SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO E LOTTA ALLA CORRUZIONE

Laura Ferola

Sommario

1. Origine dell'azione europea. - 2. Le differenze nei sistemi giuridici degli Stati membri. - 3. Una panoramica su norme e metodi adottati dall'OECD e dal Consiglio d'Europa. - 4. Il Trattato di Maastricht. - 5. I protocolli integranti la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee - 6. La Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea. 7. Estensione della strategia anticorruzione al settore privato. - 8. Le misure di prevenzione. - 9. Il Trattato di Amsterdam. - 10. L'impatto della corruzione sul sistema socio-economico. - 11. Proposte per una strategia più efficace.

1. Origine dell'azione europea

Fin dall'istituzione del sistema delle risorse proprie (1970) e dal completamento del mercato interno, la Comunità europea (CE) ha dovuto contrastare fattispecie criminose aventi dirette ripercussioni sul proprio bilancio, quali l'abuso di funzioni, il millantato credito, la frode, il riciclaggio di denaro e la corruzione[1]. Il consolidamento dell'integrazione nei più importanti settori istituzionali, e segnatamente l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione di merci e persone, ha reso imperativa una maggiore cooperazione a livello europeo nell'ambito della giustizia ed affari interni, pur sempre nel pieno rispetto della sovranità dei singoli Stati membri. L'abolizione delle frontiere, in effetti, ha rivelato un preoccupante paradosso: il mantenimento delle barriere normative in uno spazio politico dalla natura ibrida quale è quello europeo, né del tutto federale né pienamente intergovernativo, ove la competenza in materia penale è strettamente riservata alle autorità nazionali, ha permesso al crimine organizzato di sfruttare le asimmetrie derivanti dall'esistenza di quindici diversi sistemi giuridici, pur risultando questi ultimi fondati su principi sostanzialmente similari[2].

A livello europeo è stata quindi riconosciuta la necessità di armonizzare la normativa nazionale a carattere sanzionatorio, al fine di reprimere efficacemente - tra gli altri - i crimini finanziari.

Con specifico riferimento alla corruzione, pur in mancanza di precisi dati sulla sua diffusione in Europa, si ritiene che la fattispecie si caratterizzi per le sue estese dimensioni e si configuri come un fenomeno estremamente attuale, come del resto testimoniano i più recenti avvenimenti (v. *infra*, par. 11). In molti Stati gli episodi di corruzione sono stati quantificati tra il 2-10 % del valore delle transazioni[3]. A livello internazionale si calcola che all'incirca 50 miliardi di dollari vengono ogni anno destinati alla corruzione. Per quanto concerne l'Italia, si stima che l'1% delle spese di Stato, Provincie, Regioni, Comuni ed Enti vari venga riservato a pratiche illecite di natura corruttiva. Gli effetti di tali vicende si riflettono in un aumento dei prezzi di mercato del 30 %; in alcuni casi specifici tale percentuale si è elevata fino al 260%. In determinati Stati il 10 - 15% del prezzo al consumo pagato per un prodotto finisce in tangenti, mentre i costi negli appalti di opere pubbliche lievitano del 20-30% a causa del predetto fenomeno. E' stato calcolato, ad esempio, che in Germania la somma complessiva spesa per realizzare transazioni finanziarie illecite oscilli tra i 5 ed i 10 miliardi di DM per anno.

Secondo un rapporto della Comunità europea[4] assumono particolare rilievo tre diverse categorie della fattispecie corruttiva. La corruzione *casuale* si presenta a carattere episodico in quanto si verifica occasionalmente, riguarda somme relativamente modeste, coinvolge i singoli o piccoli gruppi ed appare essere più l'eccezione che non la regola. Ciò che trova sempre maggiore diffusione è il modello *strutturale o sistematico*, ove le pratiche corruttive si verificano regolarmente in alcuni specifici settori economici o industriali, quali le opere pubbliche, il commercio delle armi e gli aiuti a Paesi terzi. Tale forma è organizzata, non necessariamente istituzionalizzata ma ricorrente, trova origine nelle relazioni illecite che pubblici ufficiali di medio-alto livello - i quali strumentalizzano la propria qualifica soggettiva per ottenere illecite integrazioni dei propri guadagni - instaurano con intermediari ed imprenditori. Pur essendo una diretta violazione dello stato di diritto, diversamente da quanto si verifica nel caso del modello sistemico, qualora i corruttori vengono rimossi dal proprio incarico la corruttela viene eliminata. La corruzione *sistemica* è pervasiva, forse accettata ma non necessariamente approvata, si afferma nel settore politico-economico, coinvolgendo i più alti livelli istituzionali. Il malcostume diviene un fattore endemico nella fase decisionale del processo produttivo, tanto da assumere connotati di serialità e devianza sistematica. Viene posta in essere da gruppi molto ramificati e fiorisce in sistemi ove il livello retributivo non è elevato: assume le connotazioni di una spirale perversa ed anche essa s'innesca presso quei funzionari pubblici che cercano di guadagnare redditi addizionali abusando dei propri poteri discrezionali

nel concedere autorizzazioni ovvero intralciando le attività economiche. In tale ipotesi però, il settore politico può non essere altamente motivato a contrastare la fattispecie, in quanto le strategie di riforma non sono immediatamente percepibili ed i costi politici, derivanti dagli effetti di una burocrazia scarsamente collaborativa se non ostile, possono apparire proibitivi. La seguente tavola mette schematicamente in luce le caratteristiche dei vari tipi di corruzione[5] :

Tipologia	**Attori principali**	**Modalità**
Casuale	Pubblici ufficiali di livello non elevato	Malversazione su piccola scala, appropriazione indebita d'importo non significativo, favoritismi e discriminazione
Sistematica	Pubblici ufficiali, funzionari elettivi o di nomina politica, rappresentanti o donatori, elites burocratiche, uomini d'affari e intermediari	Tangenti, collusione per defraudare il pubblico, malversazione su larga scala e transazioni commerciali o accordi sindacali fittizi, appropriazioni indebite negli appalti pubblici e nelle concessioni, benefici economici e sovvenzioni attribuiti arbitrariamente per soddisfare interessi particolari, finanziamenti illeciti a partiti politici
Sistemica	Alti burocrati, politici, imprenditori, colletti bianchi	Fittizi pagamenti per prestazioni mai effettuate, concessioni di contributi ad aziende o gruppi economici dominanti in cambio di finanziamenti a singoli gruppi politici, favoritismi e discriminazioni

Scopo della presente indagine è quello di analizzare gli strumenti giuridici adottati dalla Unione europea per reprimere il crimine in oggetto; particolare attenzione è stata inoltre riservata alle prospettive di cooperazione in funzione anticorruzione che stanno emergendo in alcuni specifici settori.

2. Le differenze nei sistemi giuridici degli Stati membri

In linea di principio la corruzione viene definita come la condotta illegale di quei soggetti che - investiti di responsabilità pubbliche o private - agiscono in violazione dei propri doveri per ottenere un indebito profitto finanziario o di qualsivoglia natura, diretto od indiretto. L'individuazione e la conseguente repressione delle pratiche corruttive solitamente implicano speciali sforzi investigativi: contrariamente ad altri crimini economici convenzionali, la corruttela si fonda sul principio del reciproco interesse. Tra il corruttore ed il corrotto si stabilisce un accordo criminoso avente ad oggetto il mercimonio dell'attività funzionale, che si traduce in termini di vantaggio per entrambi. Ambedue violano la legge, nessuno è la vittima, conseguentemente essi, in quanto complici su di un piano di perfetta parità, hanno un interesse convergente ad assicurarsi che il *pactum sceleris* non venga esteriorizzato.

La fattispecie, inoltre, costituisce un elemento distorsivo ed incompatibile con il principio della libera concorrenza[6]: nel momento in cui gli imprenditori privati ricorrono a pratiche anomale nel corso delle loro attività commerciali ottengono un vantaggio competitivo illecito su coloro che non ne fanno uso. La corruzione assume le connotazioni di fattore erosivo della fiducia dei cittadini nell'integrità di un democratico stato di diritto, in quanto il processo decisionale viene falsato e condizionato dai pubblici ufficiali corrotti. Un ulteriore aspetto deleterio si rinviene nel fatto che - in considerazione della crescente interdipendenza economica a livello sia europeo che internazionale - il fenomeno travalica ampiamente i confini nazionali e si ripercuote negativamente non solo sulle risorse finanziarie europee, ma anche sugli interessi dei singoli a causa della ovvia lievitazione dei prezzi dei prodotti nonché dello spreco delle risorse per la realizzazione di opere costose e spesso inutili, cui consegue una situazione generale di inefficienza.

In base a recenti inchieste è altresì emerso il frequente ricorso da parte del crimine organizzato[7] a tali pratiche con l'evidente scopo di penetrare nel sistema governativo o giuridico per accrescere non solo la possibilità di vantaggi economici illeciti, ma anche per ottenere informazioni in via anticipata su indagini giudiziarie le cui risultanze vengono orientate garantendo l'impunità del reo[8].

In linea generale la maggior parte degli Stati membri sembra non essere esente dalla corruzione, come si evince dalla tavola, a cura di Transparency International[9], di seguito riportata:

Paese	Punteggio CPI 1999	Deviazione standard	Fonti utilizzate
Danimarca	10.0	0.8	9
Finlandia	9.8	0.5	10
Svezia	9.4	0.6	10
Paesi Bassi	9.0	0.5	10
Lussemburgo	8.8	0.9	8
Regno Unito	8.6	0.5	10
Germania	8.0	0.5	10
Irlanda	7.7	1.5	10
Austria	7.6	0.8	11
Portogallo	6.7	1.0	10
Francia	6.6	1.0	10
Spagna	6.6	0.7	10
Belgio	5.3	1.3	9
Grecia	4.9	1.7	9
Italia	4.7	0.6	12

Fonte: The Transparency International 1999 Corruption Perceptions Index[10]

Risulta evidente che il contrasto del delitto *de quo* con i tradizionali metodi nazionali non può costituire un efficace deterrente, considerando le numerose aree di attività esposte al rischio di illeciti finanziari in ambito europeo (fondi strutturali, regime transitorio, allargamento, ecc.). Peraltro, il bilancio europeo sembra essere colpito in particolare dalla c.d. corruzione multinazionale, i.e. l'azione (ovvero l'omissione) criminosa viene commessa in tutto o in parte sul territorio di diversi Stati, ma l'evento e gli effetti si producono altrove, creando problemi che vanno dal conflitto di giurisdizione alla estradizione, dal trasferimento dei procedimenti alla emanazione delle sentenze[11].

Allo stato attuale l'assenza di una definizione *standard* del fatto costituente reato, giuridicamente vincolante per gli ordinamenti interni, costituisce un vuoto normativo che rende particolarmente difficoltosa l'adozione di una strategia comune, flessibile ed integrata, finalizzata ad un efficace contenimento del fenomeno delittuoso. Tra le più rilevanti differenze negli Stati membri vanno annoverate[12]:

a) La nozione di pubblico ufficiale: generalmente la definizione di pubblico ufficiale si riferisce unicamente ai pubblici funzionari nazionali poiché le norme penali interne spesso non prendono in considerazione la possibile incriminazione di pubblici dipendenti appartenenti ad altri Stati ovvero ad organizzazioni internazionali. A tal proposito non assume alcuna rilevanza neanche il fatto che la fattispecie corruttiva si verifica entro il proprio territorio ovvero su istigazione dei propri pubblici ufficiali. Infine, solo in pochi Stati membri sono previste specifiche tipologie sanzionatorie a carico dei magistrati corrotti.

b) La responsabilità delle persone giuridiche: non in tutti gli ordinamenti interni sono state predisposte delle sanzioni di natura penale nei confronti di società od enti collettivi nell'ipotesi in cui la tangente viene pagata per loro conto. Generalmente viene considerata penalmente responsabile unicamente la persona fisica, anche se ha agito ad esclusivo beneficio dell'impresa, società od ente.

c) L'immunità: in alcuni Stati membri, funzionari elettivi o di nomina politica non rivestono la speciale qualifica soggettiva di pubblico ufficiale e quindi non risultano sottoposti agli specifici meccanismi sanzionatori adottati per combattere la corruzione di detti soggetti.

d) Il millantato credito: secondo alcune norme nazionali, il pagamento ovvero l'offerta di denaro ad una persona che vanti di poter influenzare le decisioni di un pubblico ufficiale non necessariamente costituisce reato; la condotta viene considerata penalmente rilevante solo nel momento in cui il pagamento illecito viene effettivamente corrisposto quale prezzo della mediazione presso il funzionario pubblico.

e) L'elemento oggettivo: in determinati ordinamenti la condotta punibile si deve esteriorizzare in un atto contrario ai doveri di ufficio, non assumendo alcuna rilevanza penale l'ipotesi di una corruzione "buona" ove il pubblico ufficiale accetta il pagamento illecito semplicemente per semplificare o snellire l'*iter* procedurale di un appalto o contratto di una società che, comunque, ne sarebbe risultata oggettivamente aggiudicataria[13].

f) Le sanzioni: in tutti gli Stati membri si prevede a carico degli autori del fatto illecito l'irrogazione di pene detentive, la cui durata varia però notevolmente (da 6 mesi a 10 anni) nei diversi ordinamenti.

g) Il settore privato: solo pochi Stati membri prevedono una specifica sanzione per episodi di corruzione commessi da quelle persone fisiche preposte ad enti o imprese che agiscono in contrasto con i propri doveri nello svolgimento dell'attività professionale. In altri Stati tale fattispecie viene punita con semplici sanzioni civili o amministrative.

h) Il settore politico: rilevanti differenze esistono anche nell'area dei finanziamenti ai partiti politici, con particolare riferimento alle erogazioni sia pubbliche che private.

i) Le facilitazioni fiscali: alcuni Stati prevedono specifiche detrazioni fiscali per i costi connessi alla corruzione di ufficiali esteri: è il caso delle tangenti (corrisposte sotto la voce di "commissioni di intermediazione", "consulenze" ovvero "spese commerciali esterne") che vengono considerate alla stregua di una normale prassi imprenditoriale nel territorio in questione. Di tal guisa si finisce per incoraggiare la diffusione della corruzione al di fuori dei propri confini.

Proprio in considerazione delle rilevanti differenze di cui sopra, l'Unione europea ha adottato strumenti volti ad armonizzare le norme penali interne. Come verrà spiegato nei dettagli[14], il processo intrapreso si fonda sulla cooperazione a livello intergovernativo: occorre sottolineare, in altri termini, che la sovranità nazionale in materia penale, pur non essendo stata neanche in parte trasferita alla Unione europea, è ormai profondamente condizionata dalla legislazione comunitaria in merito al fatto tipico ovvero alla condotta vietata, con la sola esclusione della scelta sanzionatoria (che rimane pur sempre una prerogativa degli Stati membri)[15].

3. Una panoramica su norme e metodi adottati dalla OECD e dal Consiglio d'Europa

L'Unione europea ha formulato una strategia anti-corruzione coerente con i più importanti organismi internazionali (OECD, WTO, Consiglio d'Europa, OAS, UN)[16].

Per quanto riguarda l'Europa in quanto tale, alcune importanti iniziative sono state intraprese fin dalla metà degli anni '90, in particolare nell'ambito della OECD e del Consiglio d'Europa (CoE)[17], istituzioni che ricomprendono tutti gli Stati della Unione europea tra i propri membri e che possono essere considerati come precursori nella lotta alla corruzione.

Il primo intervento della OECD risale al 1994 con l'adozione di una raccomandazione[18] richiedente agli Stati membri l'introduzione, nei propri sistemi legislativi, di concreti provvedimenti per combattere e prevenire la corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali. Nel 1996, anche la materia fiscale ha costituito l'oggetto di una specifica raccomandazione[19] con cui gli Stati membri sono stati invitati a riesaminare e quindi abolire la deducibilità fiscale dei costi sostenuti per la corruzione di pubblici ufficiali stranieri. Sempre nello stesso anno, una successiva raccomandazione ha sancito la sistematica inserzione di clausole anticorruzione nelle convenzioni per gli aiuti allo sviluppo. Nel 1997 la raccomandazione sulla lotta alla corruzione nelle transazioni internazionali è stata novellata[20]. Come autorevole dottrina ha rilevato[21], costituisce una caratteristica peculiare di questo strumento l'adozione di un c.d. *sistema a doppio binario*. Da una parte richiede agli Stati membri di impegnarsi autonomamente per una efficace azione di contrasto della corruzione; dall'altra essa obbliga le parti a cooperare attivamente per l'adozione della Convenzione internazionale del 1997[22] (l'unico strumento giuridicamente vincolante finora entrato in vigore). Quest'ultima presenta un più limitato campo di applicazione in raffronto agli strumenti adottati in sede UE poiché si riferisce ai soli episodi di corruzione attiva, i.e. quei fatti di reato posti in essere per ottenere un indebito vantaggio nei rapporti commerciali internazionali tramite la dazione o promessa di denaro ovvero altra utilità[23]. Ciò trova conferma nel fatto che la Convenzione invita gli Stati a configurare come azione penalmente rilevante, secondo le proprie leggi nazionali, la condotta di quei soggetti che intenzionalmente offrono o promettono un vantaggio non dovuto - pecuniario o di altra natura, direttamente o attraverso intermediari - a pubblici ufficiali stranieri al fine di conseguire l'assegnazione di un contratto o eventuali altri vantaggi (art. 1). Peraltro, si ritiene opportuno rilevare che la Convenzione citata nel contempo prevede un ambito di applicazione ben più esteso

rispetto alla normativa europea, poiché incrimina le condotte illegali di pubblici ufficiali appartenenti a qualsiasi Stato o qualsivoglia organizzazione internazionale (i.e. di ogni persona "…che ricopre un incarico legislativo, amministrativo o giudiziario di un Stato estero…ovvero esercita una funzione pubblica…" così come "…ogni ufficiale o agente di una Organizzazione pubblica internazionale…" inclusi "i parastatali"). Tuttavia, non può certo sfuggire all'attenzione dell'interprete la mancanza di qualsiasi riferimento ai finanziamenti illeciti a partiti politici o a candidati a cariche pubbliche. La Convenzione richiede alle Parti contraenti l'introduzione delle

misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione quando il reato viene commesso, in tutto o in parte, sul proprio territorio (art. 1.2), prevedendo "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive" (art. 3.1) sia a carico delle persone giuridiche che fisiche, inclusa "la privazione della libertà personale" per queste ultime (art. 3.1). Inoltre gli Stati sono chiamati a cooperare nelle attività investigative e nel recepimento delle norme anticorruzione internazionali, dovendo prevedere l'estradizione dei pubblici ufficiali stranieri corrotti: a tal proposito si enuncia, *expressis verbis*, che la Convenzione stessa può trovare applicazione come un trattato di estradizione automatica qualora non siano già stati conclusi specifici accordi in materia. Merita una segnalazione il ridimensionamento del principio della doppia incriminazione: la condotta criminosa viene considerata punibile sulla base della Convenzione anche nell'ipotesi in cui la qualificazione giuridica del fatto non sia identica nei vari ordinamenti coinvolti (art. 9.2). E' inoltre rilevante la previsione relativa al segreto bancario, in base alla quale l'esistenza dello stesso non può legittimare il rifiuto di fornire l'assistenza richiesta dalle autorità giurisdizionali di altri Stati (art. 9.3)[24].

Con riferimento all'azione del Consiglio d'Europa, questi ha istituito un Gruppo multidisciplinare contro la corruzione (GMC)[25], che ha elaborato un ambizioso Piano d'azione[26], adottato dal Comitato dei Ministri nel 1996. Esso prevede molteplici iniziative da adottare tra le quali si evidenzia la necessità di assicurare "… alle funzioni delle autorità procedenti l'indipendenza e l'autonomia appropriate …" al fine di preservare da indebite influenze sia gli organi preposti all'attività investigativa sia i soggetti che collaborano con la giustizia denunciando tale reato. Si prescrive altresì la qualificazione dei proventi della corruzione come illegali, l'istituzione di codici di condotta e di forme di tutela civilistica nonché un rafforzamento della indipendenza dei mass-media in considerazione del ruolo di orientamento che possono svolgere nei confronti dell'opinione pubblica.

Nel 1997 il Comitato dei Ministri ha adottato una risoluzione contenente 20 linee guida[27]: oltre a ribadire gli stessi principi del Piano di azione, si prevede al punto 20.3 che il GMC proponga un valido meccanismo di controllo della attuazione degli strumenti giuridici internazionali adottati. A tal fine nel 1998 è stata creata una unità speciale denominata GRECO[28], deputata al monitoraggio dell'applicazione dei 20 principi guida e del corretto recepimento della Convenzione penale sulla corruzione, firmata da 21 Paesi il 27/01/99[29]. Quest'ultima si distingue in quanto contiene una serie dettagliata di norme volte alla protezione dei collaboratori di giustizia e dei testimoni (art. 22): tali previsioni costituiscono per l'interprete un chiaro indizio in merito all'estensione ed al peso che il fenomeno ha assunto nella società civile. Tuttavia, come è stato opportunamente osservato in una opinione del CoE[30], la portata della Convenzione rischia di essere seriamente vanificata in considerazione dell'inusuale

numero di riserve che è possibile apporvi *ex* art. 37 e ss., considerando l'ulteriore aspetto negativo della rinnovabilità "…*ad infinitum*…" delle stesse.

Nel febbraio 1999, il GMC ha altresì presentato un progetto di Convenzione[31] con cui sono state indicate delle possibili forme di tutela civilistica. Si richiede pertanto agli Stati di prevedere in favore del cittadino danneggiato da episodi di corruzione il diritto di agire per ottenere il pieno risarcimento del danno sofferto (art. 3), nonché di attribuire allo stesso la possibilità di rivalersi sullo Stato qualora "…il danno deriva dalla condotta illecita di un [suo] pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni" (art. 5). La *ratio legis* risiede nel fatto che lo Stato viene considerato il principale responsabile dell'operato dei propri funzionari; scopo della norma è anche quello di conseguire un effetto deterrente: chiamando direttamente in causa lo Stato, quest'ultimo dovrebbe sentirsi stimolato a scoraggiare in ogni modo, anche per vie indirette, tali pratiche.

Il CoE dedica particolare attenzione, infine, ai legami intercorrenti tra corruzione e crimine organizzato, che sono stati esplicitamente rilevati in una serie di strumenti adottati a partire dal 1996[32].

Giova ribadire che l'azione europea si inquadra nella politica anticorruzione avviata in questi importanti contesti internazionali. A tal fine occorre perciò menzionare due posizioni comuni[33] adottate dall'Unione europea in relazione al complesso normativo della OECD e del CoE: è stato in tal modo assicurato un certo grado di compatibilità ed evitate inutili duplicazioni con le disposizioni di cui sopra, coordinando nel contempo la posizione degli Stati membri nelle future negoziazioni che si condurranno in questi ambiti.

4. Il Trattato di Maastricht

L'Unione europea risulta sprovvista di una potestà punitiva diretta, che viene tradizionalmente considerata come una delle principali espressioni della sovranità nazionale. Tuttavia il principio di sussidiarietà (*ex* art. 3B) ha legittimato l'intervento europeo in ambito penalistico poiché, come è stato espressamente stabilito all'art. 274 TCE, il bilancio va amministrato "in conformità del principio della buona gestione finanziaria"[34]. Nell'ottica di uno sviluppo progressivo delle competenze comunitarie quindi, autorevole dottrina[35] è giunta a riconoscere sulla base di tale norma la possibilità di emanare disposizioni a tutela degli interessi finanziari entro l'ambito del I° Pilastro, tali da generare una norma comunitaria sopranazionale a carattere sanzionatorio.

