



Convegno su

**RICICLAGGIO E CORRUZIONE:
PREVENZIONE E CONTROLLO TRA FONTI INTERNE E INTERNAZIONALI**

Courmayeur, 28 - 29 settembre 2012

CORRUZIONE: IMPATTO SISTEMICO E NORMATIVA INTERNAZIONALE

Leonardo BORLINI

*Assistant Professor in EU Law and PhD in International Law & Economics; Paolo Baffi Central
Banking and Financial Regulation, University Bocconi, Milan*

FONDAZIONE CRT

Corruzione. Impatto sistemico e normativa internazionale

Non è agevole trovare modalità adeguate per ricordare la persona e il lavoro di Marco Arnone, né questa è la sede.

Ricordo, invece, l'entusiasmo che ci ha spinto a iniziare la ricerca sulla corruzione il cui esito è il volume (di prossima pubblicazione): *Corruption: Economic Analysis and the Evolution of the International Law and Institutions*. E' da qui che traggo gli spunti per questo intervento.

Il tema della corruzione sembra fatto apposta per indurre chi ne parla alle esortazioni morali le quali, pur sempre apprezzabili sul piano retorico, sono spesso sostanzialmente inefficaci.

Gli uomini, con cui la Storia ha a che fare, amano la propria *individualità* e si muovono essenzialmente in base ai propri *interessi*: almeno, quelli che considerano tali e che, di frequente, corrispondono a una visione miope.

Di qui il possibile - non raro - conflitto con quanto possiamo definire, con un po' di azzardo, il *bene comune*. Se è così, allora, chi si pone in quest'ottica generale non può fare altro che creare le condizioni per cui l'agire individuale in vista del proprio tornaconto diventi il più possibile *coerente* con quello collettivo, in vista di una salvaguardia (di lungo periodo) della comunità.

Non si tratta, quindi, di negare la forza dell'interesse individuale ma di piegarlo e orientarlo verso una finalità superiore. La politica legislativa e, dunque, la normazione dovrebbero tendere a rendere *meno lineare* - si potrebbe dire, *meno rozza culturalmente* - l'equazione "azione individuale-interesse individuale", così da indurre i singoli agenti a seguire un percorso comportamentale che eviti di fare collidere l'interesse personale con quello collettivo.

In questa prospettiva strutturale, le premesse del nostro lavoro ci sono state immediatamente chiare. Da un lato, si è trattato di dimostrare che *la corruzione costa* e che tale costo, a livello collettivo come per i singoli mercati o individui, può non essere *sostenibile*.

E, non si parla solo dei costi strettamente economici, esprimibili in moneta ma, per usare le parole stesse di Marco Arnone, : *"anche e soprattutto, di quelli indiretti, per gli effetti devastanti e poco misurabili sui 'beni intangibili' di una società: che sono la credibilità del corpo politico, la fiducia nelle istituzioni, il tessuto della società civile, con conseguenze gravi anche sulla vita delle persone."*

Questo per quanto concerne il taglio economico generale, che non si può - né si deve - scindere dall'analisi delle più rilevanti novità normative in materia, che nel nostro come in altri ordinamenti (si pensi al recente *UK Bribery Act*), sono discese da un'autentica esplosione -avvenuta nel corso degli ultimi quindici anni di strumenti normativi internazionali, tesi al controllo e alla repressione del fenomeno corruttivo. Tale circostanza ci ha indotto a verificare la natura di tali fonti: in particolare, se indicassero efficaci meccanismi di azione, ovvero reazione, volti alla salvaguardia del bene collettivo quando in gioco vi fossero soggetti dotati di potere - pubblico e privato- in grado di utilizzarlo a fini estranei alle loro funzioni ovvero per motivi illeciti.

E' da queste due angolazioni che intendo svolgere il mio intervento.

Corruzione: i costi per il mercato e le imprese

Nell'esaminare la relazione tra *corruzione e mercato*, assumo che il concetto di *norma* preceda logicamente quello di mercato, così che quest'ultimo, il mercato, s'inserisca in un contesto sociale organizzato, caratterizzato da norme di comportamento condivise e da meccanismi sanzionatori che puniscano le deviazioni eccessive. Se così non fosse - se, ipoteticamente, alcuni agenti economici

violassero le norme, come nel caso della corruzione - verrebbe meno la condizione di uguaglianza fra loro con la conseguenza che la selezione di mercato non garantirebbe né efficienza, né ottimalità, né capacità orientativa in una struttura dei prezzi che non riflette gli effettivi rapporti di scarsità delle risorse.

Di fatto, la presenza di operatori ‘sporchi’ rende più difficile la sopravvivenza stessa di operatori che competono secondo le regole. Se in una gara d’appalto, un imprenditore ha a disposizione denaro sporco, può vincere la gara, poiché il suo denaro meno razionato. Chi soccombe è l’imprenditore “pulito”, che viene ad essere escluso. Se questo si ripete, gli imprenditori puliti non lavorano abbastanza e dopo un po’ falliscono. Il mercato viene così dominato da imprenditori collusi con la pubblica amministrazione (*recte*: con alcuni suoi rami deviati) e/o aventi a disposizione denaro ‘sporco’ da ri-utilizzare. Un mercato di questo genere non è certamente competitivo e di ciò occorre tenere conto anche nella teoria economica, poiché molti economisti, nel parlare di mercati concorrenziali, danno quasi per scontato il *prius* logico dell’esistenza di regole comuni e rispettate.

Infine, nei mercati concorrenziali vale un principio di libertà: la ‘sovranità’ del consumatore, cioè la facoltà degli agenti economici di effettuare scelte solo in base alle proprie preferenze e al vincolo di bilancio, liberi da imposizioni altrui. Ne deriva che, in settori dove alcuni soggetti usano mezzi illegali per accamparsi risorse e opportunità, il mercato non sarà più in grado di soddisfare la adeguatamente domanda dei consumatori.

In tal senso un insieme di pratiche corruttive diffuse privano il mercato delle sue caratteristiche e garanzie fondamentali, introducendo distorsioni nei comportamenti e, di fatto, la negazione della libera concorrenza.

Ma vediamo più a fondo la natura e gli effetti di queste distorsioni.

