

IL *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*: LA LEGISLAZIONE STATUNITENSE IN MATERIA DI LOTTA ALLA CORRUZIONE DI FRONTE AGLI ULTIMI SVILUPPI INTERNAZIONALI

Guido Acquaviva

1. Foreign Corrupt Practices Act: Introduzione.
2. La storia legislativa del FCPA.
3. I suoi contenuti.
4. La situazione delle società soggette al FCPA: Le regole poste dalle Autorità statunitensi.
5. (segue) Le procedure interne.
6. Le azioni intraprese dalle società soggette al FCPA: I controlli su terzi soggetti.
7. Alcuni casi.
8. La lotta alla corruzione in una prospettiva multilaterale.

[...]Corruption has attained previously unimagined levels of scale, deeply wounding the State at its very heart, penetrating its key institutions like a cancer, eating away at their flesh, subverting the highest levels.

- G.H. Millard, Assistant Director,
Internal Affairs Department
(Sao Paulo State Police)

Thou hast been with the Monkey People, the people without a law, the eaters of everything. That is great shame.

- Bagheera, *Il Libro della Giungla*

1. Il Foreign Corrupt Practices Act: introduzione.

La recente approvazione da parte del Parlamento italiano¹ della legge di esecuzione della Convenzione OECD sulla corruzione² allinea il nostro Paese alla lotta che altri Governi hanno intrapreso per mettere fuori legge alcuni tipi di condotta da parte di società multinazionali considerati in precedenza sostanzialmente innocui³. A questo riguardo è sicuramente interessante riferirsi all'esperienza che, negli ultimi venti anni, hanno accumulato società e

giuristi statunitensi nei riguardi del *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA⁴); ciò, per trarne eventuali spunti di riflessione e, possibilmente, insegnamenti sul funzionamento e l'applicazione di una normativa anti-corruzione con risvolti internazionali.

Il *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977 (con le successive modifiche apportate nel 1988 e del 1998) è un atto legislativo del Congresso statunitense che proibisce alle società americane di corrompere funzionari stranieri con la finalità di ottenere o mantenere affari. Il presente contributo intende analizzare solamente alcuni degli aspetti del FCPA, rilevando prima di tutto i motivi per cui il Congresso statunitense ha ritenuto necessario adottare un simile provvedimento; esaminando in secondo luogo, le parti più interessanti dell'atto e la loro influenza sul comportamento delle imprese. Da ultimo, dopo aver preso in considerazione alcuni tra i casi più interessanti in cui è stato applicato il FCPA, si intende proporre una riflessione sui rapporti fra la legislazione statunitense e l'impegno internazionale nei confronti della corruzione.

Un motivo per cui l'esempio statunitense riveste interesse è costituito dal fatto che tale legge viene comunemente ritenuta dagli studiosi nordamericani il modello ispiratore della Convenzione OECD stessa, di cui riprenderebbe non solo l'intento 'moralizzatore', ma anche la terminologia e l'impianto generale.⁵ Inoltre, gli Stati Uniti sono stati uno dei primi Paesi a ratificare la Convenzione OECD, ne avevano addirittura preceduto la ratifica modificando la propria legislazione nazionale in materia (costituita essenzialmente dal FCPA) in senso conforme al testo convenzionale già nel 1998. Un altro motivo è costituito dal fenomeno dalla eccezionale rilevanza che la lotta alla corruzione a livello globale ha avuto negli anni Novanta⁶. A prescindere da ogni giudizio sul buon esito di tale 'movimento', l'attenzione di studiosi di diritto penale e commerciale si è soffermata sul fatto che, probabilmente per la specificità della legislazione di quel Paese, le corti statunitensi hanno spesso affrontato casi di corruzione. In quei tribunali, persone - fisiche e giuridiche⁷ - sono state processate e, in alcuni casi, condannate, per aver intrattenuto rapporti di corruzione con autorità di altri Paesi. Innanzi ai giudici nordamericani chiari limiti sono emersi quanto alla immunità dei funzionari stranieri che avevano ricevuto pagamenti sospetti⁸; ma molti osservatori hanno notato che si è comunque proceduto contro soggetti - la cui condotta non si sarebbe neppure svolta negli Stati Uniti - sospettati di aver pagato tangenti ad autorità straniere.

I mutamenti al vertice del potere di Washington, infine, sembrano avere un grosso peso nelle modalità con cui la legislazione anti-corruzione statunitense è invocata dal Dipartimento della Giustizia e dalla Securities and Exchange Commission (SEC)⁹. Se ciò è stato vero per il passato¹⁰, è probabile che il travagliato avvento al potere di George W. Bush come quarantatreesimo presidente statunitense avrà ripercussioni sul numero e la qualità dei capi

d'accusa che i tribunali statunitensi imputeranno sulla base del FCPA. Questo, in particolare, è dovuto al controllo che esercita il Ministro della Giustizia - designato dal Presidente - sulle nomine fra le autorità inquirenti e, in ultima analisi, sulle loro indagini. Tale organizzazione, come si vedrà, assume una straordinaria rilevanza per le caratteristiche proprie del sistema legale statunitense.

2. La storia legislativa del FCPA.

Il FCPA non rappresenta l'unico tentativo da parte degli Stati Uniti di combattere condotte legate alla corruzione al di fuori del proprio ambito territoriale. In particolare godono di una disciplina analoga reati, quali¹¹ il trasferimento di fondi all'estero con finalità di corruzione¹², i viaggi all'estero in connessione con il pagamento di tangenti¹³, il trasporto di grosse somme di denaro senza la necessaria comunicazione alle autorità fiscali¹⁴. Da tempo, inoltre, esistono negli Stati Uniti precise regole per i pagamenti ricevuti all'estero in cambio di licenze per l'utilizzo di tecnologia 'sensibile'¹⁵. Il primo atto legislativo che il Congresso adottò per contrastare la corruzione anche al di fuori del tradizionale ambito giurisdizionale statunitense fu una legge del 1958 che negava la deducibilità dei pagamenti effettuati per tangenti (*bribes*) a funzionari stranieri ai fini del calcolo dell'imponibile¹⁶.

Nonostante i numerosi precedenti, però, il *Foreign Corrupt Practices Act* appare straordinario per il dichiarato intento di combattere i pagamenti che costituiscano corruzione di funzionari pubblici non statunitensi da parte di soggetti collegati con gli Stati Uniti, a volte sulla base di un legame piuttosto tenue.

Negli anni '70, le investigazioni susseguenti allo scandalo del Watergate fecero emergere una realtà ignota al pubblico statunitense. Infatti, se le indagini inizialmente si focalizzarono principalmente sull'*élite* politica ed economica statunitense (e sul ruolo delle maggiori società commerciali americane nel finanziamento del sistema politico nordamericano), esse si allargarono presto ai contributi che queste stesse società elargivano con la finalità di influenzare campagne elettorali all'estero. In sostanza, vennero scoperti 'fondi neri' e artifici contabili creati al fine di non far comparire nei registri societari alcuni pagamenti a funzionari di governi esteri. Le udienze tenute davanti al Congresso rivelarono fatti e eventi che, oltre ad evidenziare una pratica diffusa fra le società nordamericane, danneggiavano anche la stabilità e la credibilità di molti governi¹⁷.

L'inchiesta che avrebbe poi portato all'attenzione generale la questione dei pagamenti con finalità corruttive all'estero iniziò nel luglio del 1973, quando il *Watergate Special Prosecutor* Archibald Cox chiese di comunicare volontariamente eventuali pagamenti illegali nella

campagna elettorale presidenziale americana del 1972. Le informazioni ottenute fecero sorgere il sospetto che numerose multinazionali avessero contribuito illegalmente alla campagna elettorale e avessero anche trasferito fondi a governi e a partiti politici stranieri¹⁸. Ottenute alcune di queste informazioni, la *Securities and Exchange Commission* iniziò ad indagare per proprio conto e, nel 1975, denunciò all'autorità giudiziaria cinque grandi società¹⁹. In effetti, la SEC propose un trattamento di favore alle società che avessero volontariamente resi pubblici tutti i pagamenti sospetti a funzionari stranieri²⁰.

Durante successive udienze tenute di fronte alla Camera dei Rappresentanti e al Senato fu prodotta un'ampia documentazione riguardante i rapporti illegali fra mondo economico-finanziario e vari Governi stranieri. Tali condotte furono definite contrarie non solo ai principi di una sana economia di libero mercato, ma anche alla politica estera statunitense in generale, la quale, sostenne il Senato, prevede il perseguimento degli interessi economici all'estero *con metodi legali*²¹.

Nonostante il clamore delle rivelazioni, però, il problema sembrava di difficile soluzione dal punto di vista giuridico; la SEC aveva competenza solamente sulla mancata divulgazione delle informazioni rilevanti per il mercato borsistico, mentre il pagamento di tangenti all'estero, di per sé, non era punibile sulla base delle leggi statunitensi esistenti, e la SEC poteva operare solamente con 'interventi-tampone'.

Entro la fine del 1975, dunque, fu il Congresso a tornare a giocare un ruolo decisivo: l'ammontare delle attività illegali²² o sospette risultava per molti deputati e cittadini decisamente allarmante²³; e venne così proposta una legge volta a rendere fuori legge ogni pagamento illegale, ovunque questo venisse effettuato. Un rapporto della SEC del 12 maggio 1976 analizzava informazioni provenienti da novantasei società di cui cinquantacinque erano coinvolte in pagamenti a funzionari stranieri, e molte altre avevano operato in modo perlomeno sospetto.

Sia la Camera dei Rappresentanti che il Senato studiarono a lungo la questione e quando - nell'estate del 1976 - apparve necessaria una qualche iniziativa legislativa al riguardo, il presidente Ford sottopose al Congresso una propria proposta di legge che prevedeva, in sostanza, l'obbligo a carico delle società statunitensi di rendere pubbliche alcune categorie di pagamenti (in realtà, solamente quelli più consistenti) all'estero. In questo modo, si sarebbe evitato di considerare reato il pagamento in quanto tale; il fine era piuttosto quello di obbligare le società statunitensi a pubblicare bilanci trasparenti, sulla base dei quali gli azionisti - il mercato - avrebbero potuto compiere i necessari controlli, senza la necessità di sanzioni penali. Contro tale proposta 'conservatrice', il Senato appoggiò la ben differente proposta del Senatore

Proxmire, che prevedeva la criminalizzazione sia della mancata pubblicità dei pagamenti effettuati all'estero *sia i pagamenti stessi*.

Di fronte a tale scelta legislativa, due critiche si levarono immediatamente. Da un lato si sostenne che gli Stati Uniti mostravano di non essere affatto preoccupati degli effetti che questa nuova impostazione avrebbe potuto avere sulle relazioni internazionali; in particolare, l'intento di agire attraverso una legislazione con effetti extraterritoriali poneva problemi riguardanti la violazione della sovranità degli Stati in cui l'atto - reso criminoso in quanto 'corruzione di pubblico ufficiale' - sarebbe avvenuto. Il timore era fondamentalmente quello di un accentuarsi dei possibili conflitti fra decisioni in ordinamenti differenti basati su culture e valori diversi, e quindi con norme diverse riguardanti la corruzione²⁴.

D'altra parte, il metodo prospettato venne anche sottoposto a dure critiche sulla base di un ragionamento strettamente economico. Numerosi esperti economici sottolinearono che la legge, così configurata, avrebbe causato indubbi e superflui svantaggi economici a carico delle società americane - soggette a questo stretto regime di controllo - rispetto alle concorrenti di altri Paesi - che avrebbero potuto impunemente continuare a corrompere i funzionari stranieri sottraendo, così, lucrosi affari²⁵. Il Congresso rispose alla prima critica sottolineando il fatto che, in ogni caso, la maggior parte dei Paesi prevedeva come reato la corruzione, e, dunque, la lesione della sovranità altrui sarebbe stata minima; alla seconda rispose, ancora più semplicemente, che non era possibile tollerare la corruzione - *malum in se* - , quale che fosse lo svantaggio immediato per l'economia statunitense.²⁶

Una delle più stupefacenti particolarità del cammino legislativo di questo specifico atto fu la rapidità con cui il Congresso statunitense raggiunse una intesa: ogni singolo membro del Congresso, a prescindere dall'appartenenza partitica e dalla provenienza geografica o culturale, espresse parere favorevole per un qualche tipo di legislazione che disincentivasse la corruzione a livello internazionale²⁷. La proposta del Senato fu, infatti, approvata senza modifiche dalla Camera e firmata dal presidente Carter il 19 dicembre del 1977, divenendo così il *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977.

3. I suoi contenuti.

Il testo del FCPA è estremamente dettagliato; tale peculiarità emerge già nell'enunciazione generale del reato previsto dai paragrafi 103 e 104 enunciazione che peraltro consente di apprezzarne adeguatamente la portata "internazionale" (o "transnazionale").

La parte pertinente del FCPA statuisce²⁸:

It shall be unlawful for any **domestic concern**, [...], or for any **officer, director, employee, or agent** of such domestic concern or any **stockholder** thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means

or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an **offer, payment, promise** to pay, or **authorization** of the payment of any **money, or offer, gift, promise to give, or authorization** of the giving of anything of value to—

(1) any **foreign official** for purposes of--

(A)(i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

(2) any **foreign political party or official** thereof or any **candidate** for foreign political office for purposes of--

(A)(i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

(3) any **person**, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of--

(A)(i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality, in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.²⁹

3.1. Le due tipologie di illeciti.

Come è stato accennato, il FCPA comprende due tipologie di disposizioni. La prima prevede che tutte le società attive sul mercato mobiliare statunitense mantengano i registri contabili in ordine, sulla base di norme severe, in modo che possano essere facilmente ravvisabili pagamenti sospetti³⁰; inoltre, quasi per creare un doppio sistema di controllo, le società sono obbligate per legge a mantenere un sistema interno di controlli che vigili su eventuali irregolarità e differenze fra ciò che viene riportato nei libri contabili e l'effettivo flusso finanziario della società. Questo sistema di controllo interno obbligatorio è molto interessante non solo perché crea un 'doppio livello', ma anche perché è teso a creare una maggiore responsabilità diffusa all'interno delle società e, sostanzialmente, permette alle autorità statunitensi di perseguire legalmente i trasgressori per tre illeciti diversi (il pagamento, la mancata *disclosure* e l'inefficacia di controlli infrasocietari) sulla base di un unico comportamento (il pagamento)³¹. La seconda tipologia di disposizioni, invece, bandisce il pagamento di tangenti a funzionari pubblici stranieri.

