

UNIVERSITA' COMMERCIALE "LUIGI BOCCONI"

SCUOLA DI DOTTORATO

Dottorato di Ricerca in Legal Studies

Ciclo: XXXIII

Settore Disciplinare (codice): IUS/17

**I nuovi strumenti di contrasto alla
corruzione internazionale: le implicazioni
per gli Stati e per le imprese multinazionali**

Advisor: Prof. Francesco MUCCIARELLI

Tesi di Dottorato di

Luigi SCOLLO

Matricola: 1429034

Anno 2021

ABSTRACT

L'elaborato prende in esame l'azione globale di contrasto alla corruzione internazionale nelle imprese multinazionali, tracciandone le differenze tra «*law in the books*» e «*law in action*», alla luce delle più recenti evoluzioni applicative. In primo luogo, ne analizza il processo di criminalizzazione, compiutosi attraverso lo strumento delle convenzioni internazionali, largamente ispirate al Foreign Corrupt Practices Act (1977) di matrice statunitense, pervenendo poi ad accertarne l'ineffettività. In secondo luogo, provvede ad una analitica disamina della legge statunitense evidenziandone i caratteri che ne consentono l'applicazione universale ed un ineguagliabile livello di *enforcement*, così pervenendo ad identificare le implicazioni che da ciò derivano, per le imprese e per i paesi stranieri, chiamati entrambi ad adeguarsi al nuovo modello globale di disposizioni anticorruzione costituito dal FCPA.

INDICE

Introduzione.....	- 10 -
--------------------------	---------------

Capitolo I

L'emersione del fenomeno della *Corporate corruption*

1. L'emersione del fenomeno corruttivo nella sua dimensione internazionale.....	- 13 -
2. L'attenzione degli organi istituzionali e della comunità scientifica. L'analisi dei principali osservatori internazionali. dati economici e indagini sociali: gli effetti della corporate corruption ..	- 19 -
3. La condizione dell'Italia	- 31 -

Capitolo II

Il processo di criminalizzazione della *corporate corruption*

1. Premessa.....	- 38 -
2. L'adozione del Foreign Corrupt Practices Act (1977).....	- 43 -
2.1. Lo scenario alle origini del FCPA: gli scandali degli anni '70.	- 44 -
2.2. Lo spirito della legge anticorruzione americana	- 50 -
2.2.1. Un problema di «deficiency» nella legislazione anticorruzione.....	- 51 -
2.2.1.1. Deficiency & Securities Law	- 52 -

2.2.1.2.	Deficiency & Tax Law	- 57 -
2.2.1.3.	Deficiency & Antitrust Law	- 58 -
2.2.2.	La risposta al vuoto legislativo: la scelta della linea dura	- 61 -
3.	L'esportazione del Foreign Corruption Practices Act: le convenzioni internazionali (1977-2003)	- 64 -
3.1.	La Convenzione OCSE (1997) e la Convenzione OAS (1996)	- 69 -
3.2.	Le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia penale e in materia civile	- 74 -
3.3.	La Convenzione UE	- 86 -
3.4.	La Convenzione Onu	- 94 -
3.5.	I modelli convenzionali a confronto	- 100 -
3.5.1.	La struttura «monosoggettiva» delle fattispecie incriminatrici	- 103 -
3.5.2.	La criminalizzazione della corruzione passiva internazionale	- 106 -
3.5.3.	La descrizione del fatto	- 109 -
3.5.4.	L'elemento soggettivo	- 125 -
3.5.5.	La nozione di pubblico ufficiale straniero	- 134 -
3.5.6.	La codificazione di fattispecie incriminatrici ancillari	- 139 -
3.5.7.	La responsabilità delle persone giuridiche.....	- 144 -
3.5.8.	Il legal framework emergente dai modelli convenzionali	- 152 -
4.	Il recepimento dei modelli convenzionali nell'ordinamento italiano	- 157 -
4.1.	La fattispecie incriminatrice italiana di corruzione internazionale, i limiti sostanziali dell'Art. 322 bis c.p. e le prospettive di riforma.....	- 160 -
4.1.1.	Divergenze in tema di centralità della fattispecie	- 162 -
4.1.2.	Divergenze in tema di compatibilità della fattispecie.....	- 163 -
4.1.3.	Diversità in tema di modalità della condotta	- 171 -
4.1.4.	Divergenze in tema di identità dei soggetti	- 175 -
4.1.5.	Divergenze in tema di finalità della fattispecie	- 181 -
4.2.	L'introduzione della responsabilità degli enti per le condotte corruttive: aderenza al legal framework e disciplina U.S.A.	- 184 -
5.	Il fallimento del <i>legal transplant</i> e il deludente livello di <i>enforcement</i> della disciplina italiana: alcune prime notazioni conclusive	- 190 -

Capitolo III

La struttura e l'applicazione universale del fcpa

1.	Premessa.....	- 198 -
2.	Le disposizioni anticorruzione: «Anti-bribery provisions».....	- 200 -
2.1.	Le fattispecie incriminatrici («Prohibitions»)	- 202 -

2.1.1.	Gli agenti.....	- 205 -
2.1.1.1.	La categoria degli «issuers»	- 206 -
2.1.1.2.	La categoria dei «domestic concerns»	- 208 -
2.1.1.3.	La categoria delle «other persons».....	- 209 -
2.1.2.	Le componenti essenziali della fattispecie: la condotta, i soggetti passivi, l'elemento soggettivo	- 210 -
2.1.2.1.	La condotta.....	- 211 -
A.	La dazione	- 213 -
B.	La promessa	- 213 -
C.	L'offerta	- 213 -
D.	Denaro o altre utilità	- 214 -
E.	Effettuare o autorizzare la condotta	- 218 -
F.	«Corruptly» e idoneità a raggiungere lo scopo.....	- 220 -
G.	Direttamente o indirettamente	- 221 -
2.1.2.2.	I soggetti passivi.....	- 224 -
A.	Il pubblico ufficiale straniero.....	- 226 -
B.	Le organizzazioni pubbliche internazionali	- 230 -
C.	Le famiglie reali	- 231 -
D.	Partiti politici e candidati	- 233 -
E.	Gli intermediari	- 234 -
2.1.2.3.	L'elemento soggettivo del dolo specifico	- 239 -
A.	La finalità corruttiva	- 240 -
B.	La consapevolezza e volontà di agire contro la legge.....	- 243 -
C.	L'oggetto del dolo.....	- 244 -
2.1.3.	Le modalità dell'azione e la giurisdizione	- 252 -
2.1.3.1.	L'uso illecito degli strumenti di comunicazione e scambio.....	- 254 -
2.1.3.2.	Le condotte commesse negli Stati Uniti	- 256 -
2.1.3.3.	Le condotte commesse fuori dagli Stati Uniti.....	- 257 -
2.1.3.4.	La natura dei criteri di applicazione del FCPA nello spazio: territoriale vs. personale.....	- 259 -
2.1.3.5.	L'applicazione extraterritoriale del FCPA.....	- 265 -
2.1.3.6.	Le fondamenta giuridiche dell'extraterritorialità.....	- 271 -
2.2.	Le eccezioni alle proibizioni («Exceptions for routine governmental action»)	- 292 -
2.3.	Le cause di esclusione della punibilità per pagamenti illeciti («Affirmative defenses»).....	- 294 -
2.4.	L'ingiunzione preventiva («Injunctive relief»)	- 298 -
2.5.	Le linee guida della procura generale («Guidelines by Attorney General»).....	- 300 -
2.6.	Le richieste di interpello alla procura generale («Opinions of Attorney General»).....	- 302 -
2.7.	Le sanzioni («Penalties»)	- 306 -
2.8.	Le definizioni e le nozioni («Definitions»)	- 309 -
2.9.	Criteri alternativi di giurisdizione («Alternative jurisdiction»).....	- 312 -

3. Le disposizioni contro l'alterazione delle scritture contabili: «Books and Records and Internal Controls provisions»	- 314 -
4. L'Efficienza del modello americano	- 321 -
4.1. La scure degli Stati Uniti sulle multinazionali straniere	- 324 -
4.2. Indici di una applicazione universale	- 327 -
4.2.1. Gli indici quantitativi	- 327 -
4.2.1.1. Il crescente numero di casi risolti da DoJ e SEC	- 327 -
4.2.1.2. La crescente entità delle sanzioni.....	- 328 -
4.2.1.3. La crescente imposizione di obblighi di compliance	- 330 -
4.2.1.4. Il crescente coinvolgimento di intermediari.....	- 331 -
4.2.2. Gli indici qualitativi	- 331 -
4.2.2.1. L'estensione geografica dei tentacoli del FCPA	- 331 -
4.2.2.2. L'estensione multidisciplinare: i settori colpiti	- 333 -
4.2.2.3. Transazioni economiche vs. operazioni societarie	- 334 -
4.2.2.4. La pluralità delle forme corruttive	- 335 -
4.2.3. Il FCPA: una legge trasversale ed universale	- 336 -
4.3. L'approccio totalizzante delle autorità competenti ed il doppio binario sanzionatorio: azioni civili, penali e amministrative	- 337 -
5. I metodi di risoluzione negoziale delle accuse di corruzione internazionale	- 341 -
5.1. La centralità degli accordi nella individuazione, repressione e prevenzione della corruzione internazionale	- 342 -
5.2. La tipologia e la struttura degli accordi usati per la risoluzione anticipata delle controversie: aspetti comuni.....	- 346 -
5.2.1. Il Deferred Prosecution Agreement (DPA)	- 348 -
5.2.2. Il Non-Prosecution Agreement (NPA)	- 351 -
5.2.3. Il Guilty Plea Agreement (GPA)	- 353 -
5.2.4. La Declination Letter (DL) e la Declination with Disgorgement (DLD)	- 354 -
5.2.5. Gli SEC settlement: il Cease-and-Desist Order (CDO) e il Consent Agreement (CA).....	- 356 -
5.3. Il contenuto degli accordi: analisi, osservazioni e qualche perplessità	- 358 -
5.3.1. Parte prima. La cooperazione preliminare con l'autorità	- 359 -
5.3.1.1. La «voluntary disclosure»	- 359 -
5.3.1.2. La «cooperation clause».....	- 359 -
5.3.1.3. La «snitch clause»	- 360 -
5.3.2. Parte seconda. I rimedi e l'adeguamento del modello organizzativo: sostituzione dei soggetti, adeguamento delle procedure decisionali e di compliance, organi di controllo	- 361 -
5.3.2.1. L'obbligo di congedare i soggetti coinvolti	- 361 -
5.3.2.2. L'obbligo di migliorare le procedure decisionali.....	- 362 -
5.3.2.3. L'obbligo di migliorare le procedure di compliance	- 363 -
5.3.2.4. L'obbligo di creare o implementare gli organismi di controllo	- 364 -

5.3.3.	Parte terza. Le clausole eventuali	- 365 -
5.3.3.1.	L'assunzione di responsabilità	- 365 -
5.3.3.2.	La storia criminale della società indiziata	- 366 -
5.3.3.3.	La stipula di accordi paralleli	- 366 -
5.3.3.4.	L'obbligo di cooperazione futura	- 368 -
5.3.4.	Parte quarta. Le condizioni della «resa»	- 369 -
5.3.4.1.	La rinuncia a contestare le accuse e allo scrutinio giudiziale	- 370 -
5.3.4.2.	La rinuncia ad eccepire la prescrizione	- 371 -
5.3.4.3.	La rinuncia alle eccezioni di inutilizzabilità	- 372 -
5.3.4.4.	La rinuncia ad impugnare l'accordo	- 372 -
5.3.4.5.	La rinuncia alla riservatezza	- 372 -
5.3.4.6.	La rinuncia al rimborso e ai benefici fiscali	- 373 -
5.3.4.7.	Il termine e la clausola risolutiva espressa	- 373 -
5.3.4.8.	La clausola M&A: la responsabilità successoria	- 374 -
5.3.4.9.	La clausola di «monitorship»	- 375 -
5.4.	La forza degli accordi: collaborazione vs. non collaborazione	- 376 -
5.4.1.	Gli effetti della non collaborazione	- 377 -
5.4.1.1.	L'aumento dell'entità delle sanzioni	- 378 -
5.4.1.2.	La sottoposizione a procedimento penale	- 378 -
5.4.1.3.	I danni reputazionali	- 379 -
5.4.1.4.	Le misure interdittive	- 380 -
5.4.2.	Gli effetti della collaborazione	- 381 -
5.4.2.1.	La rapida definizione del procedimento, ed a condizioni migliori	- 381 -
5.4.2.2.	La mancanza di una incriminazione formale per corruzione	- 382 -
5.4.2.3.	Il parere favorevole delle autorità per evitare le misure interdittive	- 383 -
6.	La scelta obbligata: ulteriori notazioni conclusive.....	- 384 -

Capitolo IV

La supremazia del diritto statunitense nella lotta alla corruzione internazionale: le implicazioni per le multinazionali e gli stati stranieri

1.	La corruzione internazionale e la supremazia del diritto statunitense	- 387 -
2.	Le implicazioni per le imprese multinazