362 s.

171 Com'é noto, a seguito della sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 1984, n. 170, *Granital,* il controllo di costituzionalità nel caso di conflitto fra una norma di diritto comunitario (ora dell'Unione) suscettibile di esplicare effetti diretti e una norma interna contrastante, precedente o successiva, è affidato alla Corte costituzionale solo per il caso di frizione con i princìpi fondamentali del nostro ordinamento (v. *supra*, note 131-133 e testo cui esse si riferiscono), spettando al singolo giudice di merito garantire l'osservanza del diritto dell'Unione *con effetti diretti*, non applicando la disposizione interna con esso contrastante.

172 V. legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte II della Costituzione,* in *Gazzetta ufficiale della Repubblica italian*a, 24 ottobre 2001, n. 248. Per una applicazione v. Corte costituzionale, sentenza n. 406 del 2005.

accertare se la norma interna non rispetti tali vincoli e debba essere dunque espunta dall'ordinamento[173].

Resta certamente aperto il problema di accertare l'esatto significato della norma internazionale: com'è noto e come si diceva sopra, infatti, l'opera di interpretazione di questa è in genere rimessa alle giurisdizioni nazionali che vi procedono all'atto della sua applicazione, ciò comportando nei fatti un pericolo di diversificazione della sua portata nel tempo e nello spazio. Il problema dovrebbe essere considerato risolto in radice quando si tratti di interpretare il diritto dell'Unione europea, dal momento che i Trattati ad essa relativi hanno stabilito un sistema di interpretazione accentrato nella Corte di giustizia, sistema a cui di recente anche la nostra Corte costituzionale – almeno con riguardo ai ricorsi ad essa proposti in via principale – ha dimostrato di voler accedere[174]. E' questo peraltro il percorso logico seguito da alcune giurisdizioni di merito[175] in relazione a un'ipotesi di antinomia fra le ricordate discipline, quella interna sul falso in bilancio e quella dell'Unione in materia societaria: i giudici hanno infatti utilizzato la via del ricorso pregiudiziale al fine di conoscere l'esatta interpretazione da riservare a talune norme contenute in direttive comunitarie, così da poter infine a loro volta interpretare in modo conforme ad esse le disposizioni italiane rilevanti nel caso di specie[176].

Vale da ultimo la pena di ricordare che l'obbligo di interpretare - fra diverse soluzioni in astratto possibili - il diritto nazionale in modo conforme al disposto dell'Unione è stato ribadito dalla Corte di giustizia del Lussemburgo[177] tra l'altro proprio in un caso di applicazione della direttiva 68/151/CEE di cui sopra si è detto[178].

III. IL "*WHISTLEBLOWING*": VINCOLI INTERNAZIONALI, ADATTAMENTO INTERNO E ATTITUDINE CULTURALE

di Nicoletta Parisi

Sommario: 10. La disciplina internazionale in materia di *whistleblowing*: gli strumenti pattizi.- 10.1. *(segue)* a livello universale (le Nazioni Unite e l'Organizzazione Internazionale del Lavoro).- 10.2. (*segue*) adottati nel contesto euro-atlantico (l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico).- 10.3. (*segue*) adottati specificamente nell'ambito dell'integrazione regionale europea (il Consiglio d'Europa e l'Unione europea).- 11. L'influenza delle norme internazionali sui modelli di organizzazione dell'attività d'impresa.- 12. Le difficoltà nell'adeguamento interno alle disposizioni internazionali elaborate in materia.- 13. La complessità delle situazioni coinvolte nella regolamentazione del *whistleblowing*.- 13.1. Il *whistleblower* fra libertà di espressione e obbligo di lealtà, discrezione e riservatezza nei

---

173 Quanto alla prospettazione della violazione dell'art. 117 Cost. da parte delle nuove disposizioni italiane in materia di falso in bilancio, per contrasto con la Convenzione dell'OCSE sulla lotta alla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali, a motivo dell' «introduzione di elevati elementi di discrezionalità che da un lato appaiono decisamente permissivi e dall'altro così generici da comportare una violazione del principio di stretta legalità», v. le notizie giornalistiche concernenti la memoria depositata dal P.M. nel processo *All Iberian* a supporto dell'eccezione di incostituzionalità presentata (*La Repubblica*, 6 dicembre 2002, p. 21). Ma si veda puntualmente: Trib. Milano, 3ª pen., ord. 12 febbraio 2003, *Berlusconi*; Trib. Palermo, uff. GIP, ord. 20 novembre 2002, in *Il falso in bilancio tra ordinamento interno e ordinamento comunitario,* a cura dell'Università di Napoli «Federico II» e dell'ELSA, convegno del 28 febbraio 2003, p. 65 ss.

174 Art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (*ex* art.. 234 del Trattato CE nonchè artt. 68TCE e 35 del Trattato di Unione ora abrogati). La menzione fatta nel testo alla Corte costituzionale concerne la sua ordinanza n. 103 del 2008.

175 V. Corte app. pen. Lecce, ord. 7 ottobre 2002, *Adelchi;* Trib. Milano, 1ª pen., ord. 6 ottobre 2002, *Berlusconi*; Trib. Milano, 4ª pen., ord. 29 ottobre 2002, *Dell'Utri e altri* (le ordinanze sono pubblicate in *Diritto & giustizia,* quotidiano *on-line*, 9 novembre 2002). L'ordinanza Trib. Milano, 2ª pen., 5 novembre 2002, ha d'altro canto rigettato la richiesta del P.M. di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (vedi sulla questione N. LETTIERI*, Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Diritto & giustizia*, 28 dicembre 2002, n. 46, p. 48 ss.).

176 Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri,* in *Raccolta*, p. I-3565 ss. S*upra,* nota 141, per un caso di ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia in materia analoga.

177 Sentenza 13 novembre 1990, in causa n. 106/89, *Marleasing SA,* in *Raccolta*, p. 4135 ss.

178 V. *supra* nel testo tra gli esponenti delle note 140 e 141.

confronti dell'ente di appartenenza.- 13.2. Il trattamento dei dati personali e la tutela dei diritti degli individui coinvolti nel fatto di *whistleblowing*.- 14. L'avvertita necessità di norme a tutela del *whisltleblowers*.

10. La disciplina internazionale in materia di *whistleblowing*: gli strumenti pattizi

L'adattamento dell'ordinamento italiano agli strumenti convenzionali internazionali richiamati più sopra[179] ha determinato – come altri hanno rilevato – l'introduzione di «elementi di marcata discontinuità rispetto al precedente sistema» di contrasto alla corruzione[180]. Già in questo Quaderno si è detto[181] di come fra questi elementi una posizione centrale sia occupata dal nuovo istituto della responsabilità degli enti dipendente da reati commessi da propri dipendenti situati in posizione apicale. Pure significativo, nell'articolazione di tale istituto, è il ruolo che sono destinati a giocare – nella ricostruzione di siffatta responsabilità – i modelli di organizzazione dell'ente finalizzati a prevenire la commissione dei reati, fra i quali le condotte di corruzione[182].