3.2. I pagamenti illeciti secondo il FCPA.

Con il FCPA il legislatore statunitense si è sforzato di descrivere dettagliatamente i ‘pagamenti illegittimi’ per evitare vuoti legislativi che permettano di aggirare le norme. In primo luogo l’elemento oggettivo del reato è costituito da una offerta, una autorizzazione al pagamento o un pagamento a funzionari stranieri identificati dall’atto³². Inoltre, vengono resi illegali i pagamenti a terzi se il destinatario della proposta è a conoscenza che il pagamento finirà, direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, ad uno dei soggetti menzionati³³. Questa responsabilità in capo a terzi soggetti che agiscono come intermediari per favorire comportamenti illeciti costituisce un’arma molto potente in mano alle autorità statunitensi, soprattutto perché i *prosecutor* statunitensi devono solamente dimostrare che una persona ragionevole avrebbe potuto prevedere l’illegalità del pagamento per determinare che il terzo fosse ‘a conoscenza’ della sua finalità. In altre parole, il terzo non sfugge alla responsabilità per il fatto di rimanere deliberatamente all’oscuro dei fatti che porterebbero una *reasonable person* a concludere che il fine del pagamento è illecito³⁴.

Il FCPA specifica che il pagamento, per risultare vietato, deve essere finalizzato alla corruzione; esso deve, cioè, servire a influenzare la decisione del funzionario straniero nell’espletamento dei suoi compiti ufficiali, inducendolo ad agire - o a non agire - in violazione dei doveri prescritti per legge in modo da assicurare un vantaggio ingiusto, o in modo da indurlo a influenzare a sua volta le decisioni di altri organi di governo stranieri³⁵. Inoltre, un atto risulta ‘corrotto’ se compiuto volontariamente ed intenzionalmente con il fine di raggiungere uno scopo illegale o uno scopo legale con metodi illegali³⁶.

3.3. I destinatari del FCPA.

La parte più interessante del FCPA riguarda i destinatari delle disposizioni penali, e cioè i soggetti su cui le autorità statunitensi pretendono di esercitare la giurisdizione. Ogni persona fisica o giuridica statunitense o residente negli Stati Uniti (*domestic concern*)³⁷, oltre ad ogni società che compra o vende titoli negli Stati Uniti (*issuer*)³⁸, può essere chiamata a rispondere per sospette azioni di corruzione all’estero; sono inclusi dipendenti, agenti, azionisti e funzionari che agiscano per conto di quelli.

La categoria si è ulteriormente ampliata negli ultimi anni; infatti, prima dell’emendamento del 1998 erano escluse dalla giurisdizione statunitense quelle società che, pur controllate o possedute interamente da una società statunitense, fossero state costituite all’estero o avessero avuto all’estero la sede principale e non vendessero titoli sul mercato mobiliare statunitense; similmente, le persone fisiche diverse da funzionari, direttori, dipendenti, agenti o azionisti delle società incriminabili non erano soggette al FCPA. Adesso, però, questo vuoto legislativo è stato

in parte colmato, e applicandosi la normativa in esame anche a soggetti che agiscano negli Stati Uniti per favorire in qualche modo il pagamento di una tangente all'estero³⁹.

In tal modo le corti statunitensi potranno giudicare qualcuno se i comportamenti sospetti implicino l'uso della posta negli Stati Uniti o di altri mezzi di *'interstate commerce'*⁴⁰ per favorire una pratica corruttiva all'estero - criterio spesso utilizzato per affermare la giurisdizione statunitense dal legislatore e dai tribunali -; oppure, quando comportamenti che oggettivamente favoriscono la corruzione siano stati compiuti completamente al di fuori degli Stati Uniti da soggetti in qualche modo collegati con gli Stati Uniti (*persone fisiche*: cittadini, residenti; *persone giuridiche*: costituite negli Stati Uniti o che lì abbiano la sede principale dei propri affari o che siano registrate presso la SEC in quanto attive sul mercato mobiliare nazionale); come è già stato accennato, infine, la normativa si applica anche a società e persone fisiche straniere che si trovino in territorio statunitense per azioni collegate a pratiche di corruzione *al di fuori* degli Stati Uniti.

Tale regolamentazione, in particolare laddove disciplina la concorrente responsabilità delle persone fisiche e delle persone giuridiche, comporta alcune complesse conseguenze. Per esempio, un cittadino statunitense, che lavori per una società straniera all'estero la quale non agisca sul mercato mobiliare statunitense, è soggetto al FCPA, nonostante la società sia immune. Di converso, una società statunitense potrebbe essere indagata e processata per gli atti compiuti al di fuori degli Stati Uniti, da un proprio dipendente non statunitense. Inoltre, sulla base della teoria del *'respondeat superior'* - ampiamente utilizzata dai tribunali statunitensi per configurare una responsabilità in capo alla società per atto illecito del dipendente - una società straniera che non abbia alcun rapporto col mercato nordamericano potrebbe essere condannata per un singolo atto compiuto a suo nome negli Stati Uniti da un proprio dipendente, anche se straniero. Infatti, ogni atto compiuto negli Stati Uniti al fine di favorire un pagamento illegale all'estero fa scattare la responsabilità penale dell'intera società⁴¹.

Rimangono escluse dall'ambito di azione del FCPA le società possedute o controllate da società statunitensi che agiscano solamente all'estero e non abbiano rapporti diretti con gli Stati Uniti⁴². Non a caso, le maggiori critiche da parte delle industrie concorrenti - europee soprattutto - riguardano il comportamento 'schizofrenico' delle autorità statunitensi che, da un lato, affermano di combattere la corruzione ad ogni livello e ovunque essa avvenga, ma, dall'altro, permettono una vistosa eccezione per le cosiddette *Foreign Sales Corporations*, società create in 'paradisi fiscali' per facilitare le esportazioni, e completamente controllate da società statunitensi. In pratica, tali società rimangono immuni dai procedimenti anti-corruzione per la ben nota resistenza delle corti statunitensi di andare al di là delle formali distinzioni societarie (*to pierce the corporate veil*), se non in casi eccezionali di violazione delle formalità

societarie⁴³. Esse, inoltre, sono a loro volta generalmente favorite dal regime fiscale statunitense, il quale incentiva generosamente la loro creazione per assicurare maggiori sbocchi commerciali alle esportazioni⁴⁴.

Per quanto riguarda l'attribuzione dell'autorità di iniziare un'azione - civile o penale - e ai fini di una suddivisione razionale dei compiti derivanti dal FCPA, vige un accordo informale fra la SEC e il Dipartimento della Giustizia. Sulla base di un accordo stilato in seguito ad un ampio dibattito pubblico, la SEC divenne responsabile per l'applicazione delle sanzioni civili previste dal FCPA nei confronti degli 'issuers' sia nell'ambito delle disposizioni riguardanti la contabilità sia nell'ambito del pagamento delle tangenti vere e proprie; d'altra parte, il compito di indagare sul pagamento di tangenti da parte di 'domestic concerns', così come quello di iniziare azioni penali nei confronti degli 'issuers', fu lasciato al Dipartimento della Giustizia.

3.4. Le eccezioni e le scriminanti.

Nel trasformare in legge la volontà di moralizzazione dei rapporti commerciali, il Congresso, di fronte ad alcune critiche mosse dall'*establishment* economico e finanziario, decise non solo di escludere le filiali estere, ma anche di inserire alcune eccezioni che restringessero in parte la portata del FCPA, con particolare riguardo alle *finalità* del pagamento. E' stato sostenuto che, in realtà, il legislatore statunitense non abbia mai inteso proibire il pagamento di tutte le tangenti, ma abbia voluto fin dall'inizio permettere i pagamenti che "facilitassero" gli affari all'estero e vietare solamente quelli intrinsecamente "corrotti"⁴⁵. Ad ogni modo, l'eccezione sui 'grease payments' fu accolta⁴⁶, insieme con altre due scriminanti (che escludono l'illiceità di pagamenti che risultano legali nell'ordinamento in cui sono stati compiuti - sulla base di norme scritte - e le spese che, sostenute in buona fede, sono direttamente riconducibili ad attività promozionali o all'esecuzione di un contratto).

Nella seconda metà degli anni Ottanta, e ancora nel 1998, il Congresso statunitense giunse alla conclusione che erano necessari alcuni emendamenti al FCPA. Il *Trade Act* del 1988 cambiò parte della normativa riguardante la contabilità delle società soggette alla SEC e, per ciò stesso, al FCPA quanto agli obblighi di *disclosure*. Tali modifiche possono essere suddivise in tre categorie. La prima è quella comprendente sei tentativi di chiarificare quali tipi di pagamenti risultano illegali⁴⁷; la seconda categoria comprende le modifiche che riguardano le circostanze della responsabilità per le violazioni e i soggetti che possono commetterle⁴⁸; la terza, quelle che cercano di offrire maggior sicurezza e uniformità di trattamento agli operatori economici e finanziari soggetti al FCPA.

La seconda riforma entrò in vigore il 10 novembre 1998, in seguito alla firma della Convenzione OECD, ma prima della sua ratifica da parte degli Stati Uniti; essa, oltre a dare

maggiori poteri alle autorità inquirenti, estese il FCPA ad ogni persona che agisca - al fine di corrompere funzionari stranieri - sul territorio degli Stati Uniti⁴⁹, aggiunse alla categoria di 'pubblico ufficiale' i funzionari di organizzazioni internazionali⁵⁰ e specificò che la ricerca di un vantaggio improprio è compresa nelle motivazioni illegittime che spingono al pagamento al pubblico ufficiale⁵¹.

3.5. Le sanzioni.

Il FCPA impone sanzioni considerate in generale piuttosto dure al fine di scoraggiare i comportamenti illegali da parte di altri soggetti (carattere generalpreventivo). Quanto alle sanzioni penali, una persona giuridica rischia sanzioni fino a due milioni di dollari per ogni singola violazione; gli individui, invece, sono soggetti a multe fino a 100.000 dollari e al carcere fino a cinque anni (sempre per ogni singolo capo d'accusa per cui siano stati condannati)⁵². Inoltre, per effetto di altre leggi federali applicabili, la multa per le persone fisiche può raggiungere i 250.000 dollari; se il colpevole ha personalmente tratto vantaggio dal pagamento o ha creato una perdita, la multa può raggiungere il doppio del valore del guadagno illegittimo o della perdita incorsa. Alle sanzioni di carattere penale, e senza considerare le pene per reati collegati, si aggiungono spesso sanzioni civili fino a 10.000 dollari (sia per le persone giuridiche sia per gli individui). Infine, per evitare che i singoli azionisti, amministratori, agenti o dipendenti di una società possano aggirare la responsabilità personale che il FCPA pone a loro carico, è fatto espresso divieto alle società di indennizzare i singoli individui che siano stati condannati per corruzione.

Il termine di prescrizione per le azioni basate sul FCPA, sia quelle civili sia quelle penali, è di cinque anni, a meno che il Dipartimento della Giustizia non abbia richiesto di poter ottenere prove all'estero, nel qual caso, dal momento in cui la richiesta è consegnata allo Stato estero, decorrono ulteriori tre anni. Successivamente all'inizio dell'inchiesta formale, il soggetto indagato può vedersi sospese alcune licenze e il diritto di trattare affari con e attraverso il Governo statunitense⁵³.

4. La situazione delle società soggette al FCPA: le regole poste dalle Autorità statunitensi.

Negli anni successivi ai profondi cambiamenti nei Paesi ad economia pianificata, e ancora di più nella seconda parte degli anni Novanta, gli sforzi delle autorità statunitensi per rendere effettivo il controllo sulla corruzione si sono fatti ancora più intensi. Da una parte, il Dipartimento della Giustizia statunitense ha agito più spesso e con maggiore efficacia nelle

indagini su *attività al di fuori* degli Stati Uniti; un esempio di questo ‘nuovo corso’ sono state le indagini sulla Lockheed Corporation, che nel 1995 si è dichiarata colpevole sulla base del FCPA dopo che vennero alla luce alcuni pagamenti effettuati ad un proprio consulente egiziano (successivamente divenuto parlamentare) per assicurarsi un contratto riguardante la compravendita di aeroplani da trasporto. Ciò che colpisce in questo caso è che la Lockheed accettò di patteggiare una multa di 24,8 milioni di dollari, una cifra che corrispondeva al doppio del guadagno tratto dall'affare. Quando uno dei responsabili della Lockheed implicati nel caso fuggì in Siria, il governo statunitense aprì un negoziato col governo siriano e, dopo un breve periodo in una prigione del luogo, il dipendente tornò negli Stati Uniti. Qui, fu condannato a 18 mesi di carcere e ad una multa di 125.000 dollari, diventando così il primo individuo a scontare una pena detentiva sulla base del FCPA⁵⁴.