In primo luogo, gli episodi di corruzione influiscono in modo significativo sulla *libertà di entrata nel mercato* da parte di nuove imprese poiché la regolamentazione, che di riflesso ne deriva, ha effetti non solo sulle modalità con le quali gli agenti svolgono la propria attività economica ma anche sulle decisioni di entrata nel mercato: in ciò svolgendo una fondamentale funzione selettiva sulla numerosità e sulle caratteristiche strutturali degli operatori.

Se l’insieme delle regole e dei requisiti, considerati necessari allo svolgimento di un’attività economica, mira a garantire che i mercati funzionino nel pieno rispetto della libera concorrenza e dei principi di base dello Stato, le norme a favore di interessi particolari hanno, invece, l’effetto contrario, costituendo un impedimento alle iniziative di chi non rientra nella categoria favorita.

È questo il “lato d’ombra” della corruzione: un pesante effetto dissuasivo, di natura ambientale e non facilmente misurabile, su chi vorrebbe partecipare al gioco economico e, invece, se ne astiene. Tutta la società ne viene influenzata e non stupisce che i processi innovativi e di crescita economica ne vengano complessivamente rallentati.

Sono, comunque, gli effetti negativi sulle *imprese già operanti* in ambienti corrotti sui quali abbiamo più informazioni dal significato pressoché univoco.

Di recente la Banca Mondiale (Kaufmann, 2004) ha analizzato i modi concreti attraverso cui la corruzione ostacola la regolare attività delle imprese. Lo ha fatto con una ricerca effettuata nel contesto del *World Economic Forum* e valendosi dei risultati dell’*Executive Opinion Survey* (EOS). A un campione di imprese, sia dei Paesi industrializzati che di quelli in via di sviluppo, è stato chiesto di indicare, in ordine gerarchico, i fattori di ostacolo all’esercizio della loro attività economica.

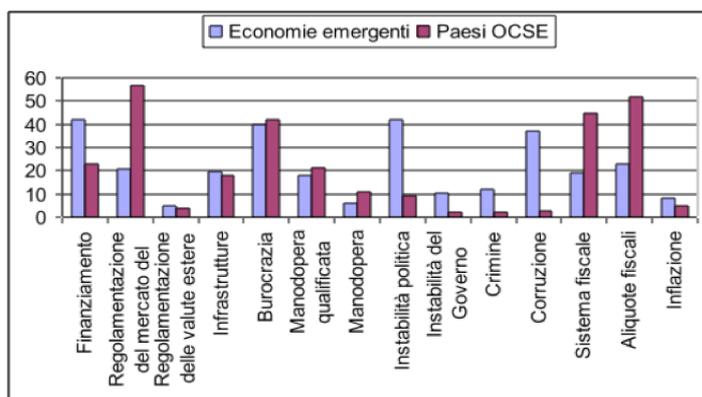


Figura 1. Ostacoli all'attività economica: Paesi Emergenti/ Paesi OCSE

Fonte: Kaufmann (2004)

Il quadro che ne emerge è sufficientemente chiaro. Per gli operatori delle economie emergenti, i fattori di maggior frizione e rallentamento nello sviluppo dell'attività economica sono, nell'ordine, la corruzione, la burocrazia, l'instabilità politica e il costo del finanziamento; diversamente, per quelli dei Paesi industrializzati, gli ostacoli più significativi sono la regolamentazione nell'utilizzo della forza lavoro, l'inefficienza burocratica e l'imposizione fiscale.¹

Infine, se si raggruppano i fattori di impedimento dello sviluppo in alcuni insiemi, quello relativo alle variabili di *governance* (tra cui, ovviamente, la corruzione) risulta essere di gran lunga il più importante. In ben 79 su 104 Paesi del campione, le imprese indicano nei fattori di *governance* l'ostacolo principale alla propria attività economica. Certo, anche il costo del finanziamento alle imprese, la regolamentazione del mercato del lavoro, il regime fiscale o la qualità delle infrastrutture sono rilevanti nel frenare la spinta innovativa ma sono la diffusione della corruzione e, in generale, le condizioni della *governance* a contare di più.

Vi è un altro aspetto della corruzione che va considerato. Esso riguarda il diverso impatto che può avere sulla capacità di sopravvivenza delle imprese a seconda della loro dimensione; e non tanto perché quelle piccole e medie siano più permeabili delle grandi rispetto alla corruzione ma perché, avendo margini di profittabilità minori, per il contesto concorrenziale nel quale si inseriscono, sono meno in grado di sopportarne i costi.

Ora, tenuto conto del fatto che la diffusione delle imprese di non grande dimensione - nelle quali è determinante l'abilità e la determinazione degli imprenditori che le guidano - costituisce il fulcro per la creazione della domanda di lavoro (esse sono meno *capital intensive* delle grandi) e per l'innovazione di prodotto (anziché in quella di processo); e considerato che esse hanno minori disponibilità finanziarie dirette e dipendono in maggior misura dal credito bancario, una selezione avversa di questo tipo può avere gravi conseguenze sull'economia.

Infatti, non avendo le piccole e medie imprese le risorse necessarie per creare dipartimenti specializzati nei rapporti con la P.A. o per muoversi con relativa scioltezza nella crescente complessità delle normative e dei controlli esterni, la corruzione ambientale può spingerle rapidamente fuori dal mercato. Difficilmente esse riescono a sottrarsi al pagamento di tangenti e, in genere, rispetto alle imprese più grandi, sono sottoposte a un costo maggiore per unità di output.

Secondo lo studio di Tanzi e Davoodi (2002), in Indonesia, per esempio, il costo della corruzione per le piccole imprese e gli esercizi commerciali equivale al 20% delle loro vendite. Analogamente, in Uganda, nel 1997, le piccole imprese pagavano un ammontare di tangenti pari al 28% del capitale investito in macchinari e attrezzature.

¹Tali risultati riflettono le percezioni degli agenti economici, ma non per questo possono essere sottovalutate; le percezioni delle imprese sono, infatti, i fattori che le stesse prendono in considerazione nel processo di formazione delle aspettative e, di riflesso, nelle decisioni di investimento.

Anche nei Paesi economicamente avanzati, i manager delle imprese minori trascorrono più tempo a contatto con la P.A.; e dato che il tempo è una risorsa scarsa, il maggior tempo speso nello svolgere procedure burocratiche comporta un costo più alto.

Nel complesso l'impatto della corruzione sui rendimenti del capitale è più alto per le piccole imprese rispetto alle grandi, e il differenziale non è di poco conto. Anzi, quasi raddoppia come dimostra il dato dell'Argentina ove per le piccole imprese l'incidenza è compresa fra il 3% e il 3,6% mentre si riduce all'1% - 2,5% nelle imprese di grandi dimensioni (ciò dovuto, probabilmente, anche a fattori di scala).

Corruzione e performance macroeconomica

Sin qui si è guardato agli effetti della corruzione in un'ottica di distorsione del funzionamento dei mercati. Ora occorre chiedersi quali sia il suo impatto sulla crescita della ricchezza dei Paesi e quali siano i principali canali attraverso cui si manifestano gli effetti depressivi della corruzione.

Va detto subito che non sempre è chiara la direzione nella quale si muove la relazione causale tra corruzione e misura della ricchezza economica perché molto spesso le due variabili si influenzano vicendevolmente.

In generale, tuttavia, sembra che i Paesi più poveri non dispongano dei mezzi necessari a creare sistemi burocratici efficienti o autorità di controllo della corruzione, anche perché più basso è il reddito e più facile è ricorrere ad atti corruttivi a fini di mera sopravvivenza.

A una simile conclusione si giunge prendendo in considerazione la relazione tra l'indice di percezione della corruzione e il PNL *pro capite*. Nel 2009 per tre sottogruppi di Paesi - avanzati, emergenti e in via di sviluppo - si osserva la medesima relazione negativa: a più alti livelli di ricchezza nazionale corrispondono più bassi livelli di corruzione, cioè un più alto Indice di Percezione della Corruzione (CPI).

Occorre riconoscere, per altro, che questo approccio statico - l'utilizzo di un indicatore del *livello* del reddito *pro capite* - non evidenzia le relazioni causali fra le variabili e quindi lascia in ombra le *dinamiche* dei fenomeni che vi stanno alla base e i relativi legami di "causa-effetto".

E' per questo motivo che si è cercato di mettere in risalto i *canali* attraverso cui corruzione e crescita s'influenzano vicendevolmente. Se dal *livello* del prodotto di un Paese si passa a considerare il suo *tasso di crescita nel tempo*, si osserva l'esistenza di una significativa relazione inversa con il grado di corruzione: un dato, questo, già ampiamente segnalato in letteratura.

E, tuttavia, l'effetto *diretto* della corruzione sulla crescita (mantenendo ferme cioè le variabili che la letteratura economica sulla crescita individua come determinanti principali: investimenti; tassi di interesse; rischio; investimenti esteri diretti) sembra essere poco significativo il che fa pensare che la natura della relazione sia più che altro di tipo *indiretto*, cioè agisca più sui *singoli fattori determinanti* della crescita che non sul dato complessivo.

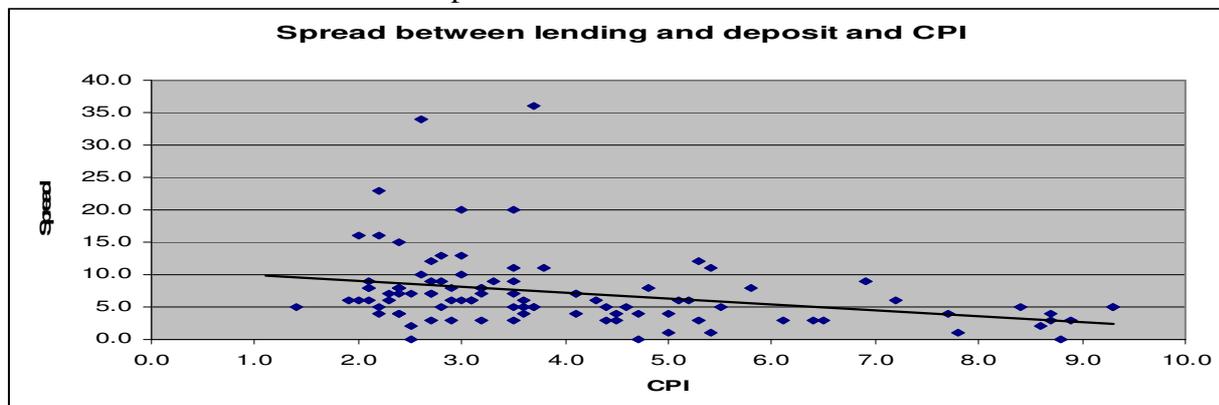
In questo senso, punto per punto, si è sviluppata l'analisi:

- 1) La corruzione ha un impatto negativo sul rapporto tra investimenti e PIL e, questo, a sua volta, implica una riduzione del tasso di crescita.

La relazione negativa tra investimenti e corruzione riflette il fatto che il pagamento delle tangenti è un costo aggiuntivo per le imprese, tanto maggiore se si considerano anche gli oneri relativi all'adempimento di questo particolare *accordo*. Così, poiché gli accordi raggiunti tramite il pagamento di tangenti sono, per ovvie ragioni, illegali - cioè senza la possibilità di essere garantiti da una autorità esterna -, all'effetto depressivo costituito dalla tangente stessa, si aggiungono tanto i costi relativi a un eventuale mancato rispetto

dell'accordo quanto quelli del mantenimento della segretezza durante tutta la vicenda corruttiva.

- 2) La corruzione, per la via dell'aumento del grado di rischio nel prestito, si riflette in un maggior costo del denaro. Così, se analizziamo gli *spread* tra tassi di deposito e prestito - variabile che approssima il grado di rischio percepito da parte del settore bancario nel concedere prestiti - risulta che in tutti i Paesi nel mondo nel 2009, più alti livelli di corruzione sono associati a più alti costi del credito.



Fonte: Arnone, Borlini (2012) elaborazione su dati del FMI e di TI

- 3) L'impatto della corruzione è particolarmente significativo per quanto concerne gli investimenti esteri diretti (IDE). Gli IDE sono capitali stranieri destinati ad attività economiche che, a differenza di quelle finanziarie, presentano un basso grado di liquidità poiché gli operatori assumono un impegno di medio-lungo termine nel Paese destinatario. E' per ciò che gli investitori danno particolare attenzione a tutti i possibili rischi relativi all'ambiente economico nel quale investono. Quasi inutile dire che la corruzione e i suoi relativi costi impattano negativamente sul processo decisionale degli investitori internazionali. I dati dimostrano che i Paesi in cui il livello di corruzione è più basso sono caratterizzati da un maggiore rapporto degli IDE sul PIL, mostrando che gli investitori internazionali sembrano preferire i Paesi meno corrotti (con riferimento all'Europa si veda es. Olanda vs. Grecia e Italia).
- 4) La valutazione dell'opportunità di investire in un'attività economica non può prescindere da uno studio delle caratteristiche ambientali; profitti attesi, costi-opportunità e rischi devono essere contemporaneamente soppesati e confrontati. La relazione tra crescita economica e stabilità politica, ad esempio, riflette il fatto che costi relativi a rischi politici inibiscono l'attività economica. Così, i dati mostrano come un miglioramento dell'indice di corruzione sia associato a una maggiore "stabilità politica" e abbia un effetto positivo sulla crescita economica.