Di tali modelli si dirà brevemente più oltre[183]. Ora qui interessa anzitutto rilevare come l'introduzione sul piano normativo della responsabilità dell'ente per fatti di corruzione costituisca un buon esempio di adempimento del precetto convenzionale; occorre tuttavia domandarsi se – di fronte a una casistica in materia di corruzione che non cessa di preoccupare per le sue dimensioni e la sua diffusione – non si sia mancato di approntare una strumentazione più efficace sia sul piano normativo (da parte delle autorità nazionali), sia sul piano della *corporate control governance* (da parte delle imprese).

Sembra utile al proposito cogliere uno spunto proposto da ormai cospicua prassi interna e internazionale: quello che porta l'attenzione su norme (nazionali e internazionali) e modelli organizzativi di cui si sono dotati gli enti, che assegnano una funzione e offrono protezione a chi segnali all'interno dell'impresa fatti di corruzione (ovvero il rischio che tali fatti si producano) legati alla sua attività. Il fenomeno – sebbene non definito da norme internazionali in termini chiari ed univoci[184] – prende ormai diffusamente il nome di *whistleblowing,* mutuandolo dalle legislazioni nazionali di stampo anglosassone adottate, già nella prima metà del secolo scorso, a protezione di colui che, anche in forma anonima, segnali fatti di illegalità[185].

E' opportuno qui richiamare l'attenzione sul nesso strettissimo – pure evidente – fra *whistleblowing* e modello organizzativo dell'ente: non è contestabile, infatti, l'assunto secondo il quale, fra i requisiti di idoneità richiesti a tale modello, per esempio, dalla disciplina italiana ai fini di escludere la responsabilità dell'ente per condotte di corruzione messe in atto da persone situate in posizione apicale, un posto non trascurabile ricopre il modello culturale proposto dall'ente stesso; ed è pure indubbio che di tale modello culturale faccia parte integrante la condiscendenza, ovvero la condanna, della condotta illecita e, dunque, l'attitudine manifestata nei confronti di

---

179 In par. 8.

180 Così P. IELO, *Commissione Greco: dall'usura alla frode – verso una più ampia responsabilità degli enti,* in GD *(Il Sole 24 Ore),* Gennaio-Febbraio 2008, p. 22.

181 *Supra*, par. 9.1.

182 Anche in argomento la produzione dottrinale è assai vasta, ancorché la giurisprudenza italiana stia solo muovendo i primi passi: per esse si rimanda *supra*, alla nota 128 e *infra,* alla nota 186.

183 Par. 11.

184 Per un tentativo di definizione del fenomeno e delle "qualità" della persona che segnala il fatto di corruzione v. le relazioni di F. GANDINI e di R. LATTANZI, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del Whistleblowing in Italia. Stato dell'arte, buone pratiche e criticità per una corretta applicazione*, Milano (ed. Transparency International), 2010, rispettivamente p. 93 ss. e p. 107 ss.; per una definizione internazionale del fenomeno, seppure contenuta in strumenti non di *hard law*, v. PARLIAMENTARY ASSEMBLY-ASSEMBLÉE PARLAMENTAIRE (del Consiglio d'Europa), *The protection of "whistle-blowers"*, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, 14 September 2009, Rapporteur Mr. P. Omtzigt, Doc. 12006, specific. punti da 16 a 23.

185 Una esauriente rassegna sintetica dello stato delle più moderne legislazioni nazionali in materia di *whistleblowing* è ora in PARLIAMENTARY ASSEMBLY-ASSEMBLÉE PARLAMENTAIRE, *The protection of "whistle-blowers"*, cit., specific. punti da 24 a 109. V. anche cenni in D. AUGUADRI, *Whistleblowing: opportunità o semplice alibi?,* in *QCSB Lugano*, No. 28, ottobre 2007, par. 5.

colui che di quel modello culturale si faccia, giorno dopo giorno, interprete[186]. Dunque, il ruolo (e la relativa condizione) del *whistleblower* è questione centrale allorché si tratti di considerare i contenuti della disciplina giuridica relativa alla responsabilità dell'ente per condotte di corruzione.

L'impulso a provvedere in questa direzione viene oggi dalle organizzazioni internazionali alle quali l'Italia partecipa e dagli strumenti – di *hard* e di *soft law* – adottati in quelle sedi.

10.1. (segue) *a livello universale (le Nazioni Unite e l'Organizzazione internazionale del lavoro)*

Senza pretesa alcuna di completezza si segnalano, anzitutto, gli sforzi compiuti a livello universale nel quadro delle Nazioni Unite e della sua istituzione specializzata specificamente indirizzata a conseguire la pace e la sicurezza fra le nazioni intervenendo sulle condizioni lavorative delle persone, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL).

Quanto al primo dei due enti, nel suo quadro e per sua iniziativa è, come noto, maturata la stipulazione della Convenzione di Merida aperta alla firma il 9-11 dicembre 2003 ed entrata in vigore per l'Italia nell'ottobre 2009[187]: essa contiene, all'art. 33, una disposizione con la quale gli Stati contraenti manifestano l'intenzione di inserire – «*shall consider incorporating*» – nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da trattamenti ingiustificati coloro che, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, segnalino alle autorità competenti fatti concernenti reati ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione stessa. Si tratta di una disposizione che, pur contenuta in uno strumento di *hard law,* è inidonea ad imporre agli Stati l'obbligo di procedere in materia; tuttavia è già significativa la sua presenza in una convenzione a portata universale che, proprio a motivo della sua portata, rappresenta il risultato di mediazioni fra valori, tradizioni, principi – ma pure interessi – anche molto divergenti.

La cultura della trasparenza sembra aver messo radici anche all'interno dell'Organizzazione stessa, la quale ha valutato la necessità di dotarsi di un codice sulle "*Best Practices on Whistleblowing*" a fini di protezione delle persone che segnalino irregolarità ed illegalità nel funzionamento dell'ente[188].