Ad ogni modo, non sono state solamente le multe pagate da alcune società statunitensi a creare un forte deterrente per successivi comportamenti criminosi: i casi effettivamente terminati con una condanna sono stati una trentina dal 1978 ad oggi. Il fatto, piuttosto, che i singoli individui spesso rischino di dover pagare di persona - con sanzioni pecuniarie o detenzione in carcere - ha contribuito a creare un certo nervosismo, in particolare dopo casi in cui la permanenza in carcere è stata effettiva e non solo prospettata come ipotesi. Inoltre, non sono da sottovalutare il costo della difesa processuale, specie negli Stati Uniti, e la pubblicità negativa che alcune società hanno dovuto affrontare in quanto sottoposte a procedimenti per corruzione. In un mercato altamente competitivo anche l'immagine assume un valore economico e, agli occhi del pubblico e degli azionisti nordamericani, i processi per corruzione suscitano diffidenza nei confronti dei soggetti implicati.

Eppure, per le *corporation* non è sempre facile sapere come agire in piena conformità con la complessa legislazione statunitense in materia di corruzione. In particolare, rispetto al FCPA non sono mai stati emessi regolamenti attuativi che specificino gli obblighi a carico dei soggetti interessati e, nonostante siano passati più di venti anni dalla prima stesura dell'atto, non sono molti i precedenti giudiziari cui riferirsi per studiare la sua applicabilità ad un caso specifico⁵⁵.

Per ovviare a questa deficienza, quando il FCPA fu emendato la prima volta nel 1988, il Congresso richiese al Dipartimento della Giustizia di sollecitare commenti da parte di altre agenzie federali e dal pubblico - secondo una procedura tipica del diritto amministrativo statunitense - in modo da determinare se ci fosse bisogno di *guidelines* ufficiali per chiarire i punti oscuri della normativa e dare indicazioni sulla politica che le autorità inquirenti avrebbero tenuto⁵⁶. Dopo le consultazioni richieste, comunque, il

Dipartimento - fra lo sconcerto dei giuristi impegnati nella materia - decise che non sarebbero state necessarie *guidelines*, e pubblicò nel 1992 solamente una *brochure* intitolata “*General Description*”⁵⁷.

E’ vero che, come sostengono le autorità statunitensi, esiste un procedura teoricamente molto utile per conoscere quali siano gli orientamenti del Dipartimento della Giustizia in casi specifici. Infatti, è stata istituita una ‘*FCPA review procedure*’ che permette alle singole società di chiedere direttamente al Dipartimento, il medesimo soggetto deputato al controllo e alle indagini nel campo della corruzione, se un determinato comportamento sia da considerarsi legale o se, invece, darà luogo a indagini e procedimenti a carico della società⁵⁸. In tal modo vi è la possibilità di richiedere un parere preventivo sulla liceità di un comportamento proprio all’ente che ha il potere di indagare su di esso, e il Dipartimento ha l’obbligo di rispondere in trenta giorni. Questo tipo di procedura, tipico della legislazione *antitrust* statunitense, dà modo alla singola società che si appresti a compiere un pagamento all’estero di accertarsi della sua legalità sulla base del FCPA.

Le imprese statunitensi, però, hanno fin dal principio lamentato una scarsa prevedibilità dei comportamenti del Dipartimento della Giustizia, cosicché i commenti pubblicati nei casi precedenti hanno solo un valore orientativo, in quanto strettamente limitati alle circostanze di fatto analizzate. Inoltre, anche quando il Dipartimento emetta opinione favorevole su una determinata operazione, tale opinione verrà considerata solamente una presunzione semplice (*rebuttable presumption*) della legittimità della condotta, e, come tale, refutabile in giudizio tramite adeguati mezzi di prova⁵⁹.

Nell’ambito di questa procedura, nel 1998 il Dipartimento della Giustizia ha emanato due pareri uno dei quali, per la prima volta, non si è limitato ad approvare condizionatamente il futuro comportamento di due società⁶⁰.

5. (segue) Le procedure interne.

Nonostante questa carenza di azione da parte delle autorità statunitensi, la grande maggioranza delle imprese multinazionali con sede legale negli Stati Uniti ha sviluppato una serie di procedure per adattare la propria struttura interna ai requisiti del FCPA. In pratica, tali procedure costituiscono requisiti minimi, esemplari per altre società interessate da questo tipo di legislazione, anche al di fuori degli Stati Uniti. Un curioso risultato della generalizzata fiducia

in queste procedure da parte dei consulenti legali delle società è che, nella pratica, le autorità statunitensi si aspettano che tutti le mettano in pratica e, in tal modo, le considerino decisive per giudicare quali *corporation* abbiano agito in buona fede nella conduzione degli affari⁶¹. Tali programmi volontari fanno riflettere su una interessante possibile evoluzione verso la ‘privatizzazione’ degli *standard* legali che vengono applicati ad alcune attività; invece che essere posti autoritativamente dagli organi pubblici democraticamente eletti, essi sono elaborati dai soggetti controllati e avallati dalle autorità inquirenti e giudicanti. Il coinvolgimento delle società nella elaborazione e nella realizzazione di tali norme sembra suggerire una attenuazione della forza vincolante della legge, in quanto la sanzione viene in parte mitigata sulla base di una condotta che *potrebbe* ridurre i rischi di illegalità, ma non assicura alcun risultato oggettivo. Stabilire tali meccanismi di ‘autocontrollo’, nell’ottica delle imprese, rende spesso possibile, ad ogni modo, prevenire procedimenti legali costosi, multe e altre sanzioni - oltre la pubblicità negativa derivante da procedimenti di questo tipo⁶².

Si darà ora brevemente conto delle procedure istituite più o meno volontariamente da molte società statunitensi al fine di assicurare ai propri azionisti e alle autorità competenti la conformità con la normativa anti-corruzione; ovviamente, questi programmi interni non sono validi solamente per società che operino sul mercato internazionale, in quanto efficaci anche per combattere fenomeni di corruzione solamente interni ad un ordinamento giuridico; appaiono tuttavia utili per dare una idea della varietà di strategie sviluppate e sviluppabili⁶³. Tali programmi hanno una indubbia e importante influenza sulla cultura aziendale della singola società e dell’ambiente stesso in cui le imprese si muovono e interagiscono.

5.1. Le dichiarazioni di politica aziendale.

La creazione di programmi volontari di questo tipo è solitamente preceduta da una esplicita dichiarazione secondo la quale la politica aziendale (*corporate policy*) deve aderire a tutte le regole applicabili in materia di corruzione. D’altra parte, al fine di creare una vera e propria ‘cultura della *compliance*’, una società deve andare al di là di mere dichiarazioni di intenti da parte dell’ufficio legale: la *leadership* aziendale deve realmente fare propria tale politica e informare ad essa i comportamenti di tutti i soggetti interessati, dall’amministratore delegato fino a ogni singolo livello di gestione⁶⁴. In altre parole, vi deve essere la certezza diffusa che la violazione di una qualsiasi norma anti-corruzione sia intollerabile. Ovviamente, le singole società godono di ampia discrezionalità per la messa al bando di comportamenti che, pur legali sulla base della legislazione vigente, sarebbero contrari all’etica aziendale (pagamento di commissioni eccessive a organizzazioni private, ‘*grease payments*’...)⁶⁵.

5.2. Le procedure contabili.

Il FCPA proibisce le tangenti e obbliga le società ad instaurare controlli interni per assicurare che i libri contabili siano accurati e trasparenti. Così, spesso, le società decidono di inserire l'esplicita menzione di questi *standard* contabili nei loro *compliance programs*, in modo che il doppio interesse dell'onestà davanti alla legge e dell'accuratezza dei registri contabili risulti più chiaro e, possibilmente, condiviso dai dipendenti. Tutte le società soggette alla giurisdizione statunitense dovrebbero, inoltre, modificare le proprie procedure contabili e renderle compatibili con il linguaggio del FCPA per non incorrere in possibili indagini negli Stati Uniti.

5.3. La formazione del personale.

Come già accennato, è importante, anzitutto, che i dipendenti della società conoscano la legge applicabile e siano in grado di comprenderla; in altre parole, è spesso necessario trasformare il linguaggio della legge - spesso criptico - in un gergo comprensibile a tutti i soggetti attivi nell'impresa. Le modalità sono molteplici, e gli esempi variano: manuali di politica aziendale, siti internet della società, poster nelle sale comuni, pubblicazioni periodiche... In alcune società statunitensi ai dipendenti è stata data la possibilità di usufruire di 'hotlines' o 'numeri verdi' da chiamare, oltre che per normali richieste, anche per riportare attività sospette o per porre domande su attività della società che possono implicare violazioni della normativa anti-corruzione⁶⁶. E' probabile che adattare *in toto* tali politiche al di fuori del mondo lavorativo nordamericano non sia possibile, né desiderabile; tali esempi, però, contribuiscono a fornire una idea approssimativa dell'impegno che, almeno ufficialmente, molte società statunitensi mostrano nel combattere la corruzione al proprio interno.

5.4. Le verifiche.

Alcune aziende statunitensi hanno adottato altri tipi di 'misure protettive' per assicurarsi che la normativa del FCPA sia effettivamente fatta propria dai dipendenti. La procedura di controllo più comune è l'obbligo, a carico del personale che si occupa di transazioni con funzionari pubblici stranieri, di eseguire una certificazione periodica di non aver violato il FCPA. Il maggior vantaggio di questo obbligo - a prima vista piuttosto ingenuo - è il fatto che il dipendente viene incentivato a prendere dimestichezza con la normativa applicabile alle operazioni sotto la sua responsabilità.⁶⁷

5.5. Altre procedure interne.

Altri tipi di controllo interni alla società sono quelli che prevedono una figura indipendente all'interno dell'azienda che si occupi specificamente di considerare se i pagamenti o, in generale, le transazioni compiute possano essere ritenute illegali sulla base del FCPA; in questo modo si vuole rafforzare nell'osservatore esterno - quali la SEC o il Dipartimento della Giustizia - l'impressione di un serio impegno nel creare meccanismi meno influenzabili per controllare l'onestà del proprio personale⁶⁸.

Alcune società hanno inoltre inserito una esplicita disposizione perché nella valutazione del comportamento individuale ai fini della carriera interna all'azienda siano considerati i requisiti di onestà imposti dal FCPA. Era stato fatto notare, infatti, che per concludere un importante affare in alcune *corporation* i dipendenti avessero ritenuto legittimo soprassedere alla rigida applicazione della legge o della politica aziendale in materia di corruzione. In questi casi, il singolo non agisce illegalmente su richiesta esplicita della società, ma il suo comportamento è spesso dettato dalla volontà di mettersi in buona luce con i superiori procurando un vantaggio aziendale. Negare con forza che un tale comportamento possa conferire un qualche vantaggio in termini di carriera contribuisce alla creazione di un ambiente meno 'corrotto'.

6. Le azioni intraprese dalle società soggette al FCPA: i controlli su terzi soggetti.

Come è già stato evidenziato brevemente, le società soggette al FCPA possono essere considerate responsabili anche se non hanno direttamente pagato tangenti, ma hanno coscientemente (*knowingly*) effettuato un pagamento attraverso un terzo intermediario. Transazioni illegali compiute da società sussidiarie o *partner* in una *joint-venture* - ma anche da agenti, rappresentanti, consulenti - possono risultare in una responsabilità, civile o penale, in capo alla società. In questo modo, per le società statunitensi è divenuto particolarmente oneroso trattare affari con società sotto il controllo statale, i cui dipendenti possono essere considerati da un tribunale 'pubblici ufficiali', possibili destinatari di tangenti secondo il FCPA. Il requisito della colpa (la semplice conoscenza) per i reati così configurati, inoltre, include sia l'effettiva conoscenza sia i casi in cui il tribunale ritenga molto probabile l'illegittimità dei comportamenti dell'intermediario.

Tale notevole estensione della responsabilità ha costituito un potente incentivo per la creazione, da parte delle società, di misure di controllo per dimostrare di agire sempre secondo parametri di *due diligence*.⁶⁹ Tale requisito risulta evidentemente piuttosto generico se ci si limita alla lettura del testo del FCPA; ma la successiva pratica -da parte delle imprese coinvolte

e da parte delle autorità statunitensi - può suggerire alcuni commenti in proposito. Tali procedure, a differenza di quelle precedentemente analizzate, non sono istituite per prevenire i comportamenti illeciti da parte di dipendenti della società, ma per evitare che l'incauta fiducia riposta in terzi intermediari crei una responsabilità in capo alla società. In altre parole, lo *standard* della conoscenza (*knowingly*) è stato interpretato come un obbligo in capo alla società di controllare, ove sia ragionevolmente possibile, le attività commerciali dei terzi intermediari coinvolti in un pagamento a funzionari pubblici stranieri.

6.1. Selezione e scelta dell'intermediario.

I metodi con cui tale controllo viene esercitato variano a seconda delle situazioni, ma possono essere esemplificati dalle seguenti procedure. La prima procedura consiste nel raccogliere informazioni - tramite questionari⁷⁰, interviste,⁷¹ indagini⁷² - su un futuro possibile intermediario, prestando attenzione all'esperienza, alle referenze, ai legami con Governi stranieri e alla sua affidabilità finanziaria. Tali informazioni sono poi valutate per decidere se l'intermediario costituisca un rischio eccessivo sulla base dei parametri imposti dal FCPA. A questo riguardo, gioca un ruolo importante l'analisi, dal punto di vista legale, delle società che si intendono contattare come possibili intermediari in un affare. Il criterio della *due diligence*, infatti, si applica anche al 'profilo giuridico' del terzo; per evitare la menzionata 'responsabilità indiretta' sarà cura della società soggetta al FCPA assicurarsi che il futuro intermediario segua pedissequamente la normativa anti-corruzione statunitense, oltre che la propria.⁷³ In particolare, la situazione di eventuali soci, funzionari o dipendenti della società intermediaria che abbiano cariche pubbliche deve essere attentamente valutata e, se del caso, affrontata.