Con specifico riferimento alla corruzione, si rileva che essa non viene esplicitamente menzionata all'art. K.1 TUE come "materia di interesse comune"; tuttavia il legislatore europeo,

partendo da un astratto riferimento agli interessi finanziari comunitari, ha introdotto specifici strumenti per contrastarla. Sotto il profilo tecnico la materia fa parte del c.d III° Pilastro, in quanto rientrante nel campo della giustizia ed affari interni (GAI). Le disposizioni che la riguardano, pertanto, non sono soggette ai principi comunitari (quali ad esempio la supremazia della legge comunitaria su quella nazionale) né risultano applicabili gli atti tipici giuridicamente vincolanti del TCE (regolamenti, direttive e decisioni); conseguentemente le previsioni del titolo VI° non ricadono nella giurisdizione della Corte europea di Giustizia[36]. Per quanto concerne gli strumenti, l'art. K.3 TUE prevede convenzioni, azioni comuni e posizioni comuni: questi ultimi due sono stati criticati per la loro natura giuridica poco chiara[37]. Ulteriori fattori di debolezza si ravvisano nell'assetto istituzionale previsto, segnatamente per quanto concerne il Parlamento europeo (privo di una competenza rilevante, tenuto conto che viene semplicemente informato o consultato)[38], la procedura di unanimità nell'adozione degli atti da parte del Consiglio (art. K.4) nonché il diritto di iniziativa attribuito agli Stati membri e - solo per alcune aree selezionate - alla Commissione (art. K.3.2)[39].

5. I protocolli integranti la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee

Oggetto di prioritario intervento repressivo, a livello europeo, sono state tutte quelle attività economico-finanziarie illecite costituenti gravi turbamenti dell'ordine economico in quanto consentono alle imprese di raggiungere facilmente una posizione monopolistica *de facto*, contraria al principio di libera concorrenza. In primo luogo, tramite la cosiddetta Convenzione "PIF"[40] si è inteso contrastare, in virtù di norme penali nazionali omogenee, alcune forme di condotta integranti il reato di frode in danno delle spese e delle entrate del bilancio europeo. La Convenzione in oggetto è stata completata da un Regolamento[41] e successivamente integrata da un primo Protocollo nel 1996[42] volto a sanzionare anche i delitti di corruzione in cui risultano coinvolti pubblici funzionari sia nazionali che comunitari, responsabili della riscossione ovvero della erogazione dei fondi comunitari. Ciò in quanto gli ordinamenti penali dei vari Stati membri, in materia di reati commessi nell'esercizio di funzioni pubbliche in generale, sanzionano soltanto la condotta illecita di funzionari nazionali e non contemplano affatto, se non in casi eccezionali, la condotta di funzionari comunitari o di altri Stati membri[43]; inoltre, è apparsa non più rinviabile la necessità di concertare l'azione degli Stati nei confronti di una fattispecie delittuosa che si caratterizza ormai per le sue estese ramificazioni internazionali.

Il protocollo formula, *ex* art. 1.a, una nozione alquanto generica del termine "ufficiale" in modo tale da assicurare una più ampia applicazione delle relative previsioni. Il punto b) della

medesima disposizione stabilisce il concetto di "ufficiale europeo": la categoria comprende gli impiegati che rivestono tale qualifica per contratto ai sensi dello statuto dei funzionari delle Comunità europee, ai quali vengono assimilati anche quei soggetti che esercitano delle funzioni corrispondenti. Per la definizione di funzionario "nazionale" si rinvia recettiziamente a quanto definito nel stabilito nell'ordinamento interno dello Stato membro in cui la persona in questione riveste detta qualifica (art. 1.c)[44].

Dal combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3, emerge come il legislatore europeo abbia voluto configurare due sole fattispecie di reato. Ed invero la corruzione passiva riguarda la condotta dell'*intraneus* nel momento in cui questi sollecita, accetta la promessa o riceve illeciti vantaggi; mentre la corruzione attiva sanziona la condotta del soggetto che induce alla corruzione, cioè che promette o dà il denaro o altra utilità. Con riferimento ai requisiti strutturali del reato, si rileva che in entrambi i casi i soggetti devono agire deliberatamente, sia direttamente che per interposta persona, essendo irrilevante sia l'identità dell'effettivo beneficiario (lo stesso funzionario o un terzo) che la natura del vantaggio. Inoltre, il mercimonio dell'ufficio deve concernere la commissione od omissione, da parte del pubblico funzionario, di un atto proprio delle sue funzioni in violazione dei suoi doveri di ufficio, con conseguente pregiudizio (*sub specie* di effettivo danno ovvero messa in pericolo) degli interessi finanziari europei[45]. Il bene-interesse tutelato appare quindi essere, *in primis*, l'integrità delle risorse economiche comunitarie, tuttavia una interpretazione sistematica del complesso normativo induce a ritenere che l'oggettività giuridica ben ricomprenda anche il regolare funzionamento, sotto il tradizionale profilo dell'imparzialità e buon andamento, dell'apparato amministrativo europeo.

Al fine di permettere un'ampia applicazione delle previsioni, l'art. 4 del Protocollo enuncia il principio di assimilazione[46], in virtù del quale si richiede agli Stati membri l'equiparazione della tutela da episodi di corruzione sia del bene giuridico nazionale ed del corrispondente interesse comunitario. Le sanzioni devono comunque comportare ai sensi dell'art.5 delle pene "effettive, proporzionate e dissuasive". Il ricorso al termine "dissuasivo" viene spesso criticato in dottrina per la sua astrattezza e ambiguità; tuttavia va tenuto presente che, in ossequio al principio di sovranità, gli accordi internazionali non possono influenzare la legislazione nazionale tanto profondamente da determinare essi stessi la natura e la portata della scelta sanzionatoria. Gli Stati si vedono quindi attribuiti la competenza (e la responsabilità) di punire, così come di prevenire, il fatto costituente reato attraverso la prospettiva di una effettiva e severa applicazione delle disposizioni.

Pur essendo riservata alle autorità nazionali la discrezionalità in merito alla tipologia delle sanzioni, il legislatore europeo ha però precisato che le pene devono comprendere la privazione

della libertà personale, almeno in quei casi gravi che possono comportare l'estradizione. Il dettato letterale della norma sembra lasciare impregiudicata, quindi, la possibilità per uno Stato membro di imporre - nelle ipotesi di disvalore più attenuato, in alternativa alla pena detentiva - anche sanzioni di carattere amministrativo. La previsione *de qua* suscita perplessità, ben potendo verificarsi che una medesima fattispecie venga punita in maniera differente a seconda della legislazione nazionale applicabile. Ciò rischia per un verso di rendere estremamente frammentaria la disciplina anticorruzione, peraltro tale situazione può dar luogo a delle ingiustificate disparità di trattamento che non sono certo ammissibili nell'ambito relativo alla libertà personale. Si impongono perciò una effettiva definizione comune della condotta incriminata e sanzioni uniformi della stessa, da cui deve conseguire altresì un livello omogeneo di protezione per i potenziali soggetti offesi dal reato; tutto ciò considerato appare sempre più indifferibile l'istituzione di un concreto spazio giuridico europeo (v. *infra*, par. 9).

L'art. 6 individua una serie di circostanze in cui gli Stati membri sono chiamati a stabilire la loro giurisdizione. Sono ivi ricomprese le ipotesi in cui il reato è commesso in tutto o in parte sul proprio territorio (principio di territorialità), quando l'attore è un proprio cittadino o funzionario (principio della personalità attiva) ovvero qualora il reato è commesso in danno di un ufficiale europeo o nazionale, un Ministro, un membro del Parlamento o delle Alte Corti (principio della personalità passiva).

Infine, si riconosce *ex* art.8 la giurisdizione della Corte di Lussemburgo per eventuali conflitti di attribuzione o applicazione del protocollo, che possono insorgere tra gli Stati membri o con la Commissione, purché non sia stata trovata in sede di Consiglio nessuna soluzione entro 6 mesi dall'insorgenza della controversia. Tale defatigante procedura è stata successivamente eliminata in virtù di uno specifico protocollo, che ha integrato la convenzione PIF, riguardante le competenze della Corte[47]. Ai sensi del suo art. 1, ciascuno Stato membro può dichiarare di accettare la competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e del primo protocollo. Ogni organo giurisdizionale di detto Stato membro avrà quindi la facoltà di ricorrere alla Corte europea in merito a qualsivoglia questione sollevata in un giudizio pendente dinanzi ad esso relativamente all'interpretazione degli strumenti *de quibus* (art. 2).

Un altro protocollo[48] è stato successivamente adottato per introdurre forme di responsabilità penale a carico delle persone giuridiche, in base alla constatazione che alcune delle più gravi forme di delinquenza economica costituiscono delle vere e proprie manifestazioni di criminalità d'impresa. Si prevede la confisca dei proventi nei casi di frode, riciclaggio di denaro ovvero corruzione attiva che ledono o possono ledere gli interessi delle Comunità europee. Invero tali

atti debbono comunque essere compiuti a beneficio delle imprese od enti da una persona fisica, la cui attività viene automaticamente agli stessi riferita o perché l'agente risulta formalmente titolare di un potere di rappresentanza organica (Presidente del Consiglio di Amministrazione, Amministratore delegato, ecc.) o perché comunque vanta una posizione dominante in seno alla compagine dell'impresa. Sotto il profilo dei meccanismi sanzionatori da predisporre a carico delle persone giuridiche, le sanzioni devono includere non solo provvedimenti di natura penale, ma anche di tipo amministrativo o civilistico quali l'esclusione dal godimento di finanziamenti pubblici, la confisca del prodotto ovvero del profitto del reato, l'interdizione perpetua o temporanea dall'esercizio dell'attività imprenditoriale, l'assoggettamento a misure coattive nell'amministrazione dell'impresa fino alla liquidazione della stessa.

Da ultimo, l'art. 8 esige adeguata protezione dei dati personali e del segreto istruttorio in modo da incoraggiare e facilitare lo scambio di informazioni tra Stati membri e tra quest'ultimi e la Commissione.

6. La Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea

L'esigenza politico-criminale di rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia, ha portato alla firma, nel 1997, della Convenzione relativa alla lotta alla corruzione[49], che è stata adottata sulla stessa base legale del I° Protocollo (art. K.3 TUE). Le sue norme riproducono le previsioni estratte da una lettura congiunta della Convenzione PIF e del suo I° Protocollo. In effetti, nei suoi primi 6 articoli la Convenzione reitera la definizione di ufficiali nazionali ed europei, la nozione di corruzione attiva o passiva e le previsioni relative al regime sanzionatorio, ma con una rilevante omissione: non si rinviene l'inciso in base al quale la lotta contro la corruzione riguarda in particolare quelle pratiche anomale che "…ledono o possono ledere gli interessi finanziari della CE". Sembra che il legislatore europeo *minus dixit quam voluit*, poiché di tal guisa l'ambito di applicazione dell'istituto si estende a qualsivoglia pratica corruttiva, disciplinando non solo le fattispecie meramente incidenti sul bilancio comunitario come finora si era verificato. Inoltre, l'art.11 stabilisce che "…nessuna disposizione della presente Convenzione osta a che gli Stati membri adottino disposizioni di diritto interno ulteriori rispetto agli obblighi da questa derivanti". Dal tenore letterale della norma, si evince che le disposizioni si applicano sia alle ipotesi di corruzione antecedente (i.e. quando la retribuzione è pattuita anteriormente al compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio ed al fine di compierlo) che susseguente (quando, invece, la retribuzione concerne un atto contrario ai doveri di ufficio già compiuto)[50].