La Conferenza generale dell'Organizzazione Internazionale del lavoro, da parte sua, aveva già da tempo adottato una convenzione sui motivi che possono determinare l'interruzione del rapporto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro[189]: il suo articolo 5 stabilisce che

> «The following, inter alia, shall not constitute valid reasons for termination: (...)
> (c) the filing of a complaint or the participation in proceedings against an

---

[186] «Detto altrimenti, un modello è *idoneo* se è in grado di affermare una cultura di impresa che favorisce l'autonomia e il giudizio indipendente di ciascun individuo, affinché questi sia capace, *senza doversi per ciò stesso escludere dall'impresa,* di contrastare l'eventuale insorgere di comportamenti illeciti e di opporre resistenza alle eventuali pressioni»: così M. GRILLO, *La teoria economica dell'impresa e la responsabilità della persona giuridica: considerazioni in merito ai modelli di organizzazione ai sensi del d. lgs. n. 231/2001*, in A.G.E., n. 2/2009. In tema di idoneità del modello di organizzazione e gestione societaria sono pertinenti due recenti decisioni: la sentenza del Tribunale di Trani (sez. di Molfetta), del 26 ottobre 2009, interviene in tema di responsabilità per il reato di omicidio o lesioni colpose, giudicando due società coinvolte del tutto sprovviste di un modello; una terza dotata di un modello, tuttavia inidoneo a prevenire la commissione di tali reati; la sentenza del Tribunale di Milano, del 17 novembre 2009, riconosce invece l'adeguatezza del modello a prevenire il reato di aggiotaggio informativo: essa applica dunque la causa di esenzione della responsabilità *ex* art. 6 d.lgs. n. 231/2001, motivando che una diversa soluzione sarebbe suscettibile di determinare una sorta di responsabilità oggettiva dell'ente per condotte tenute da persone che ricoprono in esso posizioni apicali.

[187] La legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione è stata adottata il 3 agosto 2009 (n. 116).

[188] L'*UN Model* è in vigore dal 1° gennaio 2006: vedilo pubblicato in ST/SGB/2005/21, http://www.un.org/reform/stsgb2005-21eng.pdf.

[189] ILO *Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*, No. 158, adottata il 22 giugno 2982, entrata in vigore internazionalmente il 23 novembre 1985, ma non per l'Italia che non l'ha ratificata.

employer involving alleged violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities; (…)».

Il tenore della disposizione non lascia dubbi sulla sua portata precettiva: l'adempimento di essa, dunque, richiede l'adozione di norme nazionali che per lo meno scongiurino l'ipotesi di licenziamento fondato sulla denuncia di comportamenti illeciti interni all'attività lavorativa; una non meramente formale esecuzione dell'articolo 5, in verità, richiederebbe a mio parere anche l'adozione di una disciplina nazionale di portata generale indirizzata all'impresa capace di imporre l'obbligo di un modello organizzativo interno ad essa in grado di tutelare anche per altre vie (non dal solo licenziamento) il lavoratore dipendente che si trovi nella situazione da esso descritta.

10.2. (segue) *adottati nel contesto euro-atlantico (l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico)*

A livello continentale euro-atlantico, rispetto a quanto appena descritto qualche progresso si è fatto con la Convenzione OCSE del 1997: a integrazione dell'art. 2 introduttivo del principio della responsabilità delle persone giuridiche, dell'art. 5 che attiene alla fase dell'*enforcement,* nonché della *1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions,* l'interesse dell'OCSE per il *whistleblowing* si è manifestato in via di prassi, esprimendosi per esempio nelle *Guidelines for Multinational Entreprises* (Parigi, 2000)[190] e nei *Principles of Corporate Governance* (Parigi, 2004)[191]; nei rapporti redatti annualmente dai "Punti di contatto nazionali" (PCN) sull'attuazione delle *Guidelines*[192], nonché dal suo *Working Group on Bribery in International Business Transactions (WGB)*[193]*,* il cui potere di controllo si manifesta in rapporti e raccomandazioni indirizzate agli Stati parti, per suggerire interventi volti a rendere il tessuto normativo nazionale più aderente alla Convenzione del 1977[194].

10.3. (segue) *adottati specificamente nell'ambito dell'integrazione regionale europea (il Consiglio d'Europa e l'Unione europea)*

Gli strumenti convenzionali aperti alla firma nel quadro del Consiglio d'Europa manifestano come a livello strettamente regionale la collaborazione normalmente sortisca effetti maggiormente stringenti anche per le situazioni che qui specificamente interessano. La cooperazione avviata – per l'ambito europeo[195] – in materia di contrasto alla corruzione si segnala infatti per iniziative finalmente più incisive: sia la *Criminal Law Convention* che la *Civil Law Convention* contengono una disposizione – rispettivamente nell'art. 22 e nell'art. 9 – che vincola le Parti contraenti a dotarsi di una legislazione a protezione di colui che segnali in buona fede («*in*

---

190 V. www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf, Ch. II, item 9.

191 Si rinvia a www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf .

192 OECD-OCDE, *Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2005 - Annual Meeting,* Annex 6, p. 82.

193Per considerazioni in generale sulla problematica del *whistleblowing* v. OECD-OCDE-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS, *Mid-term Study of Phase 2 Reports. Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, 22 May 2006, punto 554 (v. anche *infra*, par. 12).

194 Sul punto in relazione agli adempimenti italiani v. ancora *infra*, par. 12.

195 Peraltro già si è avuto modo di ricordare (*supra,* par. 8) come anche altri ambiti regionali siano riusciti ad enucleare convenzioni in materia di contrasto della corruzione; anch'esse contengono disposizioni a tutela del *whistleblower*: segnalo l'art. III, sect. 8, dell'Inter-American Convention against Corruption, del 29 marzo 1996 e l'art. 5 dell'African Union Convention on Prevention and Combating Corruption, del 14 luglio 2003.

good faith») fatti, essendosi ragionevolmente formato («*reasonable grounds*») la convinzione di prassi o episodi corruttivi legati all'attività dell'ente[196]. In sede di adempimento degli obblighi convenzionali che gravano sugli Stati membri del Consiglio d'Europa in ordine al contrasto di pratiche corruttive funziona, come già ricordato, il GRECO, che in più occasioni ha avuto modo di affrontare la questione, sia in una prospettiva generale[197] sia, più puntualmente, nell'occasione della valutazione delle misure adottate dai singoli Stati membri dell'Organizzazione (in quanto componenti del GRECO stesso)[198].

In tempi recentissimi il Consiglio d'Europa – tramite le iniziative intraprese dall'Assemblea parlamentare – ha affinato la propria strategia, muovendosi a tre diversi livelli. Anzitutto suggerisce al Comitato dei Ministri di valutare se non sia opportuno precisare le richiamate disposizioni pattizie grazie ad una convenzione quadro destinata ad affiancare la Civil Law e la Criminal Law Convention, nella prospettiva assai settoriale di garantire protezione al *whistleblower*[199].

Nell'attesa di questo eventuale intervento sul piano della *hard law,* la stessa Assemblea ha redatto delle "*Guidelines*"[200], raccomandando agli Stati membri di conformare ad esse la propria legislazione interna[201].