Se l'analisi svolta finora ha messo in evidenza gli effetti della corruzione sui mercati e sulla crescita economica dei Paesi, con una particolare attenzione per le dinamiche degli operatori privati, è opportuno accennare anche agli oneri della corruzione per il settore pubblico.

- Quanto alla relazione tra introiti fiscali dello Stato e corruzione interna, è ragionevole pensare che in sistemi burocratici pervasi profondamente da episodi di corruzione una parte delle risorse pubbliche venga sottratta dai pubblici ufficiali. Anche questa considerazione è supportata dall'evidenza empirica: i dati mostrano che il livello di corruzione interna è correlato in modo negativo all'ammontare delle entrate dello Stato. Se aumenta il grado di corruzione del sistema, il rischio di essere scoperti nel praticare atti illeciti diminuisce e i

pubblici ufficiali *insiders* (coinvolti in dinamiche corruttive) impegnati a trarre benefici personali aumentano a scapito delle entrate dello Stato. Si stima che un peggioramento unitario dell'indice di corruzione provochi una diminuzione totale dell'1,5% delle entrate pubbliche (entrate sul PIL).

- La corruzione ha, d'altro lato, effetti anche sulla spesa pubblica: l'evidenza empirica mostra che la corruzione influenza anche il processo decisionale relativo alle scelte di spesa per cui la destinazione delle risorse ne viene distorta.

Da un lato, la corruzione, sottraendo risorse a disposizione dello Stato, incide sull'offerta di servizi pubblici sia nel prezzo (maggiore) che nella quantità (di necessità, inferiore). E se mancano effetti sul prezzo, è la qualità a risentirne.

Nel primo caso, l'onere della tangente ricade direttamente sul cittadino il quale è costretto a pagare un prezzo superiore dei servizi. Nel secondo caso, la tangente viene sottratta dalle risorse pubbliche e ricade sul cittadino in modo indiretto, attraverso una qualità inferiore o un incremento del debito pubblico. In entrambi i casi, è probabile che la domanda di servizi pubblici da parte dei cittadini diminuisca.

In conclusione, per la società nel suo complesso, la corruzione è un costo e agisce come un vincolo strutturale. Non può essere eliminata né ridotta in modo significativo da parte dei singoli agenti ma richiede un processo di riforma a livello politico e normativo.

Rimane da vedere ora se e con quali modalità i principali trattati internazionali in materia abbiano risposto a tale esigenza.

La normativa internazionale

Tale normativa sarà oggetto specifico dell'intervento del Prof. Manacorda. Pertanto, mi limito a descriverne alcune caratteristiche, cercando di rispondere al quesito appena proposto.

Limitando il campo di analisi alle 5 convenzioni che hanno inciso o sono destinate ad incidere sul nostro ordinamento interno, ciò che mi appresto a fare è accennare a quelli che mi sembrano essere i principali sviluppi che ne sono seguiti e che ne possono seguire, con particolare attenzione all'unico, l'Asset recovery, che aggiunge al momento tipicamente sanzionatorio una fase direttamente volta alla restituzione e gestione dei beni sottratti a favore della collettività che tale sottrazione ha subito.

1) Mi sembra che un primo tratto comune sia dato dalla tendenza a rafforzare lo strumento repressivo, attraverso l'introduzione di nuovi reati e istituti di natura penalistica nell'ambito dell'ordinamento dei Paesi contranti. E' ciò che è successo in Italia con il nuovo art. 322 bis del codice penale in materia di corruzione del pubblico funzionario straniero, e, d'altro lato, con l'introduzione di un regime di responsabilità sì amministrativa ma *ex crimine*, che, si può dire, ha scosso il brocardo *societas delinquere non potest*. Analoghe considerazioni valgono per l'introduzione, a norma dell'art. 322 *ter* del codice penale, della confisca del valore equivalente nel caso in cui i beni costituenti il profitto o il prezzo del reato non siano per qualunque ragione apprendibili.

Lo strumento sanzionatorio, tutela ultima del bene collettivo, troverebbe o troverà ulteriore vigore quando l'Italia darà pieno recepimento alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa del 1999 e la Convenzione ONU del 2003, introducendo anche il reato di corruzione tra privati, e, forse, il discusso traffico d'influenze.

2) Non mi sembra invece decisivo un eventuale ritardo alla piena attuazione della Convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione anch'essa del 1999, posto che l'eventuale adesione del nostro Paese non porterebbe a modifiche sostanziali dell'ordinamento. Con l'eccezione, forse, della proposta di introdurre una norma speciale che prescriva la nullità per il patto corruttivo in senso lato e per tutti gli accordi a esso collegati o conseguenti (che non è certo venga ripresa in un eventuale testo di attuazione anche perché la il patto in esame, essendo illecita la causa, sarebbe comunque colpito da nullità insanabile ex art. 1343 c.c.).² Piuttosto, l'utilizzo più frequente di meccanismi di *private enforcement* sembra ben rispondere alla logica di veicolare l'azione individuale al raggiungimento di interessi collettivi prima che, ovvero insieme a, il soddisfacimento di interessi individuali. Il sistema di *enforcement* del diritto antitrust statunitense mi sembra paradigmatico di un tale meccanismo che coniughi al meglio la risposta sanzionatoria di tipo pubblicistico, con l'iniziativa dei singoli privati volta al risarcimento del danno subito per la pratica illecita. Ciò potrebbe e dovrebbe aversi già anche nei casi di corruzione: far valere in sede civile la nullità del patto corruttivo e i danni subiti a causa di pratiche corruttive è una possibilità attuale che, a mio avviso, potrebbe rilevarsi sempre più efficace per combattere i fenomeni in esame, soprattutto dove l'entità del danno è cospicua. In tutta evidenza, una causa civile promossa dai concorrenti di una gara d'appalto che facciano valere la nullità dei contratti per fatti di corruzione e i danni loro derivati potrebbero rafforzare l'efficacia deterrente dell'azione penale. In tale prospettiva, corrotti e corruttori devono temere non solo un'eventuale condanna penale, ma anche i costi di una condanna in sede civile che potrebbe travolgere tutta l'attività già svolta in esecuzione dei contratti viziati.

Un terzo aspetto della normativa internazionale su cui vorrei brevemente soffermarmi è strettamente correlato al peso crescente che istituzioni finanziarie internazionali stanno assumendo nell'ambito della scena internazionale, lungi ormai dall'essere prevalentemente espressione di accordi tra Stati. Mi riferisco ad una particolare tipologia di sanzioni a disposizione delle istituzioni finanziarie internazionali (World Bank, IADB, ADB, AfrDB) che finanziano o co-finanziano grandi progetti infrastrutturali nelle più disparate parti del mondo. Poniamo il caso di una multinazionale che accede ad uno di questi finanziamenti, ad esempio, per costruire infrastrutture necessarie all'estrazione e stoccaggio di GNL e per ipotesi riesce ad aggiudicarsi il progetto e/o il finanziamento attraverso pratiche corruttive. In tale contesto, a prescindere dalla sanzione irrogata ai pubblici ufficiali del Paese ospite e /o di quelli dell'Istituzione finanziaria interessata, per ciò che riguarda i corruttori - nel nostro esempio, la multinazionale - istituzioni come la WB hanno creato delle 'liste nere' che automaticamente producono l'esclusione *multilaterale* delle imprese dalla possibilità di divenire parte dei progetti finanziati *da tutti* tali enti.

Si noti: 1) di solito si tratta di progetti di enormi entità e di elevata incidenza sull'attività delle imprese interessate e caratterizzate da alto ROI 2) il meccanismo, come detto è ora multilaterale, nel senso che, attraverso il c.d. *cross-debarment*, la squalifica opera 'orizzontalmente', rispetto a *tutte* le istituzioni finanziarie che hanno concordato questo meccanismo, indipendentemente dal loro singolo coinvolgimento nel progetto in esame.

L'ultimo istituto di cui vorrei trattare è il cd. *Asset Recovery*, introdotto e disciplinato dalla Convenzione ONU contro la corruzione del 2003.

L'idea di creare un sistema di cooperazione multilaterale per il recupero e la resa dei valori patrimoniali derivanti da reato è relativamente recente, nonostante l'impatto economico e sociale di tale fenomeno, specialmente sui Paesi in via di Sviluppo, sia notoriamente ingente. Il Fondo Monetario Internazionale stima che il denaro riciclato ogni anno equivalga al 3-5% del PIL mondiale: una cifra che oscilla tra \$600 miliardi e \$1,8 milioni di miliardi, di cui una parte rilevante

²Il nostro ordinamento prevede la nullità –e dunque l'imprescrittibilità dell'azione per farla valere, la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice- del patto di corruzione e degli atti ad esso conseguenti. La nullità del patto di corruzione e degli accordi conseguenti discende nel nostro ordinamento dalle norme generali in tema di nullità del contratto: art. 1418 (contrarietà a norme imperative), l'illiceità della causa (1343 c.c.), l'illiceità dei motivi ex art. 1345 c.c. (unicità del motivo comune alle parti del contratto)

proveniente da reati di corruzione. Inoltre, diversi casi testimoniano dell'importanza del recupero dei valori patrimoniali, ma anche delle difficoltà incontrate dagli Stati per ottenere la restituzione dei fondi di provenienza illecita: tra questi, si ricorda la questione delle somme trafugate dal dittatore congolese Mobutu, da Marcos nelle Filippine e da Sani Abacha in Nigeria dal 1993 al 1998, periodo durante il quale egli si appropriò illegalmente di una cifra compresa tra \$2 e \$5 miliardi.

Al termine dei negoziati della Convenzione ONU contro la corruzione, un intero capitolo della stessa – il capitolo V- è consacrato alla restituzione di valori patrimoniali ottenuti attraverso la commissione di uno dei reati puniti dal Trattato. L'approccio utilizzato è, come stiamo per vedere, interdisciplinare, caratterizzato da una pluralità e diversificazione degli strumenti per favorire il recupero dei valori patrimoniali.

Esaminiamo le disposizioni principali della Convenzione ONU dedicate al recupero dei valori patrimoniali derivanti da reato, illustrando al contempo casi in cui normative simili, ma operanti solo a livello nazionale, hanno consentito l'effettivo rintracciamento e rimpatrio di ingenti capitali sottratti attraverso pratiche corruttive.

L'**art. 52** è dedicato alla prevenzione ed al rintracciamento dei trasferimenti dei prodotti del crimine. L'assunto alla base di questa disposizione è l'importanza della trasparenza e dell'esercizio dell'adeguata verifica da parte degli **intermediari bancari** nel verificare l'identità dei correntisti bancari o dei beneficiari dei fondi (art. 52 par.1), specialmente se a questi sono state affidate prominenti funzioni pubbliche. Lo scrutinio accurato deve investire, inoltre, anche i familiari e le persone più vicine a questi e deve essere effettuato in modo da facilitare il tracciamento di transazioni sospette.

La cooperazione sarà poi notevolmente facilitata dalla costituzione di **unità di intelligence finanziaria** responsabili per la ricezione, l'analisi e la trasmissione alle autorità competenti di report di transazioni finanziarie sospette. (**art. 58**) I lavori preparatori indicano che ogni Stato può considerare se istituire una nuova unità, creare un ramo specializzato del centro finanziario già esistente ovvero più semplicemente utilizzare l'unità già creata precedentemente³.

Nel **caso** di corruzione che ha coinvolto **Vladimiro Montesinos Torres**⁴ -capo del potente *National Intelligence Service* e consigliere dell'ex presidente peruviano Alberto Fujimori fino al 2000- le **informazioni ottenute dalle banche svizzere** facilitarono le investigazioni in patria e il recupero di ingenti fondi riciclati da Montesinos. La Svizzera ha, infatti, emanato direttive⁵ piuttosto puntuali e severe tese a regolamentare l'attività degli intermediari finanziari. Le direttive chiariscono tra l'altro che gli intermediari finanziari non devono accettare fondi che sanno o presumono provenire dalla corruzione o da altri reati contro la pubblica amministrazione. Inoltre, grazie alle recenti modifiche al c.p.secondo le quali la corruzione non è più un semplice delitto, ma un crimine⁶ e, in seguito all'operatività del nuovo art. 322septies c.p. svizzero⁷, l'intermediario

³ A/58/422/Add.1 p.11-12

⁴ Le indagini della Procura distrettuale IV del Canton Zurigo hanno evidenziato che i fondi di Montesinos bloccati in Svizzera erano provento di corruzione: dal 1990 Montesinos percepiva "commissioni" sulle forniture di armi destinate allo Stato peruviano e faceva versare queste tangenti sui suoi conti bancari in Lussemburgo, negli Stati Uniti e in Svizzera. In occasione di almeno 32 contratti di fornitura, Montesinos aveva percepito tangenti ammontanti al 18 per cento del prezzo d'acquisto. Anche in occasione dell'acquisto di tre aerei "MIG29" da parte delle forze aeree peruviane presso la fabbrica nazionale di armi russa "Rosvoorouzhnie", Montesinos aveva incassato una "commissione" di 10,9 milioni di dollari. Grazie alla sua posizione, a titolo di controprestazione, Montesinos faceva in modo che determinati commercianti di armi venissero favoriti al momento dell'aggiudicazione di queste commesse. Si veda il comunicato stampa della Procura distrettuale IV per il Canton Ticino del 20 agosto 2002.

⁵ *Directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment des capitaux* del 26 marzo 1998 disponibili sul sito <http://www.ebk.admin.ch/f/publik/rundschi/98-1.pdf>

⁶ In occasione della ratifica della Convenzione OCSE contro la corruzione è stata esercitata una forte azione innovatrice sul codice penale svizzero: infatti non solo è stato introdotto il reato di corruzione attiva di pubblici ufficiali stranieri,

finanziario, oltre a dover esercitare la consueta diligenza, sarà tenuto a comunicare all'Autorità federale di vigilanza in materia di riciclaggio il sospetto fondato che i valori patrimoniali di una relazione d'affari siano il risultato di un crimine.

Pertanto, in seguito al mutato quadro giuridico e in applicazione della legge federale contro il riciclaggio⁸, le banche, nell'ottobre del 2000, hanno informato l'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro della disponibilità nei loro conti correnti di valori patrimoniali appartenenti a Montesinos e all'ex generale peruviano Hermoza Rios. L'Ufficio di comunicazione ha, in seguito, trasmesso tali informazioni alla Procura distrettuale IV per il Canton Zurigo, la quale ha provveduto a bloccare i fondi⁹ e ad avviare un'inchiesta penale. Quanto emerso durante le indagini effettuate a Zurigo è stato infine comunicato dall'Ufficio federale di giustizia alla giustizia peruviana che, a sua volta, ha svolto le relative indagini e presentato le pertinenti domande d'assistenza giudiziaria alla Svizzera. L'accusato fu poi arrestato nel giugno del 2001¹⁰, mentre il 20 agosto del 2002 il conto del *Banco de la Nacion* del Perù presso la *Citibank* di New York ha ricevuto dalla Svizzera un bonifico di 77,5 milioni di dollari, relativo alla restituzione di valori patrimoniali trafugati da Montesinos.

L'art.53 é dedicato alle **misure per il recupero diretto dei beni**¹¹; in questa sede vengono descritti gli strumenti di tutela civile disponibili per ottenere la restituzione dei valori patrimoniali derivanti da reato. Il paragrafo a) dell'art. 53 prevede che uno Stato –conformemente alla sua legislazione interna- adotti le misure necessarie per permettere ad un altro Stato membro di esercitare un'azione civile presso i tribunali del primo, al fine di far riconoscere l'esistenza di un diritto di proprietà sui beni acquisiti tramite uno dei reati previsti dalla Convenzione. Il paragrafo b) stabilisce che, sempre in accordo con la sua legislazione interna- gli Stati adottino le misure necessarie per permettere ai propri tribunali di ordinare ai rei di corrispondere un indennizzo o di liquidare i danni arrecati ad un altro Stato membro offeso dai crimini puniti dalla Convenzione. Una previsione simile è contenuta nell'art. 8 della Convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione, ma non vi é menzione della facoltà per gli Stati parte di far valere tale circostanza davanti ai tribunali degli altri firmatari.

come del resto negli altri Stati membri, ma tale reato (e quello a connotazione domestica) è ora definito un crimine, non più un delitto punibile con la detenzione fino a tre anni; ciò è estremamente rilevante, come evidenziato nel testo, per le fattispecie criminali che costituiscono reato presupposto del riciclaggio di denaro. Per comprendere la novità rispetto alla disciplina precedente, si noti la differenza con il regime applicabile alla frode fiscale: quest'ultima, essendo considerata un delitto, non costituisce un reato presupposto del riciclaggio e non attira l'obbligo di diligenza degli intermediari finanziari, previsto solo per i crimini così come definiti dall'art. 9 del c.p. (Si tratta dei reati punibili con più di tre anni di reclusione).

⁷ Art. 322 *septies* c.p. svizzero introdotto in occasione della ratifica della Convenzione OCSE:

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

⁸ Art. 9 della legge federale sul riciclaggio: “L'intermediario finanziario che sa o ha il sospetto fondato che i valori patrimoniali oggetto di una relazione d'affari, sono in relazione con un reato conformemente all'art. 305 *bis* del c.p., provengono da un crimine o sottostanno alla facoltà di disporre di un'organizzazione criminale (art. 260 *ter* n.1 del c.p.), deve darne comunicazione senza indugio all'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio secondo l'art. 23.” Sono esenti dall'obbligo avvocati e notai che sottostanno al segreto professionale(paragrafo 3 art. 9). L'art. 305 *bis* punisce il reato di riciclaggio di cui la corruzione internazionale costituisce ora un antecedente. Si veda in proposito BERNASCONI, P., *Misure svizzere antiriciclaggio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1-2, 1999, pp.203-213; P BERNASCONI, L. ROSSINI SCORNAIEGHI, *Nuove norme anticorruzione in Svizzera*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 3, 2000, pp.529-549, specialmente pp.545-546.

⁹ Venne congelato denaro riconducibile a Montesinos pari a \$48 milioni il 3 novembre 2000 e altri \$22 milioni il 29 dello stesso mese ed anno.

¹⁰ Si veda L.M.SAMUEL, *Repatriation Obligations Under the United Nations Convention against Corruption*, in *Resource Material Series*, vol. 65, p.58 *et seq.* p.58 *et seq.* a p.62

¹¹ La Convenzione parla di *Measures for direct recovery of property* Il termine *property* a sua volta viene definito all'art. 2 (d) “*assets of every kind, whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible and legal documents or instruments evidencing title to or interest in such assets.*”

Proprio il ricorso a procedimenti civili ha portato al recupero di \$1 miliardo da parte delle Filippine, mentre la Nigeria ha ottenuto la restituzione di \$1 miliardo attraverso un'azione civile iniziata nel Regno Unito.

Il problema in questi casi può essere il difficile reperimento di competenze tecniche e di fondi per provvedere al pagamento delle prestazioni di avvocati e consulenti esperti della materia. Tra le soluzioni possibili annoveriamo i *contingency fee arrangements* -grazie ai quali i professionisti sono remunerati in maniera proporzionale e a valle del recupero del denaro-, la concessione di prestiti *ad hoc* da parte di organizzazioni internazionali, di fondazioni o di organizzazioni no-profit, ovvero le richieste di rimborso a quelle istituzioni finanziarie che non hanno esercitato il loro dovere di vigilanza. Infine, qualora l'attore sia un privato è possibile in alcuni Paesi che questi ritenga fino al 30% dei fondi recuperati: si tratta delle cd azioni *qui tam*¹².

D'altra parte il ricorso agli strumenti di tutela civile presenta l'indubbio vantaggio di prevedere un livello probatorio più basso rispetto a quello previsto in sede penale, tuttavia anche la cooperazione internazionale in materia è meno sviluppata: la Convenzione ONU, infatti, prevede all'art. 43 che gli Stati *debbano* cooperare per indagini penali, mentre debbono semplicemente *considerare di* prestare la propria assistenza per procedimenti amministrativi o civili.

L'art. 54 prevede dei **meccanismi per il recupero di beni attraverso la cooperazione internazionale** ex art. 55 della Convenzione finalizzata alla **confisca degli stessi**, una delle tattiche più efficaci per disarticolare il crimine organizzato. I beni cui ci si riferisce ai fini della cooperazione sono quelli acquisiti o comunque coinvolti nella commissione dell'illecito (art. 54 par.1). La confisca viene definita all'art. 1 della Convenzione come la privazione su base permanente di beni dietro presentazione di un ordine di un tribunale o delle autorità competenti.

(La **cooperazione internazionale relativa alla confisca** viene poi ulteriormente specificata all'art. 55, il quale prevede che uno Stato che abbia ricevuto una richiesta da un altro Stato membro per la confisca delle cose presenti sul suo territorio che servirono o furono destinate a commettere il reato, delle cose che ne costituiscono il prodotto e il profitto o di beni di valore equivalente a tali proventi secondo quanto indicato dall'art. 31 (1) della Convenzione¹³, dovrà – in accordo con le sue legislazioni interne- presentare alle sue autorità competenti una circostanziata richiesta di confisca per ottenere un ordine di confisca ed eseguirlo.)

Su tale misura tipicamente penalistica non mi dilungherò se non per dire che, secondo la Convenzione (art. 55 (7)) la cooperazione può essere rifiutata qualora le prove ricevute dallo Stato al quale viene presentata la richiesta siano insufficienti o tardive ovvero se i valori patrimoniali abbiano scarso valore.

Vi è in questa disposizione un bilanciamento tra l'interesse al recupero dei fondi e la considerazione delle difficoltà tecniche, giuridiche e finanziarie che affrontano gli Stati durante le operazioni di restituzione. D'altro canto, rovesciando la prospettiva, sono proprio i Paesi più duramente provati ed impoveriti da pratiche corruttive a dover iniziare delle indagini o delle azioni lunghe e costose per recuperare i propri valori, pertanto essi stessi potrebbero decidere di non procedere oltre, qualora la somma non sia ingente. I fondi di Mobutu depositati in Svizzera ammontavano a \$4

¹² Il termine *qui tamé* un'abbreviazione della frase *qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur*. Tale è il caso degli Stati Uniti, vd. P. CARRINGTON, *American Law and Transnational Corruption: Is There a Need for Lincoln's Law Abroad?*, in O. MAYER, *The Civil Law Consequences of Corruption*, Auflage 2009

¹³ art. 31 "Freezing, seizure and confiscation"

1. Each State Party shall take, to the greatest extent possible within its domestic legal system, such measures as may be necessary to enable confiscation of:

(a) Proceeds of crime derived from offences established in accordance with this Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds;
(b) Property, equipment or other instrumentalities used in or destined for use in offences established in accordance with this Convention"

Segnaliamo, inoltre, che alcuni Stati possono confiscare i beni di terzi, qualora questi non potevano non sapere (oppure sapevano o avevano il sospetto) che tali proprietà derivavano dalla commissione di un reato, oppure quando i beni fossero ancora sotto il diretto controllo dell'accusato ovvero se i beni erano un regalo diretto indiretto dell'accusato stesso. *ibidem*, p.5

milioni: una somma troppo esigua per le autorità di Kinshasa, le quali hanno deciso di non rispondere alla richiesta di chiarimenti circa la proprietà del denaro inviata dalla Svizzera stessa¹⁴.

Il cuore del capitolo V è contenuto nell'art.57 intitolato al recupero e alla gestione dei valori patrimoniali. Il paragrafo 1 contiene l'indicazione di principio secondo la quale i valori confiscati da uno Stato, conformemente ai già citati art. 31 e 55, devono essere gestiti secondo il paragrafo 3 dell'art. 57, ivi inclusa la restituzione di tali valori; quest'ultima dovrà avvenire in accordo con le leggi interne e con le disposizioni della Convenzione.

L'art. 57 (3) prevede un **preciso obbligo per gli Stati riceventi la richiesta di restituzione**, impegno che si declina in modo parzialmente diverso a seconda che si tratti di malversazione di fondi pubblici o di riciclaggio di denaro (art. 57 (3) lett.a)), dei proventi degli altri reati sanzionati dalla Convenzione (57 (3) lett. b)), ovvero di tutti gli altri casi (57 (3) lett. c)).¹⁵

¹⁴ Si veda T.DANIEL, *Repatriation of looted state assets*, giugno 2004, disponibile su www.kendallfreeman.com

¹⁵ Secondo l'art. 57 (3) lett. a), nel caso in cui gli averi siano il frutto di malversazione di fondi a danno dello Stato o di riciclaggio di denaro pubblico – reati previsti rispettivamente dagli articoli 17 e 23 del Trattato- e qualora la confisca sia avvenuta conformemente all'art. 55 della Convenzione e sulla base di una sentenza passata in giudicato nello Stato richiedente l'assistenza, lo Stato a cui viene inoltrata la richiesta dovrà restituire i valori confiscati. Lo Stato che riceve la domanda di restituzione potrà derogare al requisito della sentenza definitiva, ma si noti, è una sua facoltà. In altri termini nel caso in cui non vi sia una sentenza definitiva nella giurisdizione da cui proviene la domanda, il Paese a cui viene richiesta la collaborazione non sarà obbligato a restituire i fondi.

La formulazione della lettera a) dell'art. 57 della Convenzione contiene un obbligo relativo alla resa dei fondi pubblici di cui ci si sia indebitamente appropriati e riposa sull'assunto che, per i gravi reati summenzionati, lo Stato non dovrebbe avere grandi difficoltà a far valere il suo diritto di proprietà sui valori patrimoniali in questione.

Il meccanismo vincolante ed automatico descritto sopra si applica ai fondi confiscati nel quadro della cooperazione internazionale, menzionata esplicitamente attraverso il riferimento all'art. 55 e all'art 46. La lettera b) e c) dell'art. 57 prevedono un regime differente per i valori patrimoniali che non derivino da malversazione di fondi pubblici.

Secondo l'art. 57 (3) lett. b), nel caso in cui si tratti di proventi derivanti dagli altri reati coperti dalla Convenzione e qualora la confisca sia avvenuta conformemente all'art. 55 della Convenzione e sulla base di una sentenza passata in giudicato nello Stato richiedente l'assistenza (requisito che può essere derogato dallo Stato richiesto), lo Stato a cui viene inoltrata la richiesta dovrà restituire i valori confiscati. La restituzione, tuttavia, è condizionale a due circostanze alternative: che il Paese richiedente fornisca delle prove ragionevoli circa il suo diritto di proprietà anteriore sui beni ovvero che lo Stato richiesto riconosca l'esistenza di un pregiudizio a carico dello Stato richiedente quale base per ottenere la restituzione dei beni confiscati.

Per quanto riguarda la prima delle ipotesi previste dalla lettera b), i lavori preparatori indicano che il termine "diritto di proprietà anteriore" designa il "diritto di proprietà al momento dell'infrazione" Si è obiettato in dottrina che nel caso di corruzione in senso stretto (art. 15 e 16 della Convenzione) o di traffico di influenza (art. 18) non è possibile dimostrare che al momento dell'infrazione le somme di denaro o gli altri beni materiali indebitamente percepiti dal funzionario corrotto appartenessero allo Stato. Pertanto la portata della prima ipotesi sub lett b) dell'art. 57 appare estremamente ridotta, "voir nulle." Relativamente alla seconda ipotesi sub lett. b) dell'art. 57 (riconoscimento di un danno a carico dello Stato richiedente) si può immaginare che lo Stato richiesto vorrà concludere un accordo politico di tipo globale, che contenga anche delle indicazioni sull'uso dei fondi da restituire. Pertanto l'automatismo del meccanismo di restituzione è valido solo per la sottrazione di fondi pubblici, mentre negli altri casi occorrerà procedere caso per caso.

Nel caso di Ferdinando Marcos, ex presidente delle Filippine, le autorità elvetiche hanno negoziato una restituzione condizionale a:

- un'incriminazione formale contro i Marcos in Patria entro un anno;
- una sentenza definitiva da parte di un tribunale filippino che confermava che i fondi erano stati rubati e che dovevano essere restituiti al legittimo proprietario:il governo delle Filippine;
- il rispetto delle garanzie processuali stabilite dalla Costituzione svizzera e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo durante i procedimenti penali in patria.

Naturalmente ciò ha incontrato l'opposizione del governo delle Filippine e della speciale commissione incaricata del recupero, i quali alla fine si sono accordati con la Svizzera per una "restituzione anticipatoria" ovvero attuata prima della sentenza definitiva. Ciò sarebbe ora espressamente previsto dall'art. 57 (3) (b). Come descritto sopra, la restituzione dei fondi è avvenuta su un conto corrente nelle Filippine controllato dalla Svizzera, la quale ha definitivamente trasferito i capitali in seguito ad una sentenza di un tribunale filippino, in cui si evidenzia che i Marcos non sono riusciti a dimostrare l'origine lecita del denaro.

Da ultimo la lettera c) dello stesso articolo, relativa a tutti i casi residuali, invita gli Stati a considerare in via prioritaria la restituzione delle proprietà confiscate allo Stato richiedente, ai suoi proprietari legittimi anteriori ovvero a compensare le vittime del reato.

Infine, la Convenzione prevede al **paragrafo 5) dell'art.57** che gli Stati membri possono considerare di concludere degli **accordi per la gestione definitiva dei beni confiscati**. La Convenzione indica ai firmatari una soluzione, certamente laboriosa dal punto di vista della negoziazione, ma probabilmente più breve rispetto alla via giudiziaria e con l'indubbio vantaggio di poter permettere allo Stato richiesto di esprimere il suo interesse circa la sorte dei fondi rimpatriati e di concordare un'**eventuale condivisione dei fondi recuperati quale incentivo per la cooperazione**¹⁶.

In conclusione, il funzionamento di un tale istituto su scala internazionale –ora parzialmente accentrato presso la World Bank - mi sembra esemplificativo di una risposta politica legislativa capace di reintegrare gli interesse collettivi dopo l'esplicazione di un necessario momento sanzionatorio, comune anche agli altri sviluppi accennati della normativa internazionale. Il *valore aggiunto* dell'Asset recovery sarebbe rappresentato proprio dal recupero volto a una gestione collettivamente utile dei patrimoni sottratti a seguito di atti di corruzione. Una *pars costruens*, che forse il solo meccanismo sanzionatorio non ci fa che intravedere.

¹⁶Nel maggior parte dei membri appartenenti al FATF non vi è una legislazione specifica che permette la condivisione dei valori confiscati, ma non esiste neanche una proibizione in tal senso. Tuttavia spesso per la condivisione si richiede che vi sia un accordo di mutua assistenza giudiziaria, mentre altri richiedono che gli averi abbiano un valore non inferiore a \$1,3 miliardi,ecc.