Ai sensi dell'art. 6 si vuole assicurare che i dirigenti d'impresa non siano automaticamente esenti da responsabilità penale quando il reato viene posto in essere da un soggetto sottoposto alla loro autorità e per conto dell'impresa. Si attribuiscono quindi delle funzioni interventistiche ai dirigenti, i quali incorrono in responsabilità per *culpa in vigilando* se vengono meno ai propri doveri di controllo: la loro responsabilità potrebbe includere anche negligenza o incompetenza[51].

La cooperazione giudiziaria è ampiamente disciplinata *ex* art. 9 nell'eventualità in cui i pubblici ufficiali vengono coinvolti in episodi di corruzione attiva o passiva concernente almeno due Stati membri; in tal caso si richiede che gli stessi collaborino concretamente nell'attività investigativa, nei procedimenti giudiziari e nella esecuzione delle pene comminate da un altro Stato. La Convenzione estende le esistenti forme di cooperazione anche al settore civile e amministrativo, nell'ipotesi in cui il comportamento in questione non è oggetto di sanzioni penali[52]. Questi campi rivestono la stessa importanza di quello penale: si consideri ad esempio che nella sfera amministrativa le autorità sono in grado di cooperare più rapidamente di quelle giudiziarie, per non trascurare il fatto che esistono già precisi strumenti per la cooperazione nel settore fiscale che è strettamente interessato dai crimini economici. Anche la cooperazione civile assume primaria importanza per recuperare i profitti illecitamente ottenuti, per prevedere azioni di risarcimento del danno ovvero per punire gli inadempimenti contrattuali.

Sotto il profilo procedurale, le disposizioni di cui all'art. 8 relative all'estradizione e l'azione penale sostituiscono quelle attualmente in vigore tra gli Stati membri: viene precisato che gli Stati che non prevedono l'estradizione dei propri pubblici ufficiali devono prendere le necessarie misure per stabilire la propria competenza giurisdizionale in relazione ai fatti corruttivi da questi commessi fuori dal proprio territorio. L'art. 10 introduce il principio del *ne bis in idem*[53] in virtù del quale una persona che è già stata giudicata con provvedimento definitivo in uno Stato membro non può essere perseguita in un altro Stato per gli stessi fatti.

Per la prima volta la competenza della Corte di giustizia è direttamente stabilita in una Convenzione anziché in un protocollo separato: con riferimento alle controversie insorgenti tra gli Stati membri in merito all'applicazione della Convenzione, se non vengono risolte entro 6 mesi dal Consiglio, si stabilisce che le parti possono ricorrere alla Corte *ex* art. 12.

Secondo il disposto di cui all'art. 13, la Convenzione deve essere adottata da tutti gli Stati membri nel rispetto delle proprie norme costituzionali, essa entrerà in vigore 90 giorni dopo che l'ultimo Stato membro notifica al Consiglio l'avvenuto compimento di ogni prevista procedura interna. Fino a quel momento, qualunque Stato che abbia già adempiuto alle formalità previste potrà dichiararne l'applicabilità nei rapporti con tutti quelle altre Parti contraenti che abbiano proceduto analogamente[54]. La Convenzione è aperta alla ratifica di ogni altro Stato che diventa membro dell'Unione europea (art. 14) e va rilevato che non sono ammesse riserve (art.15)[55].

7. Estensione della strategia anticorruzione al settore privato

Come la Commissione ha stabilito in una sua comunicazione[56], la prevenzione di questo crimine nel settore privato riveste particolare importanza per l'Unione europea poiché comporta ulteriori effetti dannosi in aggiunta ai tradizionali aspetti negativi della corruzione tipicamente attinenti al profilo finanziario, in quanto indebolisce il processo decisionale ed ha un effetto deprimente sulle politiche verso i Paesi terzi, incidendo negativamente sulla trasparenza nel commercio internazionale. In particolare, quando singoli imprenditori ricorrono a pratiche anomale nello svolgimento della loro attività per ottenere un vantaggio competitivo illegale, viene falsificata la libera concorrenza. Poiché quest'ultima costituisce uno dei fondamenti della politica commerciale europea, è apparso vieppiù necessario disciplinare l'istituto con specifico riferimento al settore privato[57]; è stata perciò adottata una Azione comune[58] con cui si è inteso attuare la raccomandazione n. 6 del Cap. 2 del Piano di Azione per combattere il crimine organizzato (prevenzione)[59].

La scelta di questo strumento giuridico va considerata in termini positivi poiché, contrariamente alle convenzioni, consente una più veloce trasposizione delle proprie disposizioni negli ordinamenti interni. L'art. 1 detta la definizione del corruttore, cioè qualsiasi dipendente o altra persona che svolga funzioni direttive per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato. Tra gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie, si rileva che la condotta del soggetto agente deve estrinsecarsi nella "violazione di un dovere", che ai sensi del diritto nazionale riguarda qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di normative professionali proprie dell'attività dei soggetti interessati.

Gli artt. 2 e ss. riprendono la nozione di corruzione attiva e passiva nonché la previsione delle pene per le persone fisiche e giuridiche, ricalcando sostanzialmente le disposizioni innanzi esaminate con riferimento al settore pubblico (v. par.5 e 6 *supra*).

Degno di nota risulta altresì il disposto di cui all'art 8, ai sensi del quale entro due anni dall'entrata in vigore della predetta Azione comune ciascun Stato membro dovrà predisporre gli opportuni meccanismi per la sua attuazione nell'ordinamento interno; nel termine di tre anni dall'entrata in vigore il Consiglio valuterà l'adempimento, da parte loro, degli obblighi derivanti dall'Azione comune stessa. Qualora uno Stato non sia in grado di provvedere in tal senso, si prevede che debba comunque adottare delle misure atte ad assicurare una armoniosa cooperazione con gli altri Stati membri, anche se le condizioni di doppia incriminazione non risultino soddisfatte[60].

8. Le misure di prevenzione

Allo stato attuale l'azione dell'Unione europea non è concentrata unicamente sul contrasto della corruzione, ma anche sulla sua prevenzione, segnatamente tramite una maggior trasparenza nelle procedure burocratiche[61]. Come la Commissione ha sottolineato[62], la semplificazione delle norme e l'introduzione di effettivi meccanismi di controllo - sostanziali e non solo formali - in tutti i processi decisionali significativi, quale generale principio di democrazia, possono contribuire sostanzialmente a prevenire la corruzione ed hanno un particolare effetto inibitorio e deterrente sul corruttore, rafforzando anche la volontà di coloro che si vogliono opporre.

La politica europea si orienta verso le seguenti aree:

a) detrazioni fiscali: in primo luogo si sta cercando di dissuadere gli Stati[63] dal permettere specificatamente la deduzioni fiscale dei costi sostenuti per commissioni e/o mediazioni (che in effetti altro non sono che tangenti pagate per corrompere pubblici ufficiali stranieri) qualora tali erogazioni vengano considerate pratiche abituali[64].

b) appalti pubblici e liste nere: alcune direttive[65] mirano ad assicurare la trasparenza e l'uguaglianza di accesso agli appalti pubblici, prevedendo che qualunque impresa o fornitore vengano automaticamente esclusi dalla partecipazione ad una gara di appalto qualora siano stati riconosciuti colpevoli di grave scorrettezza professionale, inclusa ovviamente la corruzione. Sotto la medesima rubrica (Criteri di selezione qualitativa) queste direttive prevedono l'istituzione una c.d. lista nera in cui verranno iscritti gli enti o imprese che abbiano commesso delle specifiche pratiche illegali (corruzione inclusa). Anche in questo caso scopo delle norma è quello di escludere tali soggetti dalla partecipazione a gare di appalto pubbliche, ed inoltre di evitare che possano beneficiare di futuri contratti e/o sovvenzioni nonché di pubblicizzare presso la collettività i possibili rischi cui si può incorrere nello stabilire rapporti di affari con tali imprese[66].Tali misure sono state in seguito riprodotte in un Regolamento[67], con specifico riferimento alla Sezione Garanzia. Infine il Libro Verde del 1996 "Pubblici appalti nell'Unione europea: esplorando le vie del futuro" riconosce che procedure giuste, trasparenti e non discriminatorie limitano i rischi di corruzione. Una rilevante disposizione ivi contenuta prevede la personale responsabilità del funzionario europeo incaricato di seguire la corretta applicazione di tutte le procedure di appalto previste in ambito comunitario.

c) relazioni esterne: la Commissione ha incluso la lotta alla corruzione quale elemento prioritario nelle politiche di aiuti allo sviluppo e nella cooperazione internazionale, avendo constatato come la gestione dei finanziamenti previsti per i vari progetti abbiano

spesso comportato atti corruttivi. La IV Convenzione di Lomè adesso prevede la buona amministrazione come uno dei necessari pre-requisiti per l'erogazione delle sovvenzioni. Secondo un'opinione del Consiglio Economico e Sociale[68] la buona amministrazione si può definire come "la trasparente e responsabile gestione delle risorse economiche e sociali per lo sviluppo della società" (punto 4.1) e dovrebbe perciò diventare un criterio guida per determinare la somma da erogare negli aiuti allo sviluppo. Su queste basi il Consiglio ha caldamente raccomandato la firma del II° emendamento alla Convenzione di Lomè, in base al quale gli aiuti non devono venire erogati quando i programmi non sono adeguatamente avviati a causa di cattiva amministrazione o corruzione governativa[69]. E' stata altresì presa in considerazione la capacità degli Stati "candidati" di assicurare un corretto recepimento dell'*acquis communautaire*[70], ed in particolare le procedure amministrative interne in grado di proteggere gli interessi finanziari europei. Sebbene in Agenda 2000 tale specifico problema non sia stato considerato, il Parlamento europeo[71] ha richiesto alla Commissione l'attribuzione di fondi destinati alla realizzazione, negli Stati "candidati", di un effettivo sistema di contrasto di ogni forma di illegalità istituzionale[72]. La lotta alla corruzione costituisce, infatti, un'importante priorità in quanto genera nella maggior parte di tali Stati una rilevante inefficienza delle relative istituzioni (Polizia, Giustizia, Dogane, ecc.). A tal fine una recente Azione comune[73] è stata adottata per varare un sistema di controllo affidato ad esperti europei, in particolare nel campo relativo alla cooperazione giudiziaria.

9. Il trattato di Amsterdam

La lotta alla corruzione ha assunto una nuova dimensione nel Trattato di Amsterdam che prevede una precisa base legale per contrastare tale fattispecie, includendola esplicitamente tra le materie oggetto di cooperazione rafforzata in ambito penale (*ex* art.29 TUE). Quest'ultima non viene più considerata semplicemente "materia di interesse comune" (cfr. art. K.1 TUE), ma tende alla prevenzione e repressione non solo dei fenomeni che colpiscono gli interessi finanziari comunitari ma anche il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di armi e droga. Il nuovo Trattato sancisce, altresì, il fine perseguito con la cooperazione in materia penale: garantire ai cittadini un elevato livello di protezione in uno spazio di sicurezza, giustizia e libertà. Nonostante il persistente carattere intergovernativo della materia, che ancora ricade nel III° Pilastro, la volontà di assumere un impegno più cogente rispetto al passato si evince anche dal fatto che il nuovo Titolo VI riguardante le "disposizioni relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale" sostituisce il vecchio Titolo

contenente le "disposizioni sulla cooperazione nel campo della giustizia ed affari interni". Il valore, soprattutto simbolico, della locuzione cui si è fatto ricorso serve a sottolineare una nuova, precisa posizione di centralità della funzione penale nell'ambito europeo. Ciò ha generato un progresso nel processo decisionale attraverso l'introduzione di nuovi strumenti ed il miglioramento del controllo giudiziario e democratico[74].