Infine, così come già avvenuto in seno alle Nazioni Unite[202], anche il Consiglio d'Europa dovrebbe dotarsi di «a strong interinal "whistle-blowing" mechanism at the Council of Europe covering the Council itself and all its Partial Agreements»[203].

Nel quadro dell'Unione europea, disposizioni vincolanti indirizzate agli Stati membri non sono state ancora adottate. Lo studio del problema è tuttavia in una fase assai avanzata, percorrendo la duplice via già seguita in ambito universale: da una parte si lavora – nel quadro delle politiche messe in campo per fare dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – ai fini dell'armonizzazione delle disposizioni nazionali a tutela del *whistleblower;* da un'altra parte, si tenta di informare il funzionamento dell'Unione al principio di trasparenza e corretta amministrazione, dotando il suo ordinamento di una disciplina sulla funzione pubblica europea in linea con essi.

Sul primo fronte si segnala la ferma presa di posizione della Commissione che – nel redigere le linee di una «Politica globale dell'UE contro la corruzione» – individua, fra le iniziative in materia di prevenzione, la necessità di

> «stimolare (…) il necessario dialogo (…) tra il settore pubblico ed il settore privato» di modo che «le imprese dispo[ngano] di chiare norme per la denuncia delle irregolarità (…stabiliscano, cioè, la procedura che un dipendente deve seguire qualora venga a conoscenza di una condotta corruttiva all'interno della società)»;

e in modo che le imprese si dotino di

> «misure di formazione e di controllo dell'applicazione di tali norme, al fine di trasmettere il messaggio inequivocabile che la corruzione è un fenomeno inaccettabile e di incoraggiare i dipendenti a denunciare tali pratiche»[204].

---

196 Le citazioni sono contenute nell'art. 9 Civil Law Conv.

197 V. esemplificativamente il *Seventh General Activity Report (2006)*, p. 10, www.coe.int/greco.

198 Per le valutazioni dell'organo internazionale di controllo costituito in seno al Consiglio d'Europa relative all'ordinamento italiano v. *infra*, par. 12.

199 Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare 1816 (2010), del 29 aprile 2010, punto 2.3.

200 Risoluzione dell'Assemblea parlamentare 1729 (2010), del 29 aprile 2010, punto 6.

201 Raccomandazione ult. cit., punto 2.2.

202 Si vedrà come questa via vada generalizzandosi per le grandi organizzazioni internazionali che posseggono un cospicuo corpo di funzionari, essendo anche accolta dall'Unione europea (*infra*, in questo stesso par.).

203 Racc. ult. cit., par. 3.2.

> Quanto al secondo fronte - partendo dalla convinzione che
> «any organisation only exists because of the fundamental conventions, including laws and ethics, of a society»; che «[t]his applies to public administration as well as to private companies» e che «it will be necessary to study "a right to report"»,

con tutte le implicazioni che ciò determina[205] - nell'Unione europea è emersa la volontà di procedere alla revisione delle disposizioni oggi ivi vigenti, comprese quelle contenute negli *Staff Regulations*[206], proprio in relazione alla miglior protezione del *whistleblower*[207].

11. L'influenza delle norme internazionali sui modelli di organizzazione dell'attività d'impresa

La duplice direzione imboccata dalla disciplina prodotta dalle organizzazioni internazionali – l'una indirizzata all'esterno, verso gli Stati membri, per guidarne l'armonizzazione sul piano normativo; l'altra destinata al proprio ordinamento interno, per valorizzare il principio di trasparenza e di *good governance* – ha sortito effetti di ricaduta che si reputano positivi anche a livello dell'organizzazione dell'attività di impresa, traducendosi in modalità di contrasto delle condotte di corruzione che oggi sembrano far parte della cosiddetta "cultura d'impresa" di molti enti. Con questa espressione ci si intende riferire al sistema codificato di norme sociali che, costituendo la trama della struttura gerarchica di un'organizzazione, vincolano tutti i soggetti appartenenti ad essa[208].

Nel valutare l'adempimento degli operatori alla (talvolta assai pregevole, come è il caso italiano) disciplina nazionale di adattamento degli ordinamenti nazionali alle norme internazionali in materia di responsabilità dell'ente per condotte di corruzione, si è osservato che «qualche motivo di soddisfazione» può essere ricavato se si guarda al carico fattosi direttamente dalle imprese allo scopo di attenuare, se non addirittura escludere, la responsabilità interna per condotte di corruzione[209], introducendo «il contrasto a quest'ultime nei propri *codici di condotta*, a loro volta da inserire nella più ampia *responsabilità sociale d'impresa* in via di sempre maggiore affermazione ed espansione»[210].

Gli enti si sono peraltro dimostrati recettivi anche nei confronti di sollecitazioni direttamente provenienti dalle organizzazioni internazionali. E' questa la situazione che si è venuta a determinare quando le Nazioni Unite hanno suggerito la condivisione di un progetto

---

204 Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, 28 maggio 2003, punto 6, lett. d), ii.

205 Così EUROPEAN PARLIAMENT-BUDGETARY SUPPORT UNIT-BUDGETARY AFFAIRS, *Whistleblowing Rules: Best Practices, Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions - Study*, IP/D/CONT/ST/2005-58, 12 maggio 2006, rispettivamente pp. i) e iv).

206 Artt. 22 a) e 22 b).

207 EUROPEAN PARLIAMENT-BUDGETARY SUPPORT UNIT-BUDGETARY AFFAIRS, *Whistleblowing Rules: Best Practices,* ecc., cit., p. 49.

208 Per la definizione qui accolta di cultura d'impresa e per approfondimenti in merito all'organizzazione dell'ente in relazione ad essa rinvio al solo D. KREPS, *Corporate Culture and Economic Theory*, in J. ALT, K. SHEPSLE (Eds.), *Perspectives on Political Economy*, Cambridge, 1990, p. 30 ss.

209 Così D. RINOLDI, *Corruzione pubblica e privata, unità del mondo*, cit., p.72. Sull'applicazione di una misura interdittiva nei confronti di una società responsabile di non aver adeguatamente vigilato sull'osservanza del modello di organizzazione predisposto al fine di prevenire la commissione di reati da parte di suoi funzionari, a nulla rilevando l'adozione da parte dell'ente di misure riparatori (risarcimento) nei confronti del diretto destinatario dell'attività illecita (perché resta il profitto conseguito ai reati commessi), v. Trib. Milano, Uff. GIP, ord. 27 aprile 2004, in *Guida al Diritto*, n. 19/2004, p. 72 ss.