Un passo ulteriore è quello di selezionare i possibili intermediari sulla base di una sorta di 'gara d'appalto' che come elemento ai fini della selezione preveda la volontà e l'oggettiva capacità dell'intermediario di aderire al FCPA. In particolare, le società dovrebbero richiedere ai possibili candidati tutta la documentazione che ritengono possa essere rilevante a riguardo. Tale documentazione potrà a sua volta essere esibita alle autorità per dimostrare che la scelta di quella determinata società era stata fatta ritenendo ragionevolmente che l'intermediario sarebbe stato in grado di assolvere i propri obblighi in relazione ai problemi di corruzione. Gli elementi di prova comunemente richiesti dalle *corporation* statunitensi in relazione a tale obbligo riguardano: la reputazione, la stabilità finanziaria, la conoscenza delle norme applicabili nel campo e nell'area geografica interessata. Inoltre, sono considerati segnali da valutare attentamente: il fatto che pagamenti equiparabili a corruzione siano una tradizione del Paese in questione⁷⁴; compensi eccezionalmente alti richiesti dall'intermediario; il rifiuto da parte

dell'intermediario di sottoscrivere un impegno ad astenersi da pagamenti illegali; mezzi di pagamento insoliti (contanti) o pagamenti attraverso conti bancari in Paesi terzi.

Infine, per poter dimostrare ancora più efficacemente l'adempimento dell'obbligo di *due diligence* nel caso specifico, una volta identificato un numero ragionevole di candidati possibili, la società potrà rivolgersi ad un terzo che compia altri studi indipendenti sui soggetti e proponga quello che appare più adatto. Le società statunitensi utilizzano a questo fine sia consulenti privati sia le Camere di Commercio Statunitensi presenti in quasi tutti i Paesi.

6.2. Contratti.

Le procedure di controllo sui terzi coinvolti in rapporti d'affari con società e governi stranieri messe in atto dalle società statunitensi prevedono spesso che sia inserita una clausola contrattuale specifica sulle politiche anti-corruzione accettate da entrambi i contraenti⁷⁵. Tali clausole sono anche inserite in contratti con società controllate e *joint-ventures*. Esse non solo prevedono spesso l'obbligo dell'intermediario di mantenere una contabilità accurata, completa e trasparente, ma anche quello di avvalersi della consulenza di legali indipendenti per la valutazione delle principali operazioni. Inoltre, è normalmente sancita la possibilità di rescindere il contratto unilateralmente in caso di violazione degli obblighi anti-corruzione e viene previsto un indennizzo da parte dell'intermediario alla società direttamente soggetta al FCPA per eventuali danni derivanti dalla violazione dell'Atto - quali sanzioni da parte della SEC o perdita di contratti. Una serie di strumenti per facilitare il controllo da parte del contraente completa in genere il quadro; tali mezzi possono comprendere: l'obbligo di utilizzare mezzi di pagamento diretti e facilmente controllabili; il diritto della società di compiere controlli casuali sull'intermediario e sulle operazioni da questi effettuate; la necessità di documentare ogni spesa.

E' stato notato che, in ogni caso, il controllo che la società soggetta al FCPA può esercitare sull'intermediario rimane minimo nella pratica degli affari quotidiana. Giova ricordare, comunque, che il fine di tali azioni rimane quello di poter dimostrare una cura particolare - possibilmente al di sopra dello standard di *due diligence* richiesto dal FCPA - nella scelta dell'intermediario e nella preparazione del contratto; ciò, se del caso, contribuirà a dimostrare in tribunale che la società ha effettivamente compiuto sforzi sostanziali per adempiere ai propri obblighi.

6.3. Controlli e monitoraggio.

Una volta che i controlli preliminari siano stati effettuati, la relazione commerciale con l'intermediario iniziata e il contratto con le clausole anti-corruzione entrato in vigore, la società

può proteggersi ulteriormente mettendo in opera altre procedure di controllo. Innanzi tutto, la società direttamente soggetta al FCPA deve avere cura di applicare effettivamente le clausole previste nel contratto e negli accordi, per esempio rifiutandosi di accettare ricevute che non contengano una dettagliata descrizione dei servizi resi. Potrà, inoltre, richiedere che ogni contatto con autorità pubbliche sia formalizzato in una scrittura privata o in un atto pubblico e che nemmeno l'intermediario accetti di compiere pagamenti in contanti.

E' inoltre necessario assicurarsi che l'intermediario, scelto anche sulla base dei criteri sopra descritti, non muti atteggiamento: dal momento che la società soggetta al FCPA può essere considerata responsabile in ogni momento del proprio rapporto, anche indiretto, con funzionari pubblici stranieri, è infatti importante assicurarsi che l'onestà del terzo intermediario rimanga tale per tutto il tempo della durata del contratto. A questo riguardo, se si sospetta un pagamento illecito, è necessario predisporre meccanismi efficaci per investigare e, eventualmente, prendere ogni misura fino a rescindere il rapporto che lega la società all'intermediario. Infatti, dopo che le autorità statunitensi acquisiscono prove riguardanti pagamenti illegittimi da parte dell'intermediario a funzionari pubblici, ogni pagamento della società allo stesso terzo intermediario può essere considerato in violazione della normativa anti-corruzione. In altre parole, le società soggette al FCPA devono mantenere una vigilanza continua e ogni passaggio di denaro compiuto in assenza di tale vigilanza - non 'di facciata', ma idonea, se necessario, a prendere i provvedimenti necessari - potrà essere valutata dalle autorità statunitensi come indizio di colpevolezza e, quindi, di responsabilità civile e penale sulla base del *Foreign Corrupt Practices Act*.

7. Alcuni casi.

Il FCPA, prima della riforma del 1998, era applicabile alle due categorie di 'issuer'⁷⁶ e 'domestic concern'⁷⁷. 'Issuer' è ogni società - statunitense o meno - che commerci in titoli soggetti a registrazione negli Stati Uniti presso la Securities and Exchange Commission⁷⁸. Il criterio di collegamento, in questo caso, è dato non dalla nazionalità della società o dal luogo in cui essa svolge i propri affari, ma dal semplice fatto che usufruisca in modo sensibile del mercato statunitense. 'Domestic Concern' è, invece, "(A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and (B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States"⁷⁹. A questi si aggiungono "officer, director, employee, or agent of such domestic concern"⁸⁰.

Alcuni casi decisi da tribunali statunitensi⁸¹ sono importanti per la definizione del concetto di *domestic concern*. Questa, comprensibilmente, risulta essere particolarmente rilevante per definire se uno straniero possa essere soggetto o meno al FCPA.

7.1. Il caso Dooley.

Nel caso *Dooley v. United Technologies Company (UTC)*⁸², le autorità sospettavano che alcuni cittadini sauditi e una società britannica, i quali agivano per conto della UTC, fossero coinvolti in un vasto piano criminale per aggiudicarsi la commessa di elicotteri prodotti da quest'ultima al governo saudita. Una delle prime difese sollevate dai convenuti era stata che i cittadini sauditi e la società britannica, di per loro, non potevano essere considerati *domestic concern*, in quanto non avevano alcun collegamento stabile con gli Stati Uniti. Dooley fece notare che la proibizione di pagare tangenti si estende anche agli agenti dei *domestic concern*, e, in questo caso, il FCPA non specifica che tali agenti debbano essere statunitensi. I convenuti opposero che il Congresso non aveva voluto estendere ai cittadini stranieri la proibizione di pagare tangenti a funzionari stranieri, e che, dunque, le corti statunitensi non avevano giurisdizione. Il tribunale, da un lato, ammise che in generale il FCPA non fornisce un titolo di giurisdizione su cittadini stranieri, ma sostenne anche che, per comprendere appieno il significato della legge, l'interprete deve guardare a tutto l'atto in questione, senza limitarsi alla lettura di una sola parte. In questo modo, leggendo la parte del FCPA relativa alle sanzioni⁸³, i giudici raggiunsero la conclusione che cittadini stranieri possono essere soggetti, in determinate circostanze, ad alcune disposizioni del FCPA se si sono in qualche altro modo assoggettati alla giurisdizione statunitense. Quindi, ragionò il tribunale, alcune persone fisiche - e non persone giuridiche, le quali non possono essere considerati veri e propri agenti -, ancorché fuori dal territorio degli Stati Uniti, sono ritenute soggette alla giurisdizione statunitense se hanno liberamente accettato di rappresentare con un contratto di agenzia un *domestic concern*. Ciò senza alcun riguardo, si badi, per il loro luogo di residenza o per il Paese dove abbiano effettuato il pagamento o per la nazionalità del pubblico ufficiale che abbia ricevuto tale pagamento. Questo principio, che responsabilizza gli agenti di un *domestic concern* statunitense, sembra poter essere applicabile, *mutatis mutandis*, anche ad amministratori, consiglieri e impiegati di ogni livello⁸⁴.

7.2. Il caso Montedison.

Nel 1996 la *Securities and Exchange Commission* iniziò ad indagare su una società italiana, la Montedison S.p.A. per violazione della normativa anti-corruzione e delle disposizioni contabili per le società che commerciano titoli sul mercato statunitense. Per quanto riguarda la

presunta corruzione di pubblici ufficiali, i capi d'accusa ricomprendevano pagamenti, da parte di tale società italiana, tramite propri dipendenti di nazionalità italiana - residenti in Italia - a funzionari pubblici italiani. Il fatto che non esistesse alcun collegamento - diretto o indiretto - con gli Stati Uniti non trattenne le autorità dall'indagare ulteriormente. Come è stato accennato, il FCPA si applica ad un *issuer* che abbia titoli registrati sulla base dell'Exchange Act del 1934; tale parte della normativa, a differenza di quella sui *domestic concern*, non opera alcuna distinzione fra *issuer* statunitensi e stranieri. La Montedison vendeva a quell'epoca ADR (*American Depository Receipts*) a Wall Street e, per questo, era registrata presso la SEC; in tale modo, secondo gli inquirenti, aveva accettato spontaneamente di essere soggetta alla giurisdizione statunitense. Quando la Commissione comunicò i capi di accusa alla Montedison, però, le uniche violazioni contestate furono irregolarità nella compilazione dei registri contabili collegate ai pagamenti sospetti. In sostanza, la Montedison avrebbe commesso un illecito per aver occultato nella propria contabilità il fatto che parte dei fondi societari venivano utilizzati per fini 'illeciti'. In questo caso, il collegamento di speciale interesse per le autorità statunitensi era probabilmente costituito dal possibile effetto sul mercato e sugli investitori statunitensi delle dichiarazioni fuorvianti presentate dalla Montedison e destinate al pubblico. Ad ogni modo, le autorità si limitarono a richiedere le sanzioni per la violazione delle disposizioni contabili e non anche quelle anti-corruzione vere e proprie⁸⁵. Se, nell'ambito dei propri poteri discrezionali, la SEC o il Dipartimento della Giustizia avessero deciso di proseguire con la denuncia per presunte tangenti si sarebbe potuto innescare un potenziale conflitto fra giurisdizioni diverse, reso ancora più acuto dall'obbligatorietà dell'azione penale vigente in Italia. Le autorità statunitensi hanno agito in tale modo probabilmente riconoscendo che le medesime pratiche corruttive - al contrario delle violazioni contabili - erano un 'affare' completamente italiano, Paese dove il pagamento di tangenti è reato, proprio come negli Stati Uniti⁸⁶.

7.3. Il caso Adler.

Nell'affare *Montedison*, la teoria degli effetti negli Stati Uniti avrebbe potuto essere utilizzata - pur a costo di causare possibili conflitti con le autorità italiane - per perseguire e condannare una società straniera sulla base del FCPA. In quella situazione, però, la SEC si limitò a proporre un'azione legale per la sola violazione della normativa contabile. Nel caso *Adler v. Nigeria*⁸⁷, un cittadino statunitense citò in giudizio⁸⁸ la Repubblica della Nigeria, la Banca nazionale nigeriana e alcuni funzionari governativi⁸⁹ per ottenere una considerevole somma di denaro che aveva in precedenza pagato per ottenere alcuni favori da questi ultimi. In questo frangente i giudici ritennero che nulla in principio vieta ai tribunali statunitensi di considerare casi di corruzione se il pagamento abbia un 'effetto diretto' negli Stati Uniti.

7.4. Il caso Saybolt.

Un ulteriore caso che ha visto discussa la portata extraterritoriale del FCPA è il caso *Saybolt*⁹⁰. Va subito sottolineato che, nel caso Saybolt, le indagini del Ministero della Giustizia statunitense non hanno portato ad un processo in aula, perché la società ha preferito patteggiare la pena - tramite l'istituto del *plea-bargain* - ed evitare il tribunale. Ciò detto, l'accordo raggiunto dalle parti rappresenta un importante precedente legale sotto molti aspetti, e vale quindi la pena di analizzarlo. Nel 1998, il Dipartimento della Giustizia statunitense iniziò a raccogliere informazioni su presunti pagamenti dell'ammontare di cinquantamila dollari da parte della Saybolt Inc. e della Saybolt North America Inc. al Ministro panamense per le risorse minerarie in cambio di concessioni e vantaggi fiscali. Le due società, costituite negli Stati Uniti e controllate da una olandese, si dichiararono colpevoli e furono multate per una somma di un milione e mezzo di dollari⁹¹. Ma l'aspetto forse più interessante del caso è che uno degli amministratori di Saybolt venne indagato nonostante fosse cittadino e residente olandese. In modo simile a quello che successe in *Dooley*, un cittadino straniero, residente all'estero, fu implicato in una indagine circa due società statunitensi per il fatto di esserne amministratore, e venne ritenuto colpevole.

7.5. Il caso Castle.

Da questi due ultimi casi, emerge la tendenza delle autorità statunitensi a ritenere che individui stranieri e, in determinati casi, società straniere, possano essere soggetti alla loro giurisdizione per condotte compiute al di fuori degli Stati Uniti.