La Corte di giustizia del Lussemburgo risulta invece competente a interpretare le disposizioni ed a comporre le controversie connesse con l'applicazione degli strumenti di cui al Titolo VI *ex* art. 35 TUE. Ogni Stato membro può accettare la competenza della Corte con una dichiarazione effettuata all'atto della firma del TUE ovvero successivamente. Per quanto riguarda il ruolo della Commissione, essa continua a vedersi accordare un diritto di iniziativa non assoluto, ma condiviso con gli Stati membri. Ai sensi dell'art. 39 TUE, il Parlamento europeo deve essere consultato prima della adozione di qualsivoglia atto, dovendo rilasciare il suo parere in proposito entro un tempo massimo di tre mesi, potendo altresì indirizzare delle interrogazioni o formulare delle raccomandazioni all'attenzione del Consiglio.

Gli strumenti previsti per attuare le politiche del terzo pilastro sono stati opportunamente novellati: adesso si possono adottare posizioni comuni, decisioni-quadro, decisioni e convenzioni (art. 34 TUE)[75]. Le prime continuano a non rientrare nella competenza della Corte europea di giustizia, configurandosi perciò una loro portata più politica che giuridica. Le seconde vengono emanate al fine di "un ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". Esse obbligano gli Stati con riferimento al risultato da raggiungere, lasciando alle istanze nazionali la competenza in merito alla forma ed ai mezzi, e non possono comportare effetti diretti. Effetti diretti non sono stati attribuiti neanche alle decisioni: queste ultime sono vincolanti e possono essere adottate dal Consiglio conformemente agli obiettivi del Titolo VI, con esclusione degli ambiti entro i quali intervengono le decisioni quadro (i.e. il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri). Infine, è da salutare positivamente la previsione legislativa che impone la ratifica delle convenzioni entro un limitato lasso di tempo, nonché la loro entrata in vigore se adottate da almeno la metà degli Stati firmatari: ciò dovrebbe accelerare la loro effettività.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, occorre puntualizzare che ciò che a prima vista può apparire come un semplice rafforzamento della cooperazione esistente viene smentito dall'art. 29, 5 comma TUE che introduce il concetto di *approssimazione* delle norme nazionali (art. 29, 5° comma TUE) come mezzo per contrastare il crimine organizzato. Esso può definirsi come un'armonizzazione moderata poiché si stabiliscono degli *standards* minimi in alcuni settori ben individuati per bilanciare adeguatamente la protezione degli interessi europei con la sovranità nazionale. Ulteriore conferma di tale tendenza è rinvenibile al capoverso e) dell'art. 31 TUE, il

quale prevede "…la *progressiva* adozione di misure per la fissazione di *norme minime* relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni…" entro degli ambiti prioritari e ben determinati (terrorismo, criminalità organizzata, traffico illecito di stupefacenti). Al momento la prospettiva di una comunitarizzazione della materia (v. art. 42) non è quindi prevedibile[76] poiché è accettabile raggiungere solo un certo grado di compatibilità tra gli strumenti giuridici nazionali. In questo senso il primo Consiglio europeo consacrato esclusivamente alla cooperazione giudiziaria (Tampere[77]), ha rappresentato la grande occasione per sfruttare *in toto* le potenzialità offerte dal Trattato di Amsterdam. Il risultato è stato la definizione di una piattaforma programmatica stabilente una varietà di misure e priorità (le c.d. dieci pietre miliari di Tampere) per sviluppare un'area di libertà, sicurezza e giustizia. Il documento comprende specificatamente tre aree chiave: politica di asilo e immigrazione, creazione di un'effettiva area di sicurezza e giustizia, rafforzamento della lotta contro il crimine transfrontaliero ove si auspica, per un limitato numero di rilevanti reati - in particolare riciclaggio di denaro, contraffazione di moneta (euro) e corruzione - il raggiungimento di una comune definizione ed incriminazione nonché l'irrogazione di sanzioni omogenee.

10. L'impatto della corruzione sul sistema socio-economico

Le attività investigative sulla corruzione hanno svelato una rete di prassi e procedure illecite talmente estese da far considerare la fattispecie alla stregua di una autentica emergenza criminale. E' emerso come essa sia un fenomeno in continua evoluzione, con un alto potenziale di adattabilità: ciò che si è delineato è una sorta di darwinismo corruttivo poiché, similmente a quanto avviene nelle specie animali, le difficoltà la rendono più forte, mentre la selezione la migliora e ne consente la sopravvivenza. Di conseguenza, l'istituzione di un'efficace politica anticorruzione deve tener presenti le attuali molteplici forme assunte dall'illecito in esame che colpiscono non solo il settore pubblico, ma anche le relazioni private a livello nazionale ed internazionale: la globalizzazione del fenomeno in oggetto impone una approssimazione dei sistemi penali e giudiziari, in quanto un approccio limitato, fondato sulla sola dimensione nazionale, appare ormai essere insufficiente. A tal fine, dovrebbero essere presi in considerazione i seguenti fattori emergenti:

a) i danni causati dalla corruzione possono minare pesantemente la *stabilità politica ed istituzionale*. Nel marzo 1999 la Commissione europea è stata obbligata alle dimissioni in seguito ad una inchiesta parlamentare, affidata ad esperti indipendenti, su episodi di corruzione, frode e nepotismo legati a negligenza ed errori, causando la prima crisi di governo nella storia della Comunità[78];

b) la corruzione influisce negativamente sulla *integrità economica nazionale*. Il corruttore ottiene un illecito vantaggio a scapito di coloro che sono più onesti o capaci nella allocazione delle risorse alterando quindi la concorrenza (concessioni, gare, appalti pubblici, ecc.). Inoltre forme di diffusa corruzione non solo gonfiano la spesa pubblica, ma impediscono anche una corretta selezione dei migliori fornitori e/o prodotti[79];

c) il trattamento preferenziale derivante dalla corruzione può essere inteso come una *violazione del fondamentale diritto ad uguale trattamento*. In termini di diritti umani, in particolare quelli economici, sociali e culturali, la corruzione può essere definita come "*l'envers des droits de l'homme*"[80]. Tale enunciato è stato emblematicamente sottolineato in una recente comunicazione della Commissione[81] riguardante la politica europea per i diritti umani negli Stati ACP, ove si afferma l'universalità, indivisibilità e interdipendenza di principi fondamentali quali i diritti umani, lo stato di diritto e la corretta amministrazione. Sebbene non proponga un singolo modello da adottare in ogni Paese, uno specifico capitolo propone concrete misure preventive e repressive per combattere frode e corruzione, che dovrebbero essere incluse tra le riforme istituzionali che gli Stati ACP dovrebbero intraprendere;

d) generalmente la corruzione da luogo ad un sistema di *doppia illegalità* in quanto alla sua realizzazione si accompagna una serie di altre fattispecie criminose (quali false comunicazioni sociali, fondi neri, evasione fiscale, favoreggiamento, ecc.);

e) la corruzione costituisce una sorta di *tassazione impropria* gravante sui cittadini. Peraltro i proventi tendono ad essere trasferiti all'estero, alienando così importanti risorse finanziarie dalla economia nazionale;

f) questo crimine tende ad *autoalimentarsi*: quando il prezzo della transazione è così alto da generare uno squilibrio tra valore reale e costo artificiale della commessa, il ricorso alla corruzione diviene inevitabile per quelle imprese che vogliono continuare ad essere competitive, specie se il fenomeno è particolarmente esteso;

g) la corruzione presenta un alto *numero oscuro*, i.e. la differenza tra crimini commessi e casi che non vengono denunciati o scoperti i quali, di conseguenza, non vengono puniti poiché il fatto illecito si basa sulla connivenza e convergenza di interessi dei due attori[82].

11. Proposte per una strategia più efficace

In considerazione dei summenzionati fattori, appare essenziale intraprendere una strategia strutturale e articolata che coinvolga governo, settore privato e società civile; in aggiunta i sistemi di contrasto dovrebbero essere caratterizzati da un approccio multidisciplinare,

prevedendo concrete misure sia preventive che punitive. Il problema andrebbe affrontato in maniera sistematica, considerando che la mancanza di trasparenza e responsabilità riguarda vari ambiti dei sistemi economici e sociali, e non unicamente la protezione degli interessi finanziari comunitari.

La lotta alla corruzione non deve fondarsi unicamente su una logica di specifica repressione, ma formulare anche una serie di interventi che includano la confisca dei beni ed il sequestro dei proventi derivanti dal riciclaggio di denaro, che è una sua conseguenza diretta, messa in atto allo scopo di occultare i profitti realizzati[83]. Si ritiene, pertanto, che una azione più incisiva dovrebbe essere sviluppata nelle seguenti aree:

a) migliorare la *collaborazione investigativa*. Considerando la particolare struttura del reato, e le conseguenti difficoltà di acquisizione delle prove, appare essenziale rompere la solidarietà del gruppo criminale, disgregando i loro legami interni. Bisognerebbe altresì assicurare adeguata protezione ai soggetti che denunciano tali reati, commessi nell'interesse delle società dove lavorano[84]. Per altri versi appare opportuno rafforzare le tecniche investigative, ad esempio valutando la possibilità di ammettere la figura dell'agente provocatore[85].

b) Le indagini bancarie richiedono una *effettiva cooperazione giudiziaria* tra i diversi Paesi. Le richieste di rogatoria internazionale costituiscono un grave problema a causa della esasperante lentezza del procedimento che spesso consente al reo di evitare la condanna a causa della decorrenza dei termini che porta alla prescrizione del reato. Appare necessario vincolare le procedure interne degli Stati membri, introducendo rigorosi termini di risposta, stabilendo inoltre regole operative internazionali. Tale esigenza, particolarmente sentita a livello europeo, ha significativamente portato all'adozione di una Azione comune sulla buona prassi[86], seguita da un'altra Azione comune sulla rete giudiziaria europea[87]; tuttavia ciò non esime l'Unione europea dal perseverare nella sua opera di semplificazione delle procedure burocratiche. Come è stato opportunamente stabilito in occasione del Consiglio europeo di Tampere (v. *supra*, par. 8), appare indifferibile il raggiungimento di una maggiore trasparenza tramite l'eliminazione dell'anonimato nelle transazioni finanziarie transfrontaliere, prevedendo la stesura della lista dei paesi *off-shore* ed il superamento del segreto bancario nei casi sospetti di riciclaggio[88]. Del pari, il principio della doppia incriminazione dovrebbe essere definitivamente abolito; così come andrebbe riconsiderato il principio su cui si reggono le procedure di rogatoria, quello del *locus regit actum* (cioè che l'attività di acquisizione probatoria viene esperita nelle forme proprie dello Stato richiesto) a profitto della innovativa formula del *forum regit actum* (in base alla quale gli atti vengono eseguiti il

più conformemente possibile alle esigenze procedurali dello Stato richiedente)[89]. Per quanto concerne il settore pubblico, considerando che la corruzione sembra qui essere una pratica abituale, concreti controlli dovrebbero essere stabiliti sulle risultanze conclusive del processo decisionale, che spesso risulta corretto solo dal punto di vista formale.

c) Una situazione simile alla deducibilità fiscale è rinvenibile nel caso *delle coperture assicurative dei crediti derivanti da esportazion*i. Corrompere dei funzionari esteri in modo da assicurarsi contratti oltreoceano per le esportazioni è diventata una pratica diffusa nei Paesi industrializzati, particolarmente in determinati settori relativi all'esportazione di manufatti militari e nei lavori pubblici. Generalmente questi tipi di contratti sono assistiti da garanzie governative o da assicurazione dei relativi crediti. L'importo delle tangenti, che in generale vengono indicate come commissioni, consulenze, intermediazioni, ecc. viene normalmente considerato come una componente dei costi dell'operazione ed incluso nell'ammontare complessivo coperto dalla garanzia: anche tali pratiche costituiscono un incoraggiamento indiretto alla corruzione[90].

d) Per quanto riguarda l'Unione europea in particolare, si rileva l'assenza di un *effettivo sistema sanzionatorio* nei confronti della corruzione commessa all'interno delle Istituzioni europee da funzionari europei[91], cui si accompagna il problema delle forme e metodi di denuncia dei sospetti casi di corruzione da parte dei pubblici ufficiali[92]. Sebbene ogni Consiglio europeo si concluda invariabilmente con una dichiarazione solenne con cui si afferma di perseguire una risoluta politica anti-corruzione, in realtà l'Unione europea è lontana dal raggiungere una "tolleranza zero" al suo interno nei confronti della corruttela e di pratiche similari quali favoritismi, abusi in atti d'ufficio, ecc.[93].

e) In seguito alla recente crisi del potere esecutivo, la questione delle *competenze istituzionali* dovrebbe essere attentamente riconsiderata. Invero, i componenti della Commissione sono nominati dagli Stati membri e dovrebbero operare nell'esclusivo interesse dell'Unione europea; tuttavia la natura della carica appare essere ambigua: ai Commissari vengono attribuiti estesi poteri e sono messi in una sorta di limbo tra l'Unione e gli Stati membri di appartenenza. Il sistema ha portato al consolidamento di feudi personali, mentre il Presidente non ha i necessari poteri per dirigere realmente la Commissione (ad esempio è privo della facoltà di destituire un Commissario). Sarebbe opportuno rafforzare la sua autorità, attribuendogli una più concreta responsabilità di fronte al Consiglio ed al Parlamento (come è stato in parte realizzato tramite il Trattato di Amsterdam, v. art. 211 TCE).