210 Sulla tematica evocata nel testo V. M. CUTILLO, *Impresa e diritti umani. Una nuova visione delle responsabilità sociali*, Bologna (EMI), 2007; *adde* F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007; l'ampio *dossier* pubblicato in tema di responsabilità sociale d'impresa ne *Il Sole 24 Ore* del 6 novembre 2007. In ordine alla prassi maturata in materia v. G. CAPECCHI, *Le* Sentencing Guidelines for Organizations *e i profili di responsabilità delle imprese nell'esperienza statunitense,* in *DCI*., 1998, p. 465 ss.; E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali,* in *RIDPP,* 2007, p. 1287 ss.; A. BONFANTI, *Diritti umani e imprese multinazionali nei lavori del Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite,* in *DUDI*, 2008, p. 131 ss. V. infine E. MOSTACCI, *La* Soft Law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008.

denominato *Global Compact*[211]. Si tratta di una proposta che «cerca di promuovere *una cittadinanza d'impresa responsabile*», per contribuire a «un'economia globale più inclusiva e più sostenibile»: «è un'iniziativa volontaria» e «non è uno strumento regolatore», giacché «non impone e non controlla il comportamento o le attività delle imprese. Piuttosto (…) confida sull'opinione pubblica, sulla trasparenza e su una nuova consapevolezza degli interessi individuali delle imprese, del mondo del lavoro e della società civile»[212]. Il *Global Compact* propone, dunque, agli enti l'accoglimento di dieci principi valutati come universali, tra cui quello relativo alla *lotta alla corruzione*[213]. Tale principio dichiara: «Le imprese si impegnano a contrastare la corruzione in ogni sua forma, incluse l'estorsione e le tangenti»[214].

A partire dal medesimo assunto espresso a proposito dell'esigenza di incidere sull'organizzazione della propria amministrazione pubblica[215], merita di essere anche ricordata la promozione da parte della Commissione dell'Unione europea di un *network* (*CSR-Corporate Social Responsibility-Europe*) comprendente società commerciali multinazionali e imprese nazionali. Questa iniziativa si propone di almeno avviare se non portare a termine progetti di cooperazione su «temi come la riduzione dell'impatto ambientale dei prodotti e dei processi industriali, la promozione della salute e del benessere dei dipendenti sul posto di lavoro e la discussione di questioni sociali e ambientali nella catena di fornitura»[216]. Da «strumento per la gestione del rischio e della reputazione, la CSR sta diventando un mezzo per la creazione di valore»[217], inserendosi così a pieno titolo nel dibattito sul modello organizzativo dell'attività di impresa anche in funzione di contrasto di condotte di corruzione.

12. Le difficoltà nell'adeguamento interno alle disposizioni internazionali elaborate in materia

Come affermato esplicitamente dal WGB dell'OCSE, le legislazioni nazionali [degli Stati membri dell'Organizzazione] non riescono a predisporre un regime che offra adeguate salvaguardie ai dipendenti che si trovino a dover fronteggiare situazioni complesse[218].

Questa situazione ha alla radice alcuni fattori. Si tratta anzitutto dell'esito di resistenze che gli Stati esercitano nei confronti dell'esatto adempimento degli obblighi internazionali in materia di *whistleblowing*. Si tratta di istituto ignoto alla gran parte degli ordinamenti nazionali; addirittura, sembra a taluni di essi non solo estraneo ma anche contraddittorio rispetto al tessuto culturale della società civile sottostante[219]. Interviene, di conseguenza, anche l'assenza di volontà politica degli Stati di dare, all'interno delle organizzazioni internazionali cui partecipano, l'impulso necessario all'adozione di norme vincolanti utili a indirizzare a propria volta l'attività normativa nazionale.

---

211 Lanciato dalle N.U. il 16 luglio 2000 (per esso v. i siti citati che nelle note che seguono si indicano).
212 www.globalcompactitalia.org/globalcompact/cosa.php; corsivo aggiunto.
213 Oltre ad altri: sui diritti umani (due principi); sul lavoro (quattro principi); sull'ambiente (tre principi).
214 Si rinvia a www.globalcompactitalia.org/globalcompact/come-aderore.php;
nonché a www.globalcompactitalia.org/globalcompact/ i9principi.php.
215 Si veda ancora una volta PARLIAMENT-BUDGETARY SUPPORT UNIT-BUDGETARY AFFAIRS, *Whistleblowing Rules,* ecc., cit. (in nota 204), p. i).
216 www.csreurope.org/toolbox.
217 V. www.csreurope.org/toolbox, relativamente allo «Strumento per un'Europa competitiva e responsabile»; www.csreurope.org; nonché, sull'*European Alliance for CSR* di cui *CSR Europe* è *partner* "chiave", www.csreurope.org/alliance.
218 OECD-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS, *Mid-Term Report of Phase 2 Reports*, 22 May 2006, par. 550 e seguenti.
219 V. a proposito dell'attitudine culturale italiana *infra,* nel testo all'altezza dell'esponente di nota 222. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella risoluzione 1729 (2010), cit., afferma di rendersi conto che «the necessary legislative improvements must be accompanied by a positive evolution of the *general cultural attitude*, wich must be freed from its former association with disloyalty or betrayal» (punto 7; corsivo aggiunto).

Si tratta, poi, di concrete, fondate difficoltà di far propria la norma internazionale che spesso, anche quando vincolante, è redatta in modo vago: il ricorso a espressioni quali quelle di «*reasonable grounds*» posti a fondamento della decisione del dipendente di riferire[220], «*effective and appropriate protection*» di quest'ultimo[221], accompagnate alla mancanza di una definizione condivisa del *whistleblowing*, nell'implicare una grande elasticità, accordano all'interprete chiamato ad applicare la norma un margine di discrezionalità suscettibile di radicare trattamenti differenziati, abusi, valutazioni non equilibrate dell'evento: in una parola di fallire l'obiettivo. Spetta infatti alle legislazioni nazionali l'adempimento puntuale delle norme convenzionali, anche con un'attività integrativa di esse che comunque sia indirizzata a valorizzare la finalità di armonizzazione internazionale da esse naturalmente perseguita.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano: già l' "Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione" aveva segnalato

> «l'urgenza di avviare una compiuta riflessione sul problema della adeguata protezione delle persone che comunicano informazioni (cd. "*whistleblowers*"), (…), che costituisc[e un aspetto per il quale] (…) non è rinvenibile nel nostro ordinamento un'adeguata disciplina»[222].

Anche a livello internazionale l'assetto normativo italiano è valutato come carente.

Quanto alle risultanze dell'attività di controllo del *Working Group on Bribery* (WGB) dell'OCSE, in via generale è emersa la convinzione che

> «whistleblowing is not ingrained in the Italian culture because it is linked to the historical concept of "*delazione*" (informers)»[223].