Vi è però l'altro lato della corruzione, che potrebbe essere definito - per usare una terminologia economica - il lato della 'domanda' in opposizione a quello dell' 'offerta' dei pagamenti per fini corruttivi. Alcuni studiosi di area anglosassone hanno fatto presente che la lotta nei confronti della corruzione, anche a livello internazionale, non può essere vinta se non colpendo anche i pubblici ufficiali che vi siano implicati in quanto impongono tali pagamenti; sono, anzi, questi soggetti che la maggior parte delle volte si trovano in una posizione di 'potere' (amministrativo, discrezionale) nei confronti di imprenditori e altri operatori economici⁹². D'altra parte, se l'estensione della giurisdizione di un Paese per colpire il pagamento avvenuto all'estero di somme illegali a pubblici ufficiali stranieri è sovente considerata eccessiva, si può facilmente prevedere che il tentativo di punire non solo chi paghi la tangente ma anche chi la riceva (si ripete, pubblico ufficiale di uno Stato estero) possa suscitare reazioni ancora più indignate.

In questo senso, appare paradigmatica la decisione del caso *United States v. Castle*⁹³. Tramite uno schema complesso di intermediari, assegni, sconti e false dichiarazioni, la società

statunitense “Eagle Bus” aveva pagato cinquantamila dollari canadesi alla Saskatchewan Transportation Company (STC, ente pubblico canadese) al fine di assicurarsi la commessa per undici pullman. La società americana (Eagle) e i suoi amministratori non furono perseguiti grazie alla collaborazione che prestarono agli inquirenti e per la difficoltà di dimostrare il dolo specifico. Al contrario, l’intermediario accettò il patteggiamento per collusione nella violazione delle normativa anti-corrruzione del FCPA. Quello che risulta importante, però, è che i pubblici ufficiali canadesi della STC, come ci si potrebbe aspettare, non furono processati, perché funzionari stranieri. Per questa esclusione, il Dipartimento della Giustizia propose appello; il procuratore si dichiarò d’accordo sul fatto che, in genere, i pubblici ufficiali stranieri non dovrebbero essere soggetti alla normativa specifica dettata dal FCPA, il quale non nomina espressamente i pubblici ufficiali; egli, però, tentò di dimostrare che, in quanto partecipi del disegno criminale, tali pubblici ufficiali avrebbero potuto essere processati e condannati secondo la norma generale sul concorso (*conspiracy*) in una specifica condotta criminale. La Corte d’Appello confermò il giudizio di primo grado, sancendo che l’intento del legislatore appariva chiaro nell’escludere i pubblici ufficiali dall’ambito di giurisdizione del FCPA. Tale proibizione specifica non può essere superata tramite il richiamo al principio generale sul concorso e, in questo modo, i pubblici ufficiali stranieri (il ‘lato della domanda’ della corruzione) sembrano essere definitivamente esclusi dall’ambito di applicazione del FCPA⁹⁴.

8. La lotta alla corruzione in una prospettiva multilaterale.

Il FCPA fu concepito e messo in atto negli anni Settanta da un Congresso statunitense preoccupato sostanzialmente per la perdita di credibilità del ‘sistema americano’ e per rassicurare gli investitori della fondamentale moralità dello stesso. Negli anni, questo tipo di legislazione è stato oggetto di varie critiche, sia all’interno del sistema che esso intendeva proteggere, sia all’esterno, da parte di osservatori preoccupati per l’invadenza del legislatore statunitense nei confronti di altre giurisdizioni⁹⁵.

D’altra parte, vi sono alcuni insegnamenti che possono essere tratti dal FCPA per tutti i sistemi giuridici che intendano combattere in qualche modo la corruzione a livello internazionale. In primo luogo, l’esperienza statunitense è particolare, in quanto, all’emanazione di una normativa che criminalizza il pagamento di tangenti all’estero, si sovrappone un cultura della discezionalità dell’azione penale, che fa inoltre ampio uso dello strumento del *plea-bargain* per raccogliere informazioni e evitare lunghi e dispendiosi processi. A prescindere dalla riflessione sulla possibilità di inserire tali meccanismi nella cultura giuridica continentale europea, bisogna riconoscere che l’applicazione del FCPA è stata piuttosto

modesta, sia nella quantità di casi effettivamente discussi di fronte alla magistratura giudicante statunitense sia nella 'qualità', espressa dalla decisione di interpretare piuttosto restrittivamente la portata della giurisdizione statunitense nei casi specifici. In tal senso, gli inquirenti (SEC e Dipartimento della Giustizia) non hanno incriminato la Montedison per violazione della normativa anti-corruzione, ma solo per irregolarità nei registri contabili⁹⁶; le corti hanno rifiutato di estendere la punibilità sulla base del FCPA ai funzionari pubblici stranieri e hanno cercato di definire l'effetto diretto dei pagamenti illeciti sul mercato statunitense per giustificare l'esercizio della giurisdizione⁹⁷. Questo potrebbe suggerire una riflessione su quanto, effettivamente, il FCPA serva gli interessi economici statunitensi nel mondo o su quanto, invece, esso non sia piuttosto un mero 'manifesto' per la politica commerciale che gli Stati Uniti intendono promuovere per l'economia globale.

Il secondo insegnamento che l'applicazione del FCPA suggerisce è collegato a questa ultima riflessione. Se una legge teoricamente così aggressiva nei confronti della corruzione all'estero non è stata nella realtà applicata in tutto il suo potenziale, nonostante sia stata approvata più di venti anni fa dalla prima potenza economica mondiale in un momento di grave preoccupazione per tale problema, forse il motivo è da ricercarsi nell'inefficacia del modello proposto dal legislatore statunitense nel 1977. Il ragionamento è semplice. Negli ultimi anni si sono moltiplicati gli interventi internazionali per contrastare il fenomeno della corruzione; non è chiaro quali siano stati i molteplici motivi per cui tale azione, segno di un sostanzialmente nuovo interesse da parte della comunità internazionale⁹⁸, si sia sviluppata in particolare proprio fra la fine degli anni Ottanta e gli anni Novanta⁹⁹. In ogni caso, e a prescindere dalle ragioni, l'attenzione degli Stati si è concentrata, nell'ultimo decennio, sul problema della corruzione transnazionale come mai prima, e ciò potrebbe essere dovuto alla maggiore consapevolezza - sempre più condivisa a livello globale dagli operatori politici - dei costi economici in termini di inefficienza da essa creati¹⁰⁰. Si giunge a parlare di una vera e propria rivoluzione concettuale che avrebbe creato una nuova coscienza in politici e funzionari pubblici anche nei Paesi in via di sviluppo, i quali non vedrebbero più la lotta alla corruzione come una lotta imperialista da parte dei Paesi maggiormente sviluppati per 'esportare' le proprie concezioni etiche in materia¹⁰¹.

Segno di tale disillusione nei confronti dell'azione unilaterale potrebbe essere il fatto che anche il mondo politico statunitense sembra aver parzialmente 'corretto la rotta' del proprio impegno; infatti, durante il periodo dell'amministrazione Clinton (1992-2000), l'azione unilaterale - che pure ha goduto di maggiore popolarità rispetto alle due amministrazioni precedenti¹⁰² - è stata affiancata da una robusta azione diplomatica che ha permesso di raggiungere alcuni rilevanti risultati a livello multilaterale¹⁰³. Le azioni che hanno ricercato un consenso multilaterale sono state prese nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati Americani

(OAS)¹⁰⁴, dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)¹⁰⁵ e dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Europei (OECD)¹⁰⁶; tali iniziative rappresentano il risultato di un cambiamento fondamentale nel panorama geopolitico internazionale, dove la cooperazione economica è un interesse condiviso in misura maggiore rispetto ai tempi precedenti¹⁰⁷. E' degno di nota che la già citata azione dell'OECD non si è limitata alla promozione di un trattato multilaterale; le più recenti iniziative di questa organizzazione intergovernativa contemplano tentativi per coinvolgere tutti i soggetti interessati nella discussione sulle regole minime internazionali da porre e rispettare¹⁰⁸. Infine, si è assistito allo sviluppo di una maggiore consapevolezza dei mali della corruzione anche in parte della cosiddetta 'società civile' e non solo da parte delle *élites* politiche ed economiche¹⁰⁹.

Né tali risultati sono rimasti confinati all'ambito, relativamente ristretto, dei Paesi appartenenti a organizzazioni regionali, al WTO o all'OECD. Un esempio recentissimo di strategia 'globale' è fornito dalle Nazioni Unite stesse, le quali, tramite l' *Office for Drug Control and Crime Prevention* (ODCCP) sotto la direzione di Pino Arlacchi, hanno recentemente elaborato la *Convention against Transnational Organized Crime*¹¹⁰ (Convenzione ONU), che si occupa, fra l'altro, della corruzione a livello internazionale¹¹¹. Il fine di questo trattato multilaterale è evidentemente quello di limitare le differenze fra diversi sistemi giuridici che hanno ostacolato la cooperazione internazionale contro il crimine organizzato e, a questo scopo, di porre alcuni *standard* internazionali per i legislatori nazionali. L'art. 8 di questa Convenzione esplicitamente prevede che il reato di corruzione di pubblico ufficiale sia sanzionato negli ordinamenti degli Stati parte, e questo risulta essere già un passo estremamente importante. Si riconosce, infatti, che in vari Paesi la corruzione ha contribuito allo sviluppo del grande crimine organizzato e, perciò, è divenuta una preoccupazione condivisa dalla comunità internazionale.

Per quanto riguarda l'aspetto della giurisdizione, l'art. 15 della Convenzione ONU prevede che ogni Stato parte sia *obbligato* ad assicurarne l'esercizio - quanto alla corruzione di pubblici ufficiali - se la condotta ha luogo sul proprio territorio (o nave o velivolo); inoltre, lo Stato parte *può* esercitare la giurisdizione sui propri nazionali o residenti abituali ovunque essi commettano l'azione (art. 15 §2 (b)). Infine, la previsione dell'art. 15 §2 (a) ("a State Party may also establish its jurisdiction over any such offense when...(a) The offense is committed *against a national* of that State Party") potrebbe suggerire che uno Stato parte abbia la *facoltà* di legiferare e indagare con riguardo a qualsiasi persona sospettata di corrompere i suoi pubblici ufficiali ovunque tale condotta avvenga; si potrebbe persino ipotizzare la giurisdizione di uno Stato parte nel caso un nazionale subisca un danno a causa di un atto di corruzione, senza

riguardo per la cittadinanza del corruttore o per l'ambito territoriale in cui la condotta si sarebbe verificata.

In tal modo, per la prima volta in una convenzione internazionale a vocazione universale, si tenta di creare responsabilità per atti di corruzione in capo a persone fisiche e giuridiche. Inoltre, richiedendo ai singoli Paesi di contrastare il fenomeno, si lascia ai legislatori nazionali il compito di identificare le modalità dei singoli interventi, sulla base dei differenti sistemi giuridici¹¹². In tal modo, viene espressa la consapevolezza diffusa che la corruzione non rispetta le frontiere fra nazioni sovrane e che uno Stato non può più ritenere inoffensivo un comportamento illecito solamente perché i suoi funzionari pubblici non sembrano implicati; in un certo qual senso, uno specifico atto di corruzione colpisce tutti gli attori interessati alla riduzione della criminalità trans-nazionale.

Appare evidente che sarà necessario monitorare le differenti legislazioni di esecuzione interna di questa Convenzione prima di trarne insegnamenti generali; nonostante questo, una direzione nello sviluppo della lotta alla corruzione sembra tracciata, ed è uno sviluppo che non si basa su azioni unilaterali da parte di alcuni Paesi, quanto piuttosto su un concerto di intenti da parte di Stati che - pur trovandosi in situazioni sociali, economiche e culturali profondamente diverse fra loro - accettano di dotarsi di alcune norme comuni minime. Sembra svilupparsi un *trend* a livello globale che non rifiuta *in toto* le iniziative anti-corruzione prese da singoli Paesi, ma tende ad inserirle in una strategia a più livelli; ed è questa una strategia che non offre il vantaggio di creare un panorama uniforme nella lotta alla corruzione a livello globale, almeno nel breve e medio termine, ma fa sì che diversi Paesi, con differenti culture e grado di sviluppo economico, possano dotarsi di strumenti analoghi, possono cioè 'parlare lo stesso linguaggio', anche se con sfumature e con accenti diversi.

In questo senso, il FCPA continua ad indicare una possibile (anche se non unica) strada per combattere la corruzione nel commercio internazionale.¹¹³ È opinione comune fra gli studiosi della materia che esso abbia influito notevolmente sulla *corporate culture* delle società statunitensi e sulla loro condotta; ciò ha portato molti a pensare, forse con eccessivo ottimismo, che gli strumenti internazionali elaborati in questi anni potranno ottenere facilmente un risultato simile a livello mondiale basandosi su questo specifico esempio¹¹⁴. D'altra parte, una maggiore prosperità del sistema economico nel lungo termine dipende anche da norme giuridiche efficaci che assicurino, fra l'altro, un alto grado di trasparenza dei bilanci societari; tale '*glasnost*' - non nel governo politico e nelle strutture amministrative, ma in quello finanziario ed economico - aborrisce la corruzione e gli strumenti che vengono utilizzati per nasconderla agli occhi del pubblico¹¹⁵.