Tutto ciò premesso e considerato, appare evidente che l'Unione europea non mira ad una completa armonizzazione delle norma nazionali anticorruzione, ma è alla ricerca di un consenso

multilaterale allo scopo di facilitare una applicazione uniforme ed effettiva degli strumenti giuridici adottati. Allo stato attuale è impossibile prevedere quali saranno i risultati derivanti dalle azioni finora intraprese, anche se è difficile essere ottimisti alla luce dei recenti eventi. Vengono alla mente le parole del poeta russo Grigorevi Ehrenburg (1891-1967) "il progresso e le rivoluzioni hanno garantito il diritto all'uguaglianza, ma non il diritto all'intelligenza ed all'onestà". Per quanto riguarda la prima affermazione ho ancora dei dubbi, per la seconda spero che si realizzi in futuro.

Note

[1] Con riferimento al problema dei crimini economici in relazione al mercato unico, v. la dettagliata analisi di G. M. FLICK, *Lo spazio giudiziario europeo: risultati raggiunti e prospettive, Conferenza presso la Scuola di Polizia Tributaria*, Roma, 26/01/99, inedita.

[2] In effetti, considerando le esistenti disparità, così come il fatto che le autorità giudiziarie sono competenti solo entro il proprio territorio, un limitato approccio basato sulle sole norme nazionali oggigiorno sembra essere decisamente insufficiente. Cfr. G. GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea,* in *Prospettive di un diritto penale europeo, Atti del Seminario organizzato dal Centro di diritto penale europeo,* a cura di G. Grasso, Milano, 1998, p. 3; N. PARISI, *La cooperazione internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, 1996, p. 8 *et seq*.; U. DRAETTA, *Spunti per un'azione comunitaria contro la corruzione nel commercio internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, p. 337.

[3] Dati rinvenibili nel *Report on combating corruption in Europe*, The European Parliament, Committee on Civil Liberties and Internal Affairs, Economic and political corruption in Europe, Rapporteur: H. Salisch, 01/12/95, doc. A4-0314/95.

[4] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur une politique anticorruption de l'Union* [COM (97) 0192], Bruxelles, 21/05/97.

[5] Fonte: *Political will in fighting corruption*, a cura di S.J. Kpundeh in *Corruption: Integrity improvement initiatives in developing countries*, New York, 1998.

[6] Per una più approfondita analisi sull'influenza che la corruzione può esercitare sul libero mercato e sulla concorrenza, v. *Report on the communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a union policy against corruption* [COM (97) 0192], The European Parliament Committee on Civil Liberties and Internal Affairs, Rapporteur: R.Bontempi, Doc. A4-0285-98.

[7] La corruzione è stata esplicitamente presa in considerazione nel Piano d'azione per combattere il crimine organizzato adottato dal Consiglio Giustizia ed Affari interni il 28/04/97 e dal Consiglio europeo di Amsterdam il 17/06/97 (*G.U.C.E.* C 251/1 del 1997). Per ulteriori dettagli si rinvia al par. 6, *infra*.

[8] Anche in considerazione di tali preoccupanti effetti, il rafforzamento delle misure per combattere la corruzione e la frode costituisce uno dei principali obiettivi perseguiti a livello europeo. V. *Council Resolution of 18/12/97 laying down the priorities for co-operation in the field of JHA for the period from 01/01/96 to the date of entry into force of the ToA* (O.J. 1998, C 11/1).

[9] La tabella misura il livello della corruzione come viene percepito dalle persone che lavorano per aziende multinazionali ed istituzioni in rapporto all'impatto che il fenomeno presenta nelle relazioni commerciali e sociali. Tali percezioni non possono certamente essere considerate un dato esatto ed obiettivo in quanto soggette a variazioni temporali in dipendenza dell'evoluzione dei costumi nella società; purtuttavia esse rappresentano con un buon grado di approssimazione la realtà del fenomeno. Infatti quesiti significativi (quantificazione degli oneri sostenuti per il pagamento di tangenti, in particolare nel settore pubblico, quantificazione e qualificazione degli abusi d'ufficio, tipologia delle procedure illecite, livello della corruzione, ecc.) sono stati posti a dirigenti di livello medio-alto di imprese e banche, aziende multinazionali, ambasciate, camere di commercio e istituzioni politiche.

[10] Come interpretare la Carta: il *Punteggio IPC 1999 (Perceptions Corruption Index)* si riferisce alla percezione del livello di corruzione, in una scala che va dal 10 (sostanzialmente inesistente) allo 0 (altamente corrotto). Le *Fonti utilizzate* si riferiscono agli elementi dell'indagine in base ai quali si valuta la situazione in un singolo Stato; tali elementi devono essere ameno 3 per essere inclusi nel CPI. La *Deviazione standard* indica la divergenza nei valori delle fonti: ad uno scarto medio elevato corrisponde una maggiore divergenza delle fonti circa le percezioni di un Paese.

[11] In mancanza di norme internazionali od europee che stabiliscano la giurisdizione, generalmente le autorità procedenti si considerano competenti a giudicare i crimini commessi sul proprio territorio, quelli realizzati in parte all'estero e quelli che, sebbene compiuti esclusivamente all'estero, producono effetti all'interno del territorio nazionale. D'altra parte, la cooperazione giudiziaria riguardante richieste di rogatorie risulta spesso particolarmente difficoltosa. La tutela contro reati transnazionali evidenzia

analoghe difficoltà. Anche la maggior parte dei crimini perpetrati ai danni del bilancio comunitario (in particolare frode e corruzione) avvengono a livello internazionale (segnatamente nel transito transfrontaliero delle merci e nel turismo). Per ulteriori dettagli, cfr. *Report on criminal proceedings relating to protection of the Union's financial interests*, The European Parliament, Committee on Budgetary Control, Rapporteur: Mrs. D. Theato, Doc. A4-0082/98.

[12] Per ulteriori dettagli in merito alle disposizioni normative per combattere la corruzione negli Stati membri, v. *Measures to prevent corruption in the Member States of the European Union*, Juridical Affairs Series, Working paper of the European Parliament, JURI 101 EN, Luxembourg, 03-1998; E. SAVONA - L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Roma, 1998.

[13] Si sottolinea che invece nel nostro ordinamento tale attività viene sanzionata con il disposto di cui all'art. 318 c.p. (corruzione impropria), ove la compravendita viene ugualmente incriminata pur avendo ad oggetto un atto conforme ai doveri di ufficio. Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 1997, pp. 158 ss.

[14] V. par. 5 e 6, *infra*.

[15] Con riferimento alla tecnica di integrazione legislativa, va tenuto presente che nel settore penale esistono diversi livelli di approssimazione normativa. Attraverso la *cooperazione* gli Stati si consultano e collaborano nel rispetto dei rispettivi sistemi giuridici per il ravvicinamento degli operatori del diritto, senza modificare o adattare il contenuto della legislazione penale nazionale per creare delle norme comuni. E' questo un approccio pragmatico, un ravvicinamento di base che pur nella sua essenzialità si presenta indispensabile: si pensi ai vari programmi e azioni comuni finora adottati. Il concetto dell'*assimilazione* - in virtù del quale si richiede agli Stati membri di proteggere gli interessi comunitari, adottando le stesse misure da essi previste per tutelare gli interessi nazionali aventi natura similare - trae origine proprio dal famoso caso del mais greco (sentenza del 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, 68/88, *Racc*. 1989, p. 2985, punti 23 e 24). Il principio in esame, specificatamente riferito alla protezione degli interessi finanziari comunitari, è stato trasfuso nell'art. 209 A TCE (ora art. 280 TCE). Le limitazioni ravvisate nella tecnica dell'assimilazione inducono a ritenere l'*armonizzazione* un altro importante metodo di integrazione, non dissociabile e complementare alla cooperazione. Essa persegue l'omogeneità tra le norme nazionali vigenti eliminando le differenze più evidenti. Occorre a tal fine che le leggi siano fondate o ispirate dagli stessi valori, poiché non si impongono delle regole identiche, ma si raggiunge un grado minimo di convergenza nel pieno rispetto delle tradizioni giuridiche interne, semprechè e nella misura in cui gli strumenti adottati siano effettivamente messi in opera sul piano nazionale (v. le convenzioni relative alla protezione degli interessi finanziari). L'*unificazione*, infine, riguarda la forma più avanzata ed estrema di integrazione. Poiché gli Stati membri delegano una parte delle loro competenze in materia penale ad un'unica autorità sovranazionale, l'unificazione risulta essere il metodo migliore per semplificare il disordine normativo derivante dall'assimilazione, dalla cooperazione e dalla armonizzazione.

[16] Merita particolare menzione la Convenzione di Vienna delle N.U. sul diritto dei trattati (1969). All'art. 50 è stata introdotta una causa di invalidità dei trattati fino ad allora assolutamente sconosciuta alla dottrina ed alla pratica degli Stati: la corruzione dell'organo. Si rileva che ciò ha costituito uno dei punti sui quali gli Stati di nuova formazione hanno maggiormente insistito, ritenendo i propri organi più facilmente esposti al fenomeno in questione. Occorre notare che la corruzione è stata precisamente qualificata come causa di *nullità relativa* dei trattati. Tale locuzione assume una portata ben diversa da quella che tradizionalmente si attribuisce alla nullità negli ordinamenti statali di *civil law* o di *common law*, poiché in questo ambito la nozione implica che essa non opera automaticamente (a differenza della violenza, del dolo e della violazione di norme di *jus cogens* che danno luogo alla *nullità assoluta*), ma può essere invocata dallo Stato che vi è incorso in quanto suscettibile di viziare il proprio consenso ad essere vincolato dal trattato. Da ciò discende che la corruzione non è assimilabile ai vizi della volontà privatistici quali l'errore, il dolo o la violenza, in quanto non vizia il consenso in modo analogo a questi ultimi, essendo l'organo perfettamente libero di esprimere il proprio consenso nel caso di specie. Sembra invece più opportuno ricondurre la fattispecie nell'ambito della teoria generale del diritto pubblico, più precisamente all'eccesso o sviamento di potere. "…Solo muovendosi dalla analogia con i summenzionati istituti pubblicistici, la corruzione può essere qualificata - al pari dell'eccesso di potere negli ordinamenti statali - come vizio della volontà…". V. M. R. SAULLE, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1998, pp. 66 ss..

[17] Si ritiene opportuno sottolineare che in questa analisi sono stati privilegiati unicamente gli strumenti adottati dall'OECD e dal CoE sia per motivi di sintesi, sia perché proprio a livello europeo si sta delineando uno "spazio giuridico *regionale*" tale da potenziare la lotta alla criminalità in termini di operatività ed efficacia, in considerazione della maggiore affinità dei valori giuridico-culturali degli Stati membri

[18] *Recommendation of the Council on Bribery in international transactions*, doc. C (94)75 final, 27/05/94.