Più nello specifico, nel corso della cosiddetta "Phase 2" del controllo, il WGB ha raccomandato

> «that Italy consider introducing stronger measures to protect employees who report suspicious facts involving bribery in order to encourage them to respect such facts without fear of retribution»[224].

Nell'occasione, poi, del primo *follow-up* relativo all'adempimento degli obblighi convenzionali e delle raccomandazioni adottate nel quadro dell'Organizzazione, la stessa autorità di controllo ha accertato che l'Italia risulta non aver dato alcun seguito al suggerimento proposto dal WGB[225]. Da ultimo l'Italia, essendosi impegnata a dare risposta entro un anno da tale ricognizione, rileva come essa – nonostante

> «is of the view that current domestic labour law (*Statuto dei Lavoratori*) would be sufficient to protect whistleblowers from wrongful dismissal» – abbia perfezionato, per iniziativa dell'Alto Commissario contro la corruzione, uno studio «on measures that can be undertaken (…) to comprehensively develop whistleblowing protection (…)»;

---

220 V. artt. 9 Conv. OCSE e 9 Civil Law Conv.

221 V. art. 22 Crim. Law Conv.

222 *Relazione II semestre 2007*, Roma, gennaio 2008, p. 47.

223 OECD-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISES AFFAIRS/WGB, *Italy: Phase 2. Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions,* 29 November 2004, punto 49 (il corsivo è nel testo).

224 Recommendation No. 2, in *Report* ult. cit.

225 OECD-DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISES AFFAIRS/WGB, *Italy: Phase 2. Follow-up Report on the implementation of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions,* 23 March 2007, pp. 5 e 10.

lo abbia sottoposto ai Ministri della giustizia e degli affari esteri; si sia risolta, infine, a valutare l'utilità di adottare, a completamento dello Statuto dei lavoratori,

> «provision such as the one envisaged by the US Law (i.e. section 806 of the Sarbanes-Oxley Act) or the one envisaged by the Slovak Labour Code (section 13)»[226].

Più di recente il GRECO ha reso noto il proprio rapporto sull'adempimento da parte dell'Italia degli obblighi convenzionali promossi dal Consiglio d'Europa in materia di contrasto alla corruzione internazionale[227]: la diciottesima delle ventidue raccomandazioni indirizzate all'amministrazione nazionale si situa sulla stessa lunghezza d'onda, poiché suggerisce che

> «an adequate system of protection for those who, in good faith, report suspicions of corruption within public administration (whistleblowers) be instituted»[228]:

E' vero infatti che

> «An important tool in the fight against corruption is the understood obligation of public officials to report corruption when they become aware of it in the course of their duties»;

tuttavia,

> «[w]hile Italy has a provision of law which requires an official to report certain crimes, there are no standards or procedures in place to protect that official from reprisals for having made that report; it provides no "whistleblower" protection. There are provisions for witness protection for certain crimes, but that is clearly not the same as whistleblower protection»[229].

13. La complessità delle situazioni coinvolte nella regolamentazione del *whistleblowing*

La rassegna è stata rapidissima, ma non a caso: ciò che si ha di mira non è tanto la disamina dei problemi sottostanti al fenomeno del *whistleblowing* – –, quanto manifestare come le situazioni nelle quali si trova coinvolto il *whistleblower* presentino aspetti di grande complessità allorché si osservi come esse siano suscettibili di scatenare conflitti di interesse e di coinvolgere lealtà dovute a situazioni e *status* tutti in astratto di pari valenza, ma percorsi da tensioni reciproche.

La disciplina chiamata a intervenire in materia deve infatti, da una parte, per esempio preservare l'integrità dell'ente, l'autorità dei pubblici poteri, la reputazione di persone che si pretende essere responsabili di condotte corruttive; dall'altra, e sempre esemplificativamente, garantire la libertà di espressione del singolo che riferisce di fatti e condotte e, insieme, il diritto al rispetto della sua sfera di riservatezza; il rispetto dei diritti di tutti gli "attori" coinvolti nel procedimento; il diritto della collettività ad essere informata di fatti che hanno conseguenze sul corretto funzionamento di enti privati e istituzioni pubbliche; infine e complessivamente: la preservazione delle caratteristiche di democraticità di una società.

Si comprende anche perché a livello internazionale sia il contesto giuridico europeo ad esprimere già oggi valutazioni significative in materia: è questo infatti un "ambiente" giuridico presidiato da uno strumento di protezione dei diritti della persona – la Corte europea dei diritti dell'uomo nata dall'adempimento della Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 intitolata alla

---

226 *Follow-up from Italy on the Implementation of Specific Phase 2 Recommendations*, March 2008 (il corsivo è nel testo).

227 GRECO-DIRECTORATE GÉNÉRAL OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL AFFAIRS-DIRECTORATE OF MONITORING, *Joint First and Second Evaluation Round-Evaluation report on Italy,* Strasbourg, 2 July 2009, Public Greco Eval I/II Rep (2008) 2E.

228 Doc. ult. cit., p. 60.

229 Doc. ult. cit., punto 156.

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – che si segnala per la sua singolarità e per l'incisività (negli ordinamenti interni degli Stati che l'hanno fondata) della sua giurisprudenza; nonché da un processo di integrazione fra Stati sul piano giuridico, sociale ed economico – governato dall'Unione europea – assai originale e penetrante (sempre negli ordinamenti degli Stati cui esso si indirizza), a motivo dell'efficacia talvolta anche diretta dell'attività normativa delle istituzioni, la quale gode di primazia entro gli ordinamenti degli Stati membri.

13.1. Il whistleblower *fra libertà di espressione e obbligo di lealtà, discrezione e riservatezza nei confronti dell' ente di appartenenza*

Una prima difficile questione si pone quando si tratti di attuare un bilanciamento fra il diritto dell'ente a pretendere fedeltà, riservatezza e discrezione da parte dei propri dipendenti (funzionale al mantenimento dell'integrità dell' ente, ovvero – quando si tratti di persona pubblica – dell'autorità di esso) e il diritto alla libertà di espressione in tutte le sue dimensioni (in quella che si definisce attiva: la libertà del singolo di esprimere il proprio pensiero, anche divulgando informazioni interne all'ente alle cui dipendenze lavora; come in quella che si definisce passiva: il diritto della collettività di conoscere informazioni che ricoprono un interesse pubblico).

La questione è stata di recente affrontata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[230] e risolta alla luce del *test* necessità e proporzionalità (nel contesto di una società democratica), come richiesto dal comma 2 dell'art. 10 della Convenzione di Roma appena sopra richiamata.

Nel caso di specie la Corte ha anzitutto valutato se il ricorrente avesse avuto a disposizione canali diversi da quelli utilizzati (gli organi di stampa) per rendere note lettere riservate indirizzate ad esponenti di autorità pubbliche (appartenenti all'ufficio del Procuratore generale); se le informazioni divulgate fossero ragionevolmente fondate; se egli fosse in buona fede, cioè mosso non da interessi personali, quanto piuttosto dalla volontà di rendere pubblici fatti di corruzione e di "traffico d'influenza"[231]. L'indagine fattuale ha fatto dichiarare alla Corte il buon titolo del ricorrente a riferire in materia.

La Corte ha poi valutato il diritto della collettività a essere messa al corrente di fatti pregiudizievoli per il corretto funzionamento di una società democratica: nel caso reso noto dal ricorrente si trattava di fatti capaci di alterare il funzionamento del principio della separazione dei poteri, concretatisi in atteggiamenti indebiti di esponenti politici e pressioni degli organi di polizia nei confronti dell'autorità giudiziaria ai fini del non esercizio dell'azione penale nei confronti di persone che si ritenevano *prima facie* responsabili di illegale detenzione e di trattamenti indebiti nei confronti di individui soggetti a limitazioni della libertà personale[232].

Essa ha poi verificato se la divulgazione di tale ultima situazione dovesse cedere il passo di fronte all'esigenza di non arrecare un danno d'immagine all'integrità del potere giudiziario, concludendo nel senso che la funzione giurisdizionale ricopre un ruolo così importante in una società democratica da richiedere che la fiducia nelle modalità dell'amministrazione della giustizia debba essere garantita, anche tramite il dibattito di fatti di pubblico interesse.

La Corte europea ha, infine, valutato la non proporzionalità della sanzione inflitta al ricorrente (il licenziamento) per essersi appropriato (letteralmente: «*stolen*») di informazioni riservate in possesso dell'ente alle cui dipendenze egli lavorava[233]e di averle divulgate;

---

230 Sentenza 12 febbraio 2008, *Guja v. Moldova*, ric. n. 14272/04.
231 Rispettivamente parr. 80-84, 89 e 92-94 sent. ult. cit.
232 Parr. 85-88 sent. ult. cit.
233 Parr. 95-96 sent. ult. cit.

concludendo infine per la non necessità di una tale ingerenza nel diritto dello stesso alla libertà di espressione[234] e, dunque, per la violazione della norma convenzionale che tale libertà tutela.

13.2. Il trattamento dei dati personali e la tutela dei diritti degli individui coinvolti nel fatto di whistleblowing

Un secondo terreno di conflitto fra diritto a comunicare condotte o fatti (ovvero rischi di essi) corruttivi entro l'ente e diritti delle persone a vario titolo coinvolte nella situazione è quello che si situa sul piano del rispetto del diritto alla riservatezza a fronte dell'esigenza di "trattare" i dati relativi all'evento (ed alle modalità del loro trattamento). Esemplificando soltanto, si richiamano qui i problemi relativi alla liceità, proporzionalità, sicurezza del trattamento dei dati relativi a una denuncia, nonché alla trasferibilità di questi anche verso agenzie pubbliche ed enti privati di Paesi terzi; ai tempi di conservazione dei dati; ai diritti del denunciato (ad essere informato; ad opporsi al trattamento; ad accedere, rettificare e cancellare dati); alla accettabilità di anonimato del denunciante.

Ancora una volta è nell'ambito delle istituzioni che presiedono all'integrazione del continente europeo – specificamente per opera dell'Unione europea – che questa problematica è emersa più lucidamente: ne sono, così, scaturiti studi e documenti che mirano ad approfondire la questione dal punto di vista sia della ricerca di un'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia, sulla base dei principi stabiliti dalla direttiva 95/46/CE[235], sia dell'esercizio dell'attività interna della stessa Organizzazione[236].

14. L'avvertita necessità di norme a tutela del *whisltleblowers*.

Le autorità internazionali sono, dunque, allineate nel chiedere all'Italia l'adozione di una disciplina che *esplicitamente* e *in via generale* tuteli colui che denuncia fatti (o rischi di fatti) di corruzione connessi all'attività dell'ente, non accontentandosi delle norme già ora ricavabili in via implicita da disposizioni adottate per altre finalità.

E' vero infatti che, nonostante la protezione offerta nell'ordinamento italiano specificamente dalla disciplina del rapporto di lavoro[237], nonché dalle norme stabilite in materia di protezione dei testimoni di giustizia, la prassi fa registrare situazioni che sembrano non predisporre adeguato riparo per il dipendente (pubblico o privato) in relazione a comportamenti ritorsivi dell'ente entro il quale egli presta servizio[238].

L'esigenza di maggior trasparenza nell'organizzazione della pubblica amministrazione è di recente stata espressa proprio dai vertici politici responsabili di essa[239]. Potrebbe essere questa

---

234 Par. 97 sent. ult. cit.

235 ARTICOLO 29 – GRUPPO PER LA TUTELA DEI DATI PERSONALI, *Parere 1/2006 relativo all'applicazione della normativa UE sulla protezione dei dati alle procedure interne per la denuncia delle irregolarità riguardanti la tenuta della contabilità, i controlli contabili interni, la revisione contabile, la lotta contro la corruzione, la criminalità bancaria e finanziaria,* 1° febbraio 2006, WP 117, pp. 6 e 13 ss.

236 GARANTE EUROPEO DELLA PROTEZIONE DEI DATI, *Parere sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1073/1999 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode (OLAF)*, 27 ottobre 2006 (2007/C 91/01), in *GUUE* C 91, 26 aprile 2007, p. 1 ss., specific. punto III.1.

237 Si rinvia in argomento a V. FERRANTE, *Rapporti di lavoro e whistleblowing nell'ordinamento italiano. Diritto a "spifferare"e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Protezione delle "vedette civiche": ecc.,* cit., p. 107 ss.

238 Per eventi che non incoraggiano a percorrere la via del *whistleblowing* v.. P. BIONDANI, *Il silenzio degli onesti*, in *L'Espresso*, 1° ottobre 2009, p. 72 ss.; v., infine, la testimonianza di Bernardo GABRIELE, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Protezione delle "vedette civiche": ecc.,* cit.., p. 145 ss.

239 V. le dichiarazioni del Ministro della funzione pubblica Renato BRUNETTA pubblicate in *Tasse occulte. Scacco matto alla corruzione*, in *Il Sole-24 Ore*, 17 ottobre 2009.

l'occasione per l'adozione di una disciplina di portata generale, indirizzata tanto al settore pubblico che a quello privato, che si ispiri ai criteri adottati in sede internazionale[240] o sperimentati da altri ordinamenti nazionali.