Note

- ¹ Legge n. 300 del 29 settembre 2000. La Legge reca “Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all’articolo K. 3 del Trattato sull’Unione Europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica”.
- ² *The Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions* (d’ora in poi, Convenzione OECD) del 17 dicembre 1997 è entrata in vigore a livello internazionale il 15 febbraio 1999. Ad essa hanno aderito tutti i membri OECD e quattro Stati oggi non-membri (Argentina, Brasile, Bulgaria, Cile).
- ³ SURJADINATA, *Revisiting Corrupt Practices from a Market Perspective*, in Emory International Law Review, vol. 12 (1998), p. 1021.
- ⁴ Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub. L. No. 95-213 (1977). Il testo del FCPA ha modificato in varie parti il volume 15 dello United States Code (U.S.C.), in particolare i §§ 78 dd-1, dd-2, 78ff.
- ⁵ In particolare, v. CORR E LAWLER (*Damned If You Do, Damned If You Don’t? The OECD Convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures*, in Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 32, 1999, p. 1252), che si spingono fino a definire il FCPA “the precursor of the OECD Convention”.
- ⁶ MATHEWS, *Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: the Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements*, in Journal of International Law and Business, vol. 18 (1998), nota 8.
- ⁷ Cfr. U.S.C., vol. 1, § 1, dove si sancisce: “the words ‘person’ and ‘whoever’ include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals”. In Europa continentale - il caso italiano appare paradigmatico -, il concetto di colpa ha invece generalmente costituito un ostacolo al superamento del principio espresso dal brocardo latino *societas delinquere non potest*; d’altra parte, è anche vero che una evoluzione in senso contrario sembra essere promossa dal processo di unificazione europea. In particolare, il secondo protocollo della Convenzione UE sulla tutela degli interessi finanziari comunitari (artt. 3 e 4) incoraggia gli Stati membri ad adottare misure che rendano le persone giuridiche responsabili per i reati di frode, riciclaggio e corruzione. Gli Stati membri godono, in questo senso, di ampia discrezionalità su come attuare tale invito, ma la Relazione esplicativa (punto 4.3) specifica che “le sanzioni [...] dovrebbero avere [...] un certo carattere punitivo, andando oltre il mero risarcimento dei danni o la restituzione dell’arricchimento indebito”. Su questa evoluzione, si veda FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in questa Rivista, vol. 4 (2000). Anche la Convenzione OCDE (art. 2) richiede agli Stati Parti di prendere le misure necessarie perché, sulla base del sistema giuridico vigente, sia assicurata una forma di responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione di pubblici ufficiali stranieri.
- ⁸ Cfr. *infra*, caso United States v. Castle.
- ⁹ La Commissione per la Borsa, crata negli anni Trenta per difendere i risparmiatori attraverso una politica di pubblicità - *disclosure* - da parte delle società quotate. La SEC si occupa di applicare il *Securities Act* (1933), il *Securities Exchange Act* (1934), l’*Investment Adviser’s Act* (1940), l’*Investment Company Act* (1940) e altri.
- ¹⁰ Cfr. MATHEWS, cit. L’autore sostiene, a p. 305, che “After a prolonged lull in the Reagan and Bush administrations, the Securities and Exchange Commission [...] and the Department of Justice [...] renewed prosecutorial interest in the civil and criminal enforcement of the foreign bribery/corrupt foreign payments provisions” del FCPA.

- ¹¹ Per una lista esaustiva di tali atti, cfr. LOWELL BROWN, *The Extraterritorial Reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery*, in Hastings International and Comparative Law Review, vol. 22, 1999, pag. 522.
- ¹² Reato di riciclaggio di denaro, previsto dal 18 U.S.C. § 1956(a)(2).
- ¹³ Violazione del *Travel Act*, 18 U.S.C. § 1961-1968.
- ¹⁴ Portare \$10.000 o più al di fuori degli Stati Uniti necessita la comunicazione alle autorità sulla base del *Currency and Foreign Transactions Reporting Act*, 31 U.S.C. § 5311-5330.
- ¹⁵ Un esempio è lo *Arms Export Control Act*, 22 U.S.C. §2779 con i relativi regolamenti attuativi.
- ¹⁶ Cfr. *Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. 162(c) (1994).
- ¹⁷ POSADAS, *Combating Corruption under International Law*, in Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 10, 2000, pp. 348.
- ¹⁸ Sul ruolo del caso Watergate nella genesi del FCPA, cfr. in generale MUFFLER, *Proposing a Treaty on the Prevention of International Corrupt Payments: Cloning the FCPA is Not the Answer*, in ILSA Journal of International and Comparative Law, vol. 1, 1995, p. 5.
- ¹⁹ Per quattro delle società, le informazioni derivanti dalle indagini Watergate risultarono decisive (Gulf Oil Corporation, Phillips Petroleum Company, Northrop Corporation and Ashland Oil Incorporated); le indagini sulla quinta (United Brands Corporation).
- ²⁰ La SEC offrì di non prendere alcuna misura contro quelle società che avessero reso pubblici pagamenti di natura dubbia già effettuati e avessero accettato di creare misure interne efficaci al fine di prevenire futuri episodi di corruzione. A questo riguardo, si veda la Nota intitolata *Disclosure of Payments to Foreign Government Officials Under the Securities Act*, in Harvard Law Review, vol. 89, pp. 1848 ss. (1976).
- ²¹ Nel dichiarare aperta la prima udienza pubblica, il Senatore Frank Church descrisse le preoccupazioni del Comitato inquirente non una "question of private or public morality" ma piuttosto un "major issue of foreign policy for the United States".
- ²² Il fatto che, formalmente, l'illegalità di determinate azioni fosse configurabile solo alla luce di ordinamenti diversi da quello americano - normalmente un ordinamento non si preoccupa di punire la corruzione all'estero - non sembrava diminuire particolarmente l'allarme sociale nei confronti delle società implicate.
- ²³ Come risultato del programma intrapreso dalla SEC, più di quattrocento società statunitensi resero pubblici pagamenti di tangenti all'estero per un totale di più di un miliardo di dollari; centodiciassette di queste risultavano essere fra le cinquecento indicate per quell'anno dalla rivista *Fortune*, fra cui Lockheed, Mobil, Exxon, McDonnell Douglas, ITT, Xerox Corporation. Cfr. CLINARD, *Corporate Corruption*, New York, 1990, p. 120. Il caso Lockheed ebbe comprensibilmente una grande eco anche al di fuori degli Stati Uniti, in Italia e non solo; per alcuni risvolti internazionali della vicenda si veda DI LIETO, *The Lockheed Agreement: a Non-binding Legal Agreement*, in The Italian Yearbook of International Law, vol. III (1977), p. 243.
- ²⁴ Un'analisi dei possibili conflitti di giurisdizione fra ordinamenti diversi derivante da recenti applicazioni del FCPA si può trovare in CRUTCHFIELD GEORGE, *On the Threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation: A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption*, in Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 32, 1999, pp. 1 ss.
- ²⁵ *Ibid.* Secondo alcune stime, le società statunitensi avrebbero perso contratti per un valore di 80 miliardi di dollari dal 1994 al 2000 a causa della concorrenza di soggetti stranieri non soggetti ad un controllo anti-corruzione (cfr. SAVAGE, *Bribery by Any Other Name is Giving Non-US Firms Advantage in Global Deals*, in Journal of Commerce, 1998, 11C, p. 3); altri autori stimano la perdita dell'economia statunitense in 15 miliardi di dollari (cfr. CRUTCHFIELD GEORGE, *On the Threshold*, cit., p. 22).
- ²⁶ Differenti vedute sul medesimo problema venivano nel frattempo fatte proprie da alcuni Paesi europei. Per esempio, il governo francese, proprio nel 1977, decise di autorizzare le tangenti versate ad agenti esteri e, tramite un artificio fiscale, consentì di dedurre le spese per *frais commerciaux exceptionnels* (Fce) dalla dichiarazione per le imposte. In pratica, era necessario richiedere una dichiarazione alla Direzione generale delle dogane incaricata del controllo dei cambi per consentire ad una società di trasferire una parte del versamento su un conto specifico. Tali somme, se pagate nell'interesse dell'impresa, potevano quindi essere dedotte dall'imponibile. Fino al 1986, inoltre, la Direzione generale delle dogane inviava al Ministro del Bilancio una notifica e il Ministero poteva concedere la propria autorizzazione; la mancanza di tale autorizzazione faceva perdere il diritto alla copertura presso la Compagnia francese delle assicurazioni per il commercio estero (Coface), ma non impediva

- la transazione né la deducibilità. Per una analisi fortemente critica di questa politica, si veda ABRAMOVICI, *Les jeux dispendieux de la corruption mondiale*, in Le Monde Diplomatique, pp. 22-23, Nov. 2000. Per un recente esempio di ammissione davanti al Parlamento britannico del pagamento di 'piccole tangenti' (*petty bribes*) da parte di British Petroleum e Unilever, si veda *Petty Corruption set to move up agenda for multinationals*, in Financial Times dell'11 gennaio 2001, p. 13.
- ²⁷ Per la trascrizione del dibattito avvenuto alla Camera dei Rappresentanti sul FCPA cfr. 123 Cong. Rec. 38, 776-779 (1977).
- ²⁸ E' da tenere presente che, nella complessa enunciazione di uno *Statute*, il legislatore statunitense lavora seguendo una stretta gerarchia di punti subordinati uno all'altro: lettera minuscola (a), numero maiuscolo (1), lettera maiuscola (A) e numero romano (i).
- ²⁹ 15 U.S.C. §78 dd-2; neretto aggiunto. *Domestic concern* è definito: "(A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and (B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States."
- ³⁰ Il Trade Act del 1988, che ha modificato il FCPA, ha sancito che le società non sono più soggette a responsabilità penale per violazione delle norme contabili, a meno che la violazione sia accompagnata da dolo specifico.
- ³¹ L'esistenza di un efficace schema per il controllo delle violazioni interne può peraltro ridurre, agli occhi delle autorità inquirenti, la responsabilità della società condannata per corruzione, nonostante lo schema non sia servito per evitare la violazione nel caso specifico. Cfr. *U.S. Sentencing Guidelines Manual*, 8C2.5(f) (1999). Una riflessione approfondita meriterebbero le implicazioni di questo meccanismo, il quale 'privatizza' in parte il controllo che le autorità pubbliche solitamente eseguono sull'elemento soggettivo della condotta criminale; il fatto che uno schema di controllo interno *di per se* funzioni come circostanza attenuante comporta, in un certo qual modo, un alto livello di fiducia del pubblico nella capacità di autoregolamentazione da parte dei soggetti privati.
- ³² Nella categoria di funzionari pubblici stranieri, sono compresi "any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization" Sono esclusi i funzionari i cui doveri sono "essentially ministerial or clerical".
- ³³ Questa disposizione sembra essere stata inserita al fine specifico di diminuire il pericolo che pagamenti ai *familiari* dei soggetti indicati possano sfuggire al controllo. Cfr. A. POSADAS, *Combating Corruption*, cit., p. 360. Essa ha comunque avuto come conseguenza di scoraggiare l'utilizzo di procacciatori o agenti - soggetti distinti giuridicamente dalla società soggetta al FCPA - che paghino tangenti ad un ente pubblico straniero. In questi casi, e grazie a questa disposizione, potrà essere richiesto di dimostrare di non aver agito sfruttando coscientemente il comportamento dell'agente. Cfr. CORR E LAWLER, *Damned If You Do, Damned If You Don't?*, cit., p. 1258.
- ³⁴ Per una ulteriore valutazione delle disposizioni che incoraggiano un controllo sostanziale da parte delle società soggette al FCPA sui terzi intermediari scelti per trattare affari all'estero, cfr. *infra*, § 7.
- ³⁵ Cfr. §§ 78 dd-1 (a), dd-2 (a), dd-3 (a).
- ³⁶ Definizione data in *United States v. Liebo*, 923 F.2d 1308, 1313 (8th Cir. 1991). Cfr. anche i lavori preparatori della legge in H.R. Rep. No. 95-640, pag. 8 (1977).
- ³⁷ Per la definizione di '*domestic concern*', v. nota 29.
- ³⁸ Tecnicamente, *issuers* sono quei soggetti che sono registrati sulla base del §12 del Securities Exchange Act del 1934 o che sottopongono alla SEC i rapporti periodici sulla base del §15(d) del Securities Exchange Act. In pratica, si tratta di tutte le società che emettono titoli negli Stati Uniti.
- ³⁹ V. nota 49.
- ⁴⁰ Espressione con cui si indica il commercio interno agli Stati Uniti ma che ha rilevanza in più di uno Stato membro dell'Unione, in quanto, per esempio, originante in uno Stato e destinato ad un altro.
- ⁴¹ Per questi ed altri esempi, cfr. BRODSKY, *Foreign Corrupt Practices Act: a Hot New Export*, in New York Law Journal, vol. 221, N. 18 (28 gennaio 1999).
- ⁴² E' un principio da tempo riconosciuto nel diritto internazionale che la nazionalità di una società commerciale, ai fini della giurisdizione cui è soggetta, viene di regola determinata dal luogo di costituzione (teoria maggiormente seguita dai Paesi di *common law*) o dalla sede sociale e dal principale luogo dove essa svolge principalmente la propria attività commerciale (la dottrina preferita

dai Paesi di tradizione 'civilistica'). Cfr. *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain)*, deciso dalla *International Court of Justice* il 5 febbraio 1970

⁴³ In genere (in un processo negli Stati Uniti), per attribuire la responsabilità di una condotta della società controllata alla controllante, è necessario che l'attore dimostri: che la società controllante abbia dominato gli affari della controllata, che tale comportamento fosse teso a trasgredire obblighi di legge o *ex contractu* e che risulti sostanzialmente ingiusto continuare a riconoscere la distinta soggettività dei due soggetti. Cfr. *United Electric Radio and Machine Workers of America v. 163 Pleasant Street Corporation*, 960 F.2d 1080 (1st Cir. 1992). Nei celebri casi *United States v. Johns-Manville*, 231 F. Supp 690 (1963) e *In re Amoco Cadiz*, 954 F.2d 1279 (7th Cir. 1992), la responsabilità della società-madre fu accertata in quanto la separata esistenza di una molteplicità di persone giuridiche fu giudicata "mere form" e, dunque, "(t)he subsidiaries were agents of the parent, and the employees of the subsidiaries acted as sub-agents of the parent corporation". Cfr., in particolare, *Johns-Manville*, cit., p. 698.

⁴⁴ Si veda ABRAMOVICI, cit.

⁴⁵ Su questa ardua distinzione, si veda BLISS E SPAAK, *The Foreign Corrupt Practices Act of 1988: Clarification or Evisceration?*, in *Law and Policy in International Business*, vol. 20, 1989, p. 447.

⁴⁶ [Le restrizioni] "shall not apply to any facilitating or expediting payment [...] the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official" (corsivo aggiunto).

⁴⁷ Un esempio è la parte del testo che recita: "[...]influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official [...]".

⁴⁸ Il testo originale puniva chiunque consegnasse qualcosa di valore a terzi, "[...] while knowing or *having reason to know* that all or a portion of such money or thing of value will be offered [...]" ad alcune persone determinate nell'atto stesso (corsivo aggiunto). Dopo il 1988, come si è visto, lo standard risulta invece essere notevolmente alzato, essendo stato eliminato il criterio della ragionevolezza della conoscenza, graduata come era a seconda della posizione del funzionario nella società; è dunque più difficile, ora, per le autorità statunitensi, dimostrare che un dipendente sia responsabile per pratiche di corruzione. La particolarità è che questo nuovo esclusivo standard si applica solo alle persone fisiche e non alle società, per le quali si vuole evitare un comportamento da "testa nella sabbia"; sostanzialmente, e in modo simile ai pagamenti attraverso terzi soggetti, la cosiddetta *deliberate ignorance* non è considerata una scriminante e non è possibile sfuggire alle sanzioni penali facendo deliberatamente in modo da non venire a conoscenza delle pratiche corruttive messe in atto dai propri dipendenti. Cfr. *infra*, § 7.

⁴⁹ Cfr. art. 4 §1 della Convenzione OECD. La Convenzione OECD obbliga lo Stato parte a prendere provvedimenti contro la corruzione *solamente* per i casi in cui la condotta avvenga in tutto o in parte sul suo territorio; nella legislazione statunitense precedente al 1998 questo era proprio l'unico caso non previsto con riguardo alla corruzione di funzionari stranieri.

⁵⁰ Cfr. art. 1 §4(a) della Convenzione OECD.

⁵¹ Cfr. art. 1 §1 della Convenzione OECD (definizione del crimine).

⁵² I cinque anni di carcere possono essere considerevolmente aumentati per circostanze aggravanti o altre speciali disposizioni contenute nelle *U.S. Sentencing Guidelines Manual*.

⁵³ EISENBERG, *Foreign Corrupt Practices Act*, in *American Criminal Law Review*, vol. 37 (2000), p.612.

⁵⁴ Per altri casi di applicazione del FCPA, v. *infra* § 8.

⁵⁵ Quest'ultimo elemento è ancora più 'grave' per un ordinamento basato sul *common law*, dove avvocati e, in genere, operatori del diritto, sono abituati a pensare in termini di *case-law*.

⁵⁶ Bisogna tenere presente che nell'ordinamento statunitense è assolutamente estranea la nozione di obbligatorietà dell'azione da parte delle autorità inquirenti; la discrezionalità di cui godono i *public prosecutors* - e la SEC per quanto concerne il FCPA - viene di solito temperata da *guidelines* ufficiali o dichiarazioni.

⁵⁷ Il testo della *brochure* può essere richiesto al Dipartimento della Giustizia o scaricato dal sito ufficiale: <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/dojdoc.htm> (visitato a gennaio 2001).

⁵⁸ BLISS E SPAAK, *The Foreign Corrupt Practices Act of 1988*, cit., p. 449. Tale procedura è ammessa solo per la normativa anti-corruzione prevista dal FCPA e non per le norme contabili.

⁵⁹ Cfr. 28 C.F.R. §80.10; tale presunzione può essere vinta considerando, fra l'altro, l'accuratezza delle informazioni presentate al Dipartimento della Giustizia e il fatto che l'attività sotto inchiesta non fosse compresa nella condotta inizialmente annunciata.

⁶⁰ Nella prima di queste opinioni (*FCPA Opinion Procedure Release* 98-01, del 23 febbraio 1998) è analizzato il caso in cui una società statunitense condannata per danni ambientali in Nigeria aveva contattato, su suggerimento delle stesse autorità del luogo, un privato nigeriano. Tale intermediario aveva chiesto alla società di provvedere a pagare la multa attraverso di lui, includendo un somma per “community compensation and modalities for officials of the Nigerian FEPA and the Nigerian Port Authority”. Il Dipartimento della Giustizia concluse che, se la società statunitense avesse proceduto a tale pagamento attraverso il terzo, avrebbe iniziato una indagine a proposito.

La seconda opinione (*FCPA Opinion Procedure Release* 98-02, del 5 agosto 1998) riguarda una società - controllata al 100% da una società statunitense - che aveva proposto la vendita di materiale militare ad un ente pubblico nigeriano attraverso partner locali. Negli accordi che seguirono la vendita di materiale, la società statunitense concluse un accordo con un ente privato locale; uno degli obiettivi di tale accordo era quello di partecipare ad altre gare di appalto pubbliche in partnership con tale ente privato nigeriano. Vennero intraprese indagini e non risultarono legami fra l'ente nigeriano e funzionari pubblici locali; uno studio legale indipendente certificò che l'accordo era legale sulla base del diritto nigeriano; inoltre, l'ente stesso accettò di firmare un documento in cui dichiarava che nessun suo dipendente o socio aveva rapporti con funzionari pubblici. Il Dipartimento della Giustizia decise che, sulla base dei documenti prodotti, non avrebbe preso alcun provvedimento in relazione a tale accordo fra la società statunitense e l'ente nigeriano.

Un riferimento a tali opinioni si può trovare in DEMING, *Foreign Corrupt Practices*, in *International Lawyer*, vol. 33, 1999, pag. 514.

⁶¹ Vedi, ad esempio, LOWELL BROWN, *Parent-Subsidiary Liability Under the FCPA*, in *Baylor Law Review*, vol. 50, 1998, p. 39. Anche l'OECD, nel proprio *Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation* riguardante gli Stati Uniti sembra fare propria la convinzione delle autorità statunitensi secondo cui il FCPA avrebbe ‘responsabilizzato’ le società statunitensi, le quali si sarebbero spontaneamente fornite di ‘comprehensive compliance programs’ come quelli qui descritti. Tali programmi assomigliano, per la funzione che svolgono durante i procedimenti legali, a quei livelli interni di controllo cui si accennava alla nota 31.

⁶² EISENBERG, *Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 613.

⁶³ Questi esempi di *compliance programs* sono tratti da CORR E LAWLER, cit., pp. 1326 ss. Cfr. anche IMPERT, *A Program for Compliance with the FCPA and Foreign Law Restrictions on the Use of Sales Agents*, in *International Lawyer*, vol. 24, 1990, pp. 1009-1017 e LOWELL BROWN, ult. cit.

⁶⁴ La discussione sulla ‘cultura organizzativa’ - e le diverse accezioni di tale espressione proposte in Europa e negli Stati Uniti - è affascinante e complessa; si permetta di rimandare a SCHEIN, *Cultura d'azienda e leadership*, Milano, 1990 e ALVESSON E BERG, *L'organizzazione e i suoi simboli*, Milano, 1993.

⁶⁵ Significativa appare la dichiarazione di Jamie Gorelick, *Deputy Attorney General* degli Stati Uniti citata in LOWELL BROWN, *Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act*, cit., nota 121. Questa dichiarazione esprime la grande fiducia statunitense, condivisa persino dalle autorità inquirenti, riposta nella cultura d'impresa (*corporate culture*) come metodo con cui una *leadership* ‘illuminata’ può influenzare i comportamenti dei dipendenti, in un senso o nell'altro.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Un esempio del documento che il dipendente viene invitato a firmare potrebbe essere il seguente:

“I, , hereby certify that I have read and understand the Company's business policy for complying with the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, and further certify that during the twelve-month period ending I have not paid or given anything of value, either directly or through third parties, to an official of a foreign government, officer of a political party, or candidate for political office, or official of an international organization, for the purpose of influencing an act or decision to assist in obtaining or retaining business for the Company, or for any improper advantage, and I have no reason to believe that anyone else has done so. I further attest that I have no knowledge of any fund within the corporation that was created or maintained, or from which expenditures have been made, for purposes other than those reflected on the books and records of the Company”. (Tratto da CORR E LAWLER, cit., pag. 1332).

⁶⁸ In questo senso è da intendersi l'incoraggiamento, da parte della SEC, per l'istituzione di un comitato specifico composto almeno in parte da personale esterno. Secondo alcuni autori, la SEC avrebbe emesso un così cospicuo numero di ‘incoraggiamenti’ in tal senso che un consiglio di amministrazione che non istituisse un simile comitato potrebbe essere chiamato a rispondere di fatto

- stesso di non averlo istituito, a prescindere da violazioni sostanziali del FCPA. Cfr. EISENBERG, *Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 599.
- ⁶⁹ Tale interpretazione dell'avverbio '*knowingly*' è quella suggerita dai lavori preparatori del FCPA e dalla modifica del 1988. Non è però detto che altri Paesi, anche in ossequio alla recente Convenzione OCDE, scelgano di dare di tale requisito una interpretazione simile.
- ⁷⁰ In tali questionari dovrebbero essere esplicitamente previste alcune domande per poter valutare l'organigramma della società intermediaria (funzionari e dipendenti); una lista delle cariche politiche o comunque pubbliche mantenute da funzionari o dipendenti della società, come da loro parenti o affini; una lista degli interessi societari in altri soggetti giuridici.
- ⁷¹ E' importante focalizzare l'attenzione di eventuali interviste sui punti deboli evidenziati dai questionari; in seguito, grazie ad un verbale di queste interviste, potrà essere più facilmente dimostrata l'attenzione e la cura con cui sono state prese in considerazione le possibili violazioni del FCPA.
- ⁷² Non sempre sarà possibile fidarsi delle informazioni fornite dalle società che intendono proporsi come intermediari. A questo riguardo, ci si potrà rivolgere ai loro partner commerciali (indicati nelle referenze e non), alle ambasciate e ai consolati, a società private di consulenza. Le società statunitensi si rivolgono spesso al Dipartimento del Commercio per avere un '*International Company Profile*' - esistente per le maggiori società - o richiedono l'assistenza dei suoi funzionari specializzati in una determinata area geografica.
- ⁷³ Il FCPA prevede la possibilità di invocare, come circostanza scriminante, la norma scritta dell'ordinamento dove il pagamento è stato effettuato che sancisca la liceità di un pagamento. A questo riguardo sarà spesso necessario consultare un avvocato del luogo, esperto di diritto commerciale, diritto tributario, diritto penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo.
- ⁷⁴ Tale fattore appare unico nel suo genere, perché non contribuisce a determinare se una transazione commerciale sia soggetta al FCPA o comunque sospetta; piuttosto, le società che intendono trattare affari in Paesi comunemente ritenuti 'ad alto rischio corruzione' dovranno prendere misure cautelative particolari per essere in grado di dimostrare alla SEC o al Dipartimento della Giustizia che hanno adempiuto all'obbligo di *due diligence*. A questo riguardo sono illuminanti i lavori preparatori del FCPA, in particolare la discussione al Senato USA dell'emendamento del 1988 (S. Rep. No. 100-85, p. 52 (1988)).
- ⁷⁵ Un esempio di tale clausola è il seguente:
“[La società X] represents and agrees that (i) it will not pay or give anything of value, directly or indirectly or through third parties, to an official of a foreign government, officer of any political party, candidate for any political office, or official of an international organization for the purpose of influencing an act or decision in their official capacity, or inducing them to use their influence with the foreign government to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, or providing some other economic benefit to the Company or for any unlawful purpose; (ii) none of [its] directors, officers, major shareholders, or employees are officers or representatives of any government or political party, candidates for any political parties, or officials of any international organizations; (iii) full disclosure of the existence and terms of this agreement may be made at any time to whomever the Company's counsel determines has a legitimate need to know such terms; (iv) all compensation and expense reimbursements to [it] are subject to audit; and (v) [it] will immediately notify the Company in the event any of [its] directors, officers, major shareholders, or employees should become governmental officials, candidates or appointees for any government office, officers of any political party, or officials in any international organization, or in the event such government officials, candidates, party officers, or officials of an international organization should become directors, major shareholders or employees of [it]”. (Tratto da CORRE LAWLER, cit., pag. 1339).
- ⁷⁶ Il FCPA proibisce i pagamenti al fine di corrompere funzionari stranieri da parte di un *issuer* “which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title”. Cfr. U.S.C., vol. 15, § 78dd-1(a). V. anche nota 39.
- ⁷⁷ Per la definizione di *domestic concern*, v. nota 29. Sulle conseguenze che tali definizioni comportano, v. *supra*, §4(c).
- ⁷⁸ L'obbligo di registrazione è previsto dal Securities Exchange Act del 1934 (si vedano, in particolare, i §§ 12 e 15(d)).
- ⁷⁹ Cfr. U.S.C., vol. 15, § 78dd-2(h)(1).
- ⁸⁰ Cfr. U.S.C. vol. 15 § 78-dd3(a). Su questo emendamento, cfr. BRODSKY, *Foreign Corrupt Practices Act: a Hot New Export*, cit., pp. 5 ss.