[19] *Recommendation of the OECD on tax deductibility for bribes to foreign Public Officials*, doc. C (96) 27 final, 11/09/96

[20] Doc. DCD/DAC (96) 11 final. Cfr. anche *Update the implementation of the OECD Recommendation on the tax deductibility of bribes to foreign public officials*, Report by the Committee on fiscal Affairs (CFA) to the OECD Council at Ministerial level, 28/04/98 (http://www.oecd.org/daf/cmis/bribery/tax98HTM).

[21] L. SALAZAR, *Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)*, in *Cassazione Penale*, Milano, 1998, p. 393.

[22] OECD Convention in combating bribery of officials in international business transactions, OECD Working Papers, Paris, 1998. Questa è composta di soli 17 articoli. Giova rilevare che per la sua effettiva entrata in vigore viene richiesta la ratifica da parte di 5 dei 10 Stati con l'aliquota più alta di esportazioni. La normativa nazionale che la recepisce può contenere previsioni più ampie, ma non restringerne l'ambito di applicazione. La Convenzione non uniformerà i sistemi giuridici nazionali, ma dovrebbe - se appropriatamente recepita - stabilire degli *standards* minimi di condotta. Ben 34 Paesi (29 già membri della OECD cui si sono aggiunti Argentina, Cile, Brasile, Bulgaria e Slovenia) l'hanno già firmata ed è entrata in vigore in 11 di essi il 15 febbraio 1999. Alcune perplessità sulla reale efficacia della sua applicazione derivano dal fatto che alcuni degli Stati firmatari sono considerati dei paradisi fiscali, con i conseguenti ben noti problemi di cooperazione giudiziaria. Per ulteriori dettagli, si rinvia a *OECD Commentaries on the Convention on Combating Bribery of officials in international business transactions*, adopted by the Negotiating Conference on 21/11/97 (http://www.oecd.org/daf/cmis/bribery/20nov2e.htm).

[23] Cf. G. SACERDOTI, *La Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, in *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law*, 1999, p. 3.

[24] In particolare, v. la relazione di L. LOW - J. DAVIS - K. KING, *The international anti-corruption standards of the OECD and the OAS: a comparison with the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, così come T. DICKINSON, *Report on behalf of the American Bar Association, Section of International Law and Practice*, 1998.

[25] XIX Conference of the European Ministers of Justice on judicial co-operation (Malta 1994) e XXI Conference on relations between corruption and organised crime (Prague, 1997). Per una approfondita analisi, cfr. H. G. NILSSON, *Substantive criminal law: corruption and money laundering*, in *Corruption & Democracy*, Budapest, 1994, p. 89.

[26] *Programme of Action against corruption*, Committee of Ministers, Strasbourg, 1996.

[27] *Resolution (97)24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption*, Committee of Ministers -101st session, 06/11/97.

[28] *Groupe d'Etats contre la corruption* (Resolution 98/7). The GRECO Agreement came into force for 14 MSs on 01/05/99.

[29] *Criminal Law Convention on Corruption*, Provisional Edition, December 1998, GMC (98) 41.

[30] Opinion n. 207/1998: *Draft criminal law convention on corruption*, Parliamentary Assembly of the CoE, Strasbourg 1998.

[31] *Draft Civil Law Convention on Corruption*, adopted by the GMC, 16th plenary meeting, Strasbourg, 26/02/99, GMC (96) 35 rev.3.

[32] V. *CoE's fight against corruption and organised crime, Programme of action against corruption*, Committee of the Ministers of the CoE, Strasbourg, 1996 (http://www.coe.fr/corrupt/eactionO.htm); *CoE's fight against corruption and organised crime*, 21 Conference of European Ministers of Justice, 10-11 June 1997, Prague; *Links between corruption and organised crime*-Progress report of the GMC for the attention of the 21 Conference (http://www.coe.fr/corrupt/e97-32.htm#6).

[33] *Common Position defined by the Council on the basis of art. K.3 of the Treaty on European Union on negotiations in the Council of Europe and the OECD relating to corruption* (O.J. 1997, L 279/7).
Second Joint Position defined by the Council on the basis of art. K.3 of the Treaty on European Union on negotiations held in the Council of Europe and the OECD on the fight against corruption (O.J. 1997, L 320/1).

[34] In base a tale previsione, gli Stati membri cooperano con la Commissione al fine di assicurare che le risorse della Comunità siano impiegate nel rispetto del principio di buona amministrazione. Appare quindi ipotizzabile un ricorso agli strumenti propri del I° pilastro, poiché il fine è quello di salvaguardare la sicurezza e l'eguaglianza degli operatori economici attraverso l'unificazione della protezione penale del bilancio europeo. In effetti, in base all'art. 235 TCE (che permette al Consiglio di prendere le disposizioni necessarie per raggiungere uno degli scopi della Comunità, pur se il trattato non ha previsto i poteri d'azione all'uopo richiesti, i.e. poteri impliciti) è stato adottato un Regolamento "orizzontale" (*Regolamento 2988/95 relativo alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in *G.U.C.E.* 1995, L 312/1) al fine di ridurre le disparità di controllo tra i diversi settori del bilancio. Il regolamento si limita a prevedere delle sanzioni amministrative in modo da lasciare "alle competenti autorità degli Stati membri" il compito di stabilire le norme penali atte a sanzionare la condotta incriminatrice. Un altro esempio di strumento giuridicamente vincolante strettamente correlato alla materia penalistica, che è stato adottato in base alle previsioni del I° pilastro, è dato dalla direttiva sul riciclaggio di denaro (*G.U.C.E.* 1991 L 166, p.77).

[35] Si rinvia a M. DELMAS-MARTY, *The EU and the Penal Law*, in *European Law Journal*, London, 1998, p. 87. L'autrice opportunamente rileva che l'art. 205 TEC ha fornito la base legale per redigere il *Corpus juris*, un codice penale europeo sovranazionale: qualora venisse effettivamente adottato, si applicherebbe direttamente in tutti gli Stati membri (*"Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne", sous la direction de M. DELMAS-MARTY,* Direction Générale du Contrôle Financier, Parigi, 1997*).*

[36] Gli Stati membri hanno ritenuto non accettabile il riconoscimento *a priori* di una competenza della Corte di Giustizia europea in quanto avrebbe comportato un eccessivo controllo sulla loro sovranità (va ricordato che l'azione GAI si svolge sempre a livello intergovernativo). Ciò spiega perché l'art. K.3.2 TUE, nel tentativo di rimediare alla mancanza di un controllo giudiziario, prevede la possibilità che le convenzioni statuiscano che "…la Corte di Giustizia sia competente per interpretarne le disposizioni e per comporre le controversie connesse con la loro applicazione, secondo modalità che saranno precisate dalle medesime…". Il TUE è stato anche criticato per il suo *deficit* democratico (l'art. K.6 TUE prevede che il Parlamento Europeo venga semplicemente informato e consultato). Come verrà spiegato nelle pagine seguenti (v. par. 9 *infra*) il Trattato di Amsterdam vi ha posto in parte rimedio.

[37] J. MONAR, "*Justice and home affairs*, in *Journal of Common Market studies*, Oxford, 1998, p. 131.

[38] Rilevanti considerazioni in merito al "deficit democratico" sono contenute in M. R. SAULLE, *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Napoli, 1999, p. 63.

[39] C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea: genesi, struttura, contenuto, processo di ratifica*, I.1, Roma, 1993, p. 295.

[40] *Convenzione elaborata in base all'art. K.3 TUE relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* (*G.U.C.E.* 1995, C 316/49).

[41] *Regolamento del Consiglio del 18 dicembre 1995 sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea* (*G.U.C.E.* 1995 L 312, p. 1).

[42] *Protocollo redatto sulla base dell'art. K.3 TUE alla convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea* (*G.U.C.E.* 1996 C 313, p. 3).

[43] Per una interpretazione ufficiale del protocollo, si rinvia al *Rapporto esplicativo al Protocollo sulla Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee* (*G.U.C.E.* 1998, C 11/5)

[44] Giustamente si da priorità alla nozione di pubblico ufficiale contenuta nella norma penale dello Stato di appartenenza. In caso di procedimenti giudiziari che coinvolgono un funzionario di uno Stato membro, avviati da un altro Stato membro, quest'ultimo ha l'obbligo di applicare la definizione di funzionario nazionale soltanto nella misura in cui tale definizione è compatibile con il suo diritto interno.

[45] Il concetto di indebito vantaggio risulta già abbastanza ampio*:* esso può comprendere non solo oggetti materiali (denaro, beni, ecc.), ma anche qualsivoglia fattispecie in grado di costituire un interesse intangibile per il funzionario (e.g. la remissione di un debito della persona corrotta).

[46] Occorre sottolineare che il principio *de quo* è stato affermato dalla Corte di Giustizia europea nella famosa sentenza del mais greco (*cit.* nota 16 *supra*). Tuttavia va rilevato che lo stesso art. 4, par. 3 prevede che, qualora uno Stato membro stabilisca norme speciali per atti od omissioni di cui i ministri del suo Governo devono rispondere per la particolare posizione politica che occupano nello Stato, non è applicabile a dette norme il par. 2 che - come noto - equipara nel trattamento sanzionatorio i membri della Commissione, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei Conti alle corrispondenti figure nazionali.

[47] *Protocollo concluso in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* (*G.U.C.E.* 1997, C 151/2).

[48] *Secondo Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea* (*G.U.C.E.* 1997, C 221/12*).*

[49] *Convenzione elaborata sulla base dell'art. K., par. 2, lettera c) del TUE relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea* (*G.U.C.E.* 1997, C 195/2).

[50] Queste disposizioni impegnano gli Stati membri ad introdurre nei propri ordinamenti la responsabilità penale solo quando l'illecito vantaggio è ricevuto prima di compiere l'atto. L'art. 11 va interpretato come espressione di armonizzazione "verso l'alto" (cioè le norme europee non possono comportare un livello di protezione dei cittadini inferiore a quello già esistente negli Stati membri). Va rilevato che una disposizione similare non era stata prevista nel I° Protocollo.

[51] In base alla Relazione esplicativa sulla Convenzione, si ritiene che l'art. 6 non impedisca agli Stati membri di prevedere una responsabilità penale oggettiva, delle persone che abbiano potere decisionale o di controllo, per atti commessi dai propri collaboratori senza che sia necessario provare alcuna colpa, negligenza o mancata vigilanza da parte loro (*Relazione esplicativa della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri della Unione europea*, in *G.U.C.E.* 1998, C 391/1).

[52] Con questa disposizione, la Convenzione differisce dal I° Protocollo nell'area della cooperazione. Una interpretazione che tenga conto sia delle disposizioni del Protocollo e che della Convenzione PIF consente di ritenere che - quando la corruzione di funzionari coinvolge almeno due Stati membri - questi ultimi hanno il dovere di cooperare efficacemente nell'attività investigativa, nell'esercizio dell'azione penale e nell'irrogazione della pena. Ciò dovrebbe essere realizzato tramite procedure di mutua assistenza, estradizione, trasferimento di procedimenti, applicazione di sentenze emesse in altro Stato membro, ecc. Tutto ciò ha l'effetto di limitare la cooperazione ai soli procedimenti penali, in contrasto con l'opinione espressa dal GMC del CoE secondo il quale una strategia anticorruzione globale non dovrebbe essere confinata alla sola sfera penale.

[53] Il principio si basa sulla Convenzione relativa all'applicazione del *ne bis in idem*, firmata a Bruxelles il 25/5/87, ed allo stesso si è già fatto ricorso nel contesto della cooperazione politica europea (v. le disposizioni similari contenute nell'accordo di Schengen). Ciò riveste particolare importanza nei casi di reati a carattere internazionale in merito ai quali possono essere chiamati a pronunciarsi gli organi giurisdizionali di più Stati membri qualora non sia stato possibile accentrare il procedimento in un unico Stato.