IV. BIBLIOGRAFIA

In aggiunta alla letteratura di taglio economico e giuridico indicata nelle note dei contributi raccolti in questo Paper, si indica:

ADES, A., DI TELLA, R., *National champions and corruption: Some unpleasant interventionist arithmetic*, in *EJ*, 107, 1997, pp. 1023-1042.

ANDVIG, J.C., MOENE K.O., *How corruption may corrupt*, in *JEBO*, 13(1), 1990, pp. 63-76.

BARDHAN, P.K, *Corruption and Development: A Review of Issues*, in *JEL*, 35(3), 1997, pp. 1320-1346.

BECKER, G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *JPE*, 76(2), 1968, pp. 169-217.

BESLEY, T., MCLAREN, J., *Taxes and bribery: The role of wage incentives*, in *EJ*, 103, 1993, pp. 119-141.

BHAGWATI, J., *Directly unproductive profit-seeking (DUP) activities*, in *JPE*, 90(5), 1982, pp. 988-1002.

BLISS, C., DI TELLA, R., *Does competition kill corruption?*, in *JPE*, 105(5), 1997, pp. 1001-1023.

CHAND, S.K., MOENE, K.O., *Controlling Fiscal Corruption*, in *IMF Working Paper*, WP/97/100, 1997.

DAVIGO, P., *Gli intatti meccanismi della corruzione sistemica*, in FORTI, G. (a cura di), *Il prezzo della tangente*. Milano (Vita e Pensiero), 2003, pp. 177-189.

FORTI, G., *La corruzione tra privati nell'orbita della disciplina della corruzione pubblica: un contributo alla tematizzazione*, in *RIDPP*, XLVI(4), 2003, pp. 1115-1163 .

GUPTA, S., DAVOODI, H., ALONSO-TERME, R., *Does corruption affect inequality and poverty?*, in *EconGov*, 2002, 3, pp. 23-45.

GUPTA, S., DAVOODI, H.R., TIONGSON, E.R., *Corruption and the Provision of Health Care and Education Services*, in ABED, G. T., GUPTA, S. (eds.), *Governance, Corruption and Economic Performance*. Washington DC: IMF, 2002, pp. 245-72.

HUBER, B. (ed.), *Combating Corruption in the European Union*. Series of Publications by the Academy of European Law in Trier, vol. 31, Koeln, 2002.

HUNTINGTON, S., *Ordinamento politico e mutamento sociale*. Milano, 1968.

JAIN, A.K., *Agency problem and the international debt crisis*, in *Proceedings of the Fourth Symposium on Money, Banking, and Insurance* (Geld, Banken und Versicherungen), Karlsruhe, West Germany, Band I, 1987, pp. 367-391.

JAIN, A.K., *Dictatorships, democracies, and debt crisis*, in RILEY S.P. (ed.), *The Politics of Global Debt*, New York, 1993, pp. 69-82.

JOHNSON, S., KAUFMANN, D., ZOIDO-LOBATON, P., *Regulatory discretion and the unofficial economy*, in *AER*, 88, 1998, pp. 387-392.

JOHNSTON, M., *Public officials, private interests, and sustainable democracy: when politics and corruption meet*, in ELLIOT, K. A. (ed.), *Corruption and the Global Economy*, The Institute for International Economics, Washington DC, 1997, pp. 31-60.

KAUFMANN, D., WEI, S.J., *Does 'grease money' speed up the wheels of commerce?*, in *NBER Discussion Paper* 7093, 1999.

[240] Suggerimenti utili circa le caratteristiche di una buona normativa in tema di *whistleblowing* sono state messe sinteticamente in evidenza nel rapporto del PARLAMENTO EUROPEO su *Whistleblowing Rules: Best Practices, Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions - Study*, cit., pp. 33-36.

KLITGAARD, R., *Controlling Corruption,* Berkley, 1988.
KRUEGER, A.O., *The political economy of the rent-seeking society*, in *AER*, 64(3), 1974, pp. 291-303.
KURER, O., *Clientelism, corruption, and the allocation of resources*', in *PCJ*, 77(2), 1993, pp. 259-273.
LEFF, N., *Economic Development through Bureaucratic Corruption*, in *ABS*, 8(3), 1964, pp. 8-14.
LEYS, C., *What is the problem about corruption?*, in HEIDENHEIMER, A.J. (ed.) *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, New York, 1970, pp. 31-37.
LUI, F.T., *An Equilibrium Queuing Model of Bribery*', in *JPE*, 93(4), 1985, pp.760-781.
MAURO, P., *Corruption and Growth*, in *QJE*, 110(3), 1995, pp. 681-712.
MAURO, P., *The effects of corruption on growth, investment, and government expenditure: a cross-country analysis*, in ELLIOT, K. A. (ed.), *Corruption and the Global Economy*, The Institute for International Economics, Washington DC, 1997, pp. 83-107.
MOOKHERJEE, D. AND PNG, I.P.L., *Corruptible law enforcers: how should they be compensated?*, in *EJ*, 105(January), 1995, pp. 145-159.
MURPHY, K. M.; SCHLEIFER, A., VISHNY, R., *The Allocation of Talent: Implications for Growth*, in *QJE*, 106, 1991, pp. 503-530.
RIJCKEGHEM, C. VAN, WEDER, B. S., *Corruption and the rate of temptation: do low wages in the civil service cause corruption?*, in *JDE* 65, 2001, pp. 291-307. Ristampa in ABED, G. T., GUPTA, S. (eds.), *Governance, Corruption and Economic Performance*, Washington D.C., IMF, 2002.
ROSE-ACKERMANN, S., *Corruption. A Study in Political Economy*, New York, 1978.
ROSE-ACKERMANN, S., *The Political Economy of Corruption*', in ELLIOT, K. A. (ed.), *Corruption and the Global Economy*, The Institute for International Economics, Washington DC, 1997, pp. 31-60.
ROSE-ACKERMANN, S., *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, New York, 1999.
SCHLEIFER, A.,VISHNY, R., *Corruption*, in *QJE*, 108(3), 1993, pp. 599-617.
SCHLEIFER, A., VISHNY, R., *The Grabbing Hand*. Cambridge, 1999.
TANZI, V., *Corruption around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures*, in ABED, G. T., GUPTA, S. (eds.), *Governance, Corruption and Economic Performance*, Washington DC, IMF, 2002, pp. 19-58.
TANZI, V., DAVOODI, H., *Corruption, public investment, and growth*, in *IMF working paper* n. 139, 1997.
TULLOCK, G., *Corruption Theory and Practice*, in *CEP*, 14, 1996, pp. 6-13.
WEI, S. J., *Why is Corruption so Much More Taxing than Tax?*, in *NBER Working paper*, n. 2048, 1997.
WEYLAND, K., *The politics of corruption in Latin America*, in JD, 9(2), 1998, pp. 108-121.