- ⁸¹ Nessun caso riguardante direttamente il FCPA è stato mai deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Ciò comporta che, nonostante l'interesse rivestito dalle decisioni che seguono, nessuna di queste ha carattere vincolante in tutte le giurisdizioni in cui sono suddivisi gli Stati Uniti. Nonostante ciò, esse possono essere considerate autorevoli pareri da altre corti chiamate a giudicare in casi simili.
- ⁸² 803 F. Supp. 428 (D.C.D. 1992)
- ⁸³ "Any employee or agent of a domestic concern who is a United States citizen, national, or resident or is otherwise subject to the jurisdiction of the United States [. . .] and who willfully violates subsection (a)[. . .] shall be fined [. . .]." Cfr. U.S.C., vol. 15 §78dd-2(g)(2)(B).
- ⁸⁴ U.S.C., vol. 15, § 78dd-2(a). Vi sono stati alcuni casi, però, che hanno in qualche modo limitato la responsabilità dei dipendenti. Per esempio, *United States v. McLean* (738 F.2d 665 (5th Cir. 1984)), dove è stata sancita la regola che un impiegato non sarà perseguito dalle autorità sulla base del FCPA se il suo datore di lavoro non può essere condannato sulla base dei medesimi capi d'accusa.
- ⁸⁵ Un risultato simile, che seguì di pochi mesi l'indagine sulla Montedison, è offerto da *SEC v. Triton Energy Corporation* (Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 74, 405 (D.D.C., 27 febbraio 1997)). Questo caso riguardava pagamenti illeciti a funzionari del governo indonesiano in relazione a concessioni per l'estrazione di gas naturale e petrolio a favore di Triton Indonesia, una società controllata dalla Triton Energy Corporation. La SEC sostenne che tali pagamenti erano stati 'nascosti' tramite artifici contabili nei registri della Triton Indonesia, con conseguente responsabilità della società-madre (Triton Energy Corporation), per mancanza di procedure interne deputate al controllo della società controllata! Per una analisi di questo caso, vedi MATHEWS, cit., p. 365. Per la rilevanza delle procedure interne, v. § 7.
- ⁸⁶ Cfr. LOWELL BROWN, cit. Sul caso Montedison, vedi anche HOTCHKISS, *The Sleeping Dog Stirs: New Signs of Life in Efforts to End Corruption in International Business*, in Journal of Public Policy and Marketing, vol. 17, 1998, pp. 108 s.; CRUTCHFIELD GEORGE, *On The Threshold*, cit., p. 14 (1999), dove l'Autore approfondisce il tema dei possibili conflitti inescapabili dal caso Montedison.
- ⁸⁷ La denominazione completa del caso è: *James E. Adler, aka Jaime Adler; El Surtidor Del Hogar, S.A. de C.V., a Mexican Corporation (Plaintiffs-Appellees) v. The FEDERAL REPUBLIC OF NIGERIA, a Sovereign State; Central Bank of Nigeria; Paul Ogwuma, aka Paul Oguma; Nigerian National Petroleum Corporation (Defendants-Appellants)*, 107 F.3d 720 (9th Cir. 1997). La decisione è stata poi confermata *en banc* in *Adler v. Nigeria*, 219 F.3d 869 (9th Cir. 2000).
- ⁸⁸ Vi sono alcuni casi in cui si può ipotizzare un diritto per i privati di azionare la procedura investigativa sulla base del FCPA, funzione solitamente delegata alla SEC e al Dipartimento della Giustizia.
- ⁸⁹ La corte non riuscì a determinare, sulla base delle testimonianze rese e dei documenti prodotti, quale fossero l'esatta funzione e le qualifiche della maggior parte dei funzionari citati in giudizio dal signor Adler. Cfr. ult. sentenza citata, pp. 872-874.
- ⁹⁰ Cfr. Department of Justice, *Press Release: Saybolt Inc. Agrees to Plead Guilty to Falsifying Reports to EPA and Violating the FCPA and to Pay a Fine of \$4.9 Million*, del 18 agosto 1998. Questo comunicato stampa può essere reperito al sito internet: <http://www.usdoj.gov/usao/ma/pr/prev98/sayblt.htm> (visitato nel gennaio 2001).
- ⁹¹ In realtà, in totale, l'ammontare della multa fu di quattro milioni e mezzo di dollari; la differenza fra il totale e la multa per la sola tangente è dovuta alla condanna anche per falsificazione di alcuni dati riguardanti l'estrazione di petrolio da parte della società.
- ⁹² Brian C. Harms, *Holding Public Officials Accountable in the International Realm: a New Multi-Layered Strategy to Combat Corruption*, in Cornell International Law Journal, vol. 33 (2000), pp. 171-180.
- ⁹³ 925 F.2d 831 (5th Cir. 1991). Questo è l'appello che ha confermato la decisione presa in *United States v. Blondek*, 741 F.Supp. 116 (N.D. Tex. 1990).
- ⁹⁴ Sia il tribunale di prima istanza sia quello d'appello si basarono estensivamente sui lavori preparatori del FCPA per determinare l'intento del Congresso nell'elaborare il FCPA. Si veda, ad esempio, *Blondek*, cit., a p. 119, dove la corte spiega che "[g]iven that Congress included virtually every possible person connected to the payments except foreign officials, it is only logical to conclude that Congress affirmatively chose to exempt this small class of persons from prosecution. Most likely Congress made this choice because U.S. businesses were perceived to be the aggressors, and the efforts expended in resolving the diplomatic, jurisdictional, and enforcement difficulties that would arise upon the prosecution of foreign officials was not worth the minimal deterrent value of such prosecutions."

- ⁹⁵ E' molto raro trovare perplessità in questo senso nella dottrina statunitense, la quale sostanzialmente ha visto il FCPA come modello per altri legislatori e non come esercizio esorbitante della giurisdizione di un Paese nei confronti di altri. Una delle rare eccezioni è costituita da SALBU, *Are Extraterritorial Restrictions on Bribery a Viable and Desirable International Policy Goal Under the Global Conditions of the Late 20th Century?* : *Extraterritorial Restriction of Bribery: A Premature Evocation of the Normative Global Village*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 24, p. 226 (1999).
- ⁹⁶ V. *supra*, caso Montedison.
- ⁹⁷ V. *supra*, caso Adler. Anche nel caso Saybolt, è evidente che la corte abbia ritenuto responsabile l'amministratore in quanto al vertice di una società statunitense. In questo caso, i criteri di collegamento basati su nazionalità o residenza erano assenti, ma risultava facile asserire un 'diretto effetto' provocato negli Stati Uniti da un soggetto al vertice di una importante società incorporata negli Stati Uniti.
- ⁹⁸ Ciò è vero nonostante alcune azioni a livello internazionale nei confronti della corruzione fossero state prese anche in precedenza. In particolare, merita di essere nominata l'azione della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, la quale, fin dal 1975, si era dotata di un comitato per adottare regole sulla estorsione e la corruzione nelle transazioni internazionali. Si veda il rapporto: *Extorsion and Bribery in Business Transactions*, 131sima Sessione della Camera di Commercio Internazionale (29 novembre 1977) e l'interessante commento in *American Society of International Law Proceedings*, vol. 91, p. 99 (aprile 1997).
- ⁹⁹ V., per esempio, HARMS, *Holding Public Officials Accountable in the International Realm*, cit., p. 166 e POSADAS (cit., p. 410) sull'interesse mostrato dalle organizzazioni finanziarie internazionali e dai Paesi in via di sviluppo. Per una interessante prospettiva storica della corruzione dalla Mesopotamia del IV millennio avanti Cristo ai giorni nostri, v. NOONAN, *Bribes: the Intellectual History of a Moral Idea*, New York, 1984.
- ¹⁰⁰ Il Fondo Monetario Internazionale ha stilato una lista delle conseguenze economiche negative della corruzione, fra cui spiccano la diminuzione delle risorse per gli investimenti produttivi, l'irrationalità della allocazione delle capacità individuali, la riduzione dell'efficacia degli aiuti economici da parte dei Paesi e delle zone più sviluppate dove ci sia un reale bisogno, l'abbassamento della qualità delle infrastrutture e dei servizi offerti al pubblico. Cfr. HARMS, cit., p. 165.
- ¹⁰¹ *Ibid.*, dove, fra l'altro, sono citate dichiarazioni a questo riguardo di funzionari nigeriani, indonesiani, filippini. Per una breve ma puntuale analisi dei passi intrapresi dalla comunità internazionale per combattere gli aspetti transnazionali della corruzione, cfr. CORR E LAWLER, cit., pp. 1295 ss.
- ¹⁰² V. nota 10.
- ¹⁰³ La maggioranza degli autori statunitensi ritiene il FCPA un primo passo, necessario - anche se forse non rispettoso della sovranità di altri Paesi - per fornire un esempio di legislazione che combatta efficacemente la corruzione a livello internazionale. *Contra*, cfr. SALBU, *Are Extraterritorial Restrictions on Bribery a Viable and Desirable International Policy Goal Under the Global Conditions of the Late 20th Century?*, cit., pp. 223 ss. E' anche vero che, negli ultimi tempi, si sono levate voci per ridimensionare l'importanza del FCPA in relazione agli sviluppi internazionali del tema della corruzione; si è suggerito che gli sforzi multilaterali nell'ambito delle Nazioni Unite e dell'OECD abbiano avuto l'effetto di diminuire la rilevanza dell'approccio 'unilaterale' statunitense. Cfr. ALMOND, *Beyond Compliance: Corruption, Corporate Responsibility and Ethical Standards in the New Global Economy*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 22, 1997, pp. 389 ss.
- ¹⁰⁴ *Inter-American Convention Against Corruption* aperta alla firma il 29 marzo 1996 (firmata da Argentina, Bahamas, Bolivia, Brasile, Canada, Cile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Dominicana, Stati Uniti, Suriname, Trinidad Tobago, Uruguay, Venezuela).
- ¹⁰⁵ In particolare, la Dichiarazione inter-ministeriale di Singapore del 18 dicembre 1996 (rintracciabile al sito internet <http://www.wto.org/wto/archives/wtodec.htm> , visitato a gennaio 2001).
- ¹⁰⁶ In particolare, la Convenzione OECD citata *supra*, nota 2.
- ¹⁰⁷ Cfr., per esempio, HOTCHKISS, *The Sleeping Dog Stirs: New Signs of Life on Efforts to End Corruption in International Business*, in *Journal of Public Policy and Marketing*, vol. 17, N. 1, 1998, pp. 108 ss.
- ¹⁰⁸ Ci si riferisce alle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* del 27 giugno 2000. Esse sono una serie di raccomandazioni giuridicamente non vincolanti che i Governi dei Paesi membri hanno congiuntamente indirizzato alle imprese multinazionali. Un particolare interesse per la presente

discussione - a prescindere da ogni valutazione sull'efficacia che tali dichiarazioni hanno nella prassi delle imprese multinazionali - riveste la VI raccomandazione, intitolata "*Combating Bribery*". In essa si legge, fra l'altro: "Enterprises should not, directly or indirectly, offer, promise, give, or demand a bribe or other undue advantage to obtain or retain business or other improper advantage"; "[Enterprises should...] enhance the transparency of their activities in the fight against bribery and extortion", "promote employee awareness of and compliance with company policies against bribery", che sembrano ricalcate sull'esperienza statunitense sotto il FCPA. A questo riguardo valgono gli spunti di riflessione suggeriti alle note 31 e 62.

¹⁰⁹ Ad esempio, sono sorti in molti Paesi movimenti sociali e politici che promuovono un rinnovamento delle pratiche economiche e politiche; è stata anche fondata una organizzazione non governativa che agisce a livello internazionale specificamente al fine di sensibilizzare su questo problema e che, anche nel nome, richiama l'idea di un 'diritto' a vivere in un mondo di relazioni economiche senza corruzione (*Transparency International*; sito consultabile all'indirizzo web: www.transparency.org).

¹¹⁰ *Convention against Transnational Organized Crime*, aperta alla firma a Palermo il 12 dicembre 2000. Il testo della Convenzione è stato firmato da più di 120 Paesi e dall'Unione Europea. Le Nazioni Unite non sono nuove all'interesse per la corruzione internazionale, ma le azioni precedenti non avevano mai preso la forma di strumenti vincolanti. Si veda, ad es., la *Declaration against Bribery in International Commercial Transactions* adottata dall'Assemblea Generale nel dicembre 1996 (U.N. Doc. A/RES/51/191 (1997)).

¹¹¹ Questa Convenzione richiede per l'entrata in vigore la ratifica da parte di quaranta Stati, sensibilmente meno di alcune recenti Convenzioni promosse dalle Nazioni Unite (come la *UN Convention on the Law of the Sea* del 1982 e *lo Statute of the International Criminal Court* del 1998, che ne richiedevano sessanta).

¹¹² Cfr., per es., art. 9 § 1 ("In addition to the measures set forth in article 8 of this Convention, each State Party shall, to the extent appropriate *and consistent with its legal system*, adopt legislative, administrative, or other effective measures to promote integrity and to prevent, detect and punish the corruption of public officials") e art. 10 § 2 ("*Subject to the legal principles of the State Party*, the liability of legal personas may be criminal, civil, or administrative") (corsivo aggiunto).

¹¹³ Ad esempio, la Convenzione OECD e la Convenzione ONU non prevedono che uno Stato possa giudicare un atto compiuto all'estero che provochi effetti negativi all'interno delle proprie frontiere, come invece sembra essere permesso alle autorità americane dalle disposizioni sugli *issuers* (cfr. supra, § 4(a) e caso Montedison). Tale omissione potrebbe indicare una minore predilezione da parte di molti Stati - rispetto agli Stati Uniti - ad esercitare la propria giurisdizione per comportamenti all'estero dove non siano direttamente implicati propri nazionali.

¹¹⁴ Si veda, per esempio, CORR E LAWLER, cit., p. 1324.

¹¹⁵ Cfr. APPELBAUM, *The Future Law in a Global Economy*, in *Social and Legal Studies*, 1998, p.3. L'Autore suggerisce la necessità non solo di standard internazionali per il controllo e la repressione della corruzione, ma anche per la contabilità delle aziende, in modo da 'internazionalizzare' i requisiti di trasparenza per gli investitori e per il necessario controllo da parte del settore pubblico. A questo proposito, v. anche NORTON, *A "New International Financial Architecture?" - Reflections on the Possible Law-Based Dimension*, in *The International Lawyer*, vol. 33 (1999), in particolare p. 908.