[54] Questo processo è stato interpretato come chiaro esempio di "rolling ratification". In tal senso S. WHITE, *Protection of the financial interest of the European Communities: the fight against fraud and corruption*, The Hague-London-Boston, 1998.

[55] Questa norma pattizia non deve passare inosservata all'attenzione dell'interprete. Come è noto la riserva attribuisce, allo Stato che se ne avvale, la possibilità di privare, ovvero di limitare, il valore di determinate clausole nei rapporti intercorrenti con gli altri contraenti di un determinato trattato. Benché l'istituto determini una disparità di trattamento tra le parti, esso consente "…una più vasta partecipazione di enti ad uno stesso trattato, sia pure a scapito dell'uniformità di contenuto…". In effetti, si ricorre frequentemente

a tale strumento in prestigiose sedi internazionali (si pensi alle Nazioni Unite) ove si rinviene una elevata partecipazione di Stati che presentano i più vari sistemi legislativi, religiosi o sociali. Il fatto che gli Stati membri dell'Unione europea abbiano espressamente incluso il divieto di apporre riserve alla Convenzione in oggetto, oltre ad essere espressione del vasto consenso che la lotta alla corruzione trova presso i Governi nazionali, denota la spiccata comunanza di valori giuridico-culturali su cui si fondano le Parti contraenti. Tali considerazioni inducono a prospettare, con un certo grado di ottimismo, la possibilità che uno spazio giuridico europeo possa effettivamente essere realizzato, sia pure nell'arco di un termine che non potrà certo essere breve (sulle riserve in particolare, v. M. R. SAULLE, *Lezioni di diritto internazionale*, *op. cit.* nota 17, p. 51).

[56] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur une politique anticorruption de l'Union*, *cit.* nota 4 *supra*.

[57] V. *Report on a draft joint action on making corruption in the private sector a criminal offence*, Committee on Civil Liberties and Internal Affairs, The European Parliament, Rapporteur: R. Bontempi, Doc. A4-0348/97, 05/11/97.

[58] *Joint Action of 22/12/98 adopted by the Council on the basis of art. K.3 TEU on corruption in the private sector* (O.J. 1998, L 358/2).

[59] La Raccomandazione n. 6 recita: "deve essere sviluppata una politica globale contro la corruzione, prendendo in considerazione il lavoro già realizzato in altri consessi internazionali, al fine di rafforzare la trasparenza nella pubblica amministrazione, sia a livello di singoli Stati membri che di Unione europea (v. la direttiva politica n.13). Questa politica si dovrebbe concentrare soprattutto sulla prevenzione, affrontando questioni quali le relazioni pubblico-privati, la trasparenza delle erogazioni pubbliche, le norme riguardanti la partecipazione ai pubblici appalti, i criteri di nomina alle cariche pubbliche, ecc. Essa dovrebbe anche interessare l'area delle sanzioni, di natura sia penale che amministrativa o civile, così come l'impatto nei Paesi terzi delle politiche europee". *Cit.* nota 7 *supra*.

[60] V. *Report on a draft Joint Action on making corruption in the private sector a criminal offence*, *cit.* nota 58 *supra.*

[61] Per una più dettagliata informazione in merito alle priorità dell'Unione europea in tale ambito, v. *Report on the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a Union Policy against corruption*, *cit.* nota 6 *supra*.

[62] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur une Politique anticorruption de l'Union Européenne*, *cit.* nota 4 *supra*.

[63] V. *Measures to prevent corruption in the MSs*, *cit.* nota 12 *supra*.

[64] I due maggiori partner commerciali europei - USA e Giappone - sanzionano con differenti modalità la deducibilità fiscale. I 15 Stati membri hanno adottato la Raccomandazione della OECD stabilente che "i Paesi che ammettono la deducibilità fiscale di "commissioni di intermediazione" i.e. tangenti pagate a funzionari esteri sono sollecitati a riesaminare tale trattamento al fine di vietare tale pratica". Appare, pertanto, evidente l'orientamento favorevole degli Stati membri a tale principio, sebbene alcuni lamentino la perdita di vantaggio competitivo qualora altri Paesi continuino a consentirla.

[65] Direttive EEC 93/36, EEC 93/37 e EEC 92/50.

[66] Come la Commissione ha sottolineato [COM (97) 192 def., v. nota 4 *supra*] andrebbe attentamente considerata l'introduzione di un sistema di "liste nere" in tutte le aree a rischio delle finanze comunitarie. L'inclusione nelle stesse dovrebbe comportare, per le imprese coinvolte, l'automatica esclusione da pubblici finanziamenti od incentivi mentre adeguata pubblicità, a livello nazionale, dovrebbe essere assicurata alla predetta "lista nera".

[67] Regolamento 1469/95, *cit.* nota 35 *supra.*

[68] *Opinion of the Economic and Social Committee on Development aid, good governance and the role of the socio-economic interest groups* (O.J. 1997, C 287/44).

[69] Cfr. Titolo 5. "The fight against corruption", Opinion of the Economic and Social Committee, *ibid.*

[70] Assistenza tecnica per contenere la corruzione nel pubblico settore nell'Europa Orientale è stata contemplata in una certa misura nel programma PHARE (e.g the joint CoE/EU OCTOPUS program on corruption and organised crime in Central and Eastern Europe). In tale ambito il progetto congiunto SIGMA con la OECD è anche rilevante in quanto affronta il problema dei pubblici appalti..

[71] V. *Le contrôle et la protection des finances de l'Union en vue de l'élargissement*, Fiche Thématique n. 16, Task-force Elargissement, Parlement Européen, Luxembourg 19/03/98, PE 167.330 FR.

[72] *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le processus d'élargissement*, Fiche thématique n. 25, Task-force Elargissement, Parlement Européen, Luxembourg 17/06/98, PE 167.690 FR.

[73] *Joint action of 29/06/98 adopted by the Council on the basis of art. K.3 of the TEU establishing a system for collective evaluation of the enactment, application and effective implementation by the applicant countries of the acquis of the European Union in the field of JHA* (O.J. 1998, L 191/8).

[74] J. MONAR, *JHA in the Treaty of Amsterdam: reform at the price of fragmentation*, in *European Law Review*, London, 1998, p. 320. V. anche A. TIZZANO, *Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.

[75] Non si prevede la competenza della Corte europea di Giustizia solo con riferimento alla posizioni comuni: appare quindi abbastanza evidente che il loro carattere sia più politico che giuridico.

[76] D. O'KEEFFE, *Recasting the third pillar*, in *Common Market Law Review*, The Hague, 1995, p. 893.

[77] Tampere European Council, 15-16\10\99, in http://www. presidency.finland.fi/trame.asp

[78] Per ulteriori dettagli, si rinvia a *First Report on allegations regarding fraud, mismanagement and nepotism in the European Communities*, Committee of Independent Experts, 15/03/99 (http://www.europarl.eu.int/experts).

[79] G. COLOMBO, *Monitoring the assets and lifestyle of public decision-makers. Can it be made to work?*, VIII International Anti-corruption Congress, Lima, 09/09/97.

[80] La locuzione appartiene a M. Delmas-Marty, ma è stata riportata da L. SALAZAR (*Les projets législatifs de l'Union Européenne sur la lutte contre la corruption*, in *Corruption de fonctionnaires et fraude européenne, Actes du colloque de Bruxelles*, 21 et 22/11/96, Bruxelles, 1998), il quale sottolinea inoltre che "*…à la corruption ne manque pas de se référer aussi le preambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui récite '…considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes dews malheurs publics et de la corruption des gouvernments' …*".

[81] Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, *Democratisation, the rule of law, respect for human rights and good governance: the challenges of the partnership between the EU and the ACP States* [COM (98) 146, Brussels 24/02/98).

[82] P. DAVIGO, *La giubba del re. Intervista sulla corruzione*, a cura di D. Pinardi, Roma, 1998, p. 52.

[83] Cfr. G. M. FLICK, *L'azione di contrasto alla corruzione nell'attuale contesto internazionale ed europeo, Relazione tenuta presso la Scuola Interforze di Polizia*, Roma, 23/02/99 (inedita).

[84] Ad esempio, il Sig. Paul Van Buitenen, il funzionario europeo che ha denunciato le irregolarità finanziarie commesse in Commissione è ancora sospeso dall'incarico (fin dal 1998) per aver violato l'obbligo del segreto d'ufficio

[85] V. G. M. FLICK, "*L'azione di contrasto alla corruzione nell'attuale sistema internazionale ed europeo", cit.* nota 84 *supra.* La figura del c.d. "agente provocatore" (i.e. l'ufficiale di polizia giudiziaria il quale, istiga oppure offre l'occasione per provocare la commissione di reati, al fine di fare scoprire gli autori ovvero per acquisire elementi di prova) è già contemplata, ad esempio, nell'ordinamento italiano in relazione a specifici reati, e.g. in materia di acquisto simulato di stupefacenti (art. 84 bis, L.162/90, art. 97 T.U. 309/90) e di riciclaggio di denaro (art. 12, d.l. 306/92).

[86] *Joint Action adopted by the Council, on the basis of art. K.3 TEU, on good practice in mutual assistance in criminal matters* (O. J. 1998, L 191/1).

[87] *Joint action of 29/06/98 adopted by the Council on the basis of art. K.3 TEU, on the creation of a European judicial network* (O.J. 1998, L 191/4).

[88] Il principio in base al quale andrebbe abolito il segreto bancario viene spesso preso in considerazione a livello internazionale; tale proposta è stata più volte lanciata anche nel contesto europeo, v. Discours de Mme. Elisabeth Guigou, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, au Colloque d'Avignon sur l'espace judiciare européen, le 16 octobre 1998.*

[89] Si rileva che in questa ottica il legislatore europeo ha predisposto un Progetto di convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (*G.U.C.E.* 1999 C 251, p. 1). V. in merito il *Progetto di relazione sul progetto di atto del Consiglio che stabilisce la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione*

europea, Parlamento europeo, Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni, Relatore: On.le A. Di Pietro, PE 232.057, 20 ottobre 1999.

[90] Cfr. *Export credit insurance and the fight against international corruption*, Memorandum submitted to the EU-Institutions by Transparency International-Brussels, 26/02/99.

[91] La *Unit for the Co-ordination of Fraud Prevention* (*UCLAF*, fondata nel 1989) è l'organo europeo deputato alla lotta contro i reati di natura finanziaria (in particolare la frode), ma la sua capacità di azione è molto limitata (mancanza di competenza dovuta all'introduzione della moneta unica e sul prossimo allargamento ad Est, possibilità di avviare indagini solo nell'ambito della Commissione e sotto la sua autorità). Essa è stata recentemente sostituita da un rinnovato *Office de lutte anti-fraude (OLAF),* che ha assunto i poteri e le responsabilità dell'UCLA e risulta specificatamente responsabile per il contrasto dei casi di corruzione e frode internazionali che si verificheranno in tutte le istituzioni europee.

[92] L'art. 19 del Regolamento del Personale vieta le comunicazioni dirette alle autorità investigative nazionali su sospetti casi di corruzione, vincolando la comunicazione di ogni e qualsiasi informazione alla preventiva autorizzazione delle autorità europee. Per contro, le norme nazionali generalmente obbligano penalmente il pubblico ufficiale a denunciare all'autorità giudiziaria qualsiasi reato commesso che venga a loro conoscenza. Così, mentre gli Stati membri sono governati dal principio di trasparenza, l'Unione europea sembra aver adottato un criticabile sistema che può evitare la perseguibilità penale.

[93] Per una indagine in merito alle lacune riscontrabili in seno alle istituzioni europee, cfr. *Report on the independence, role and status of the Unit for the Co-ordination of Fraud Prevention (UCLAF)*, The European Parliament, Committee on Budgetary Control, Rap.: H. Bösch, Doc. A4-0297/98, 22/09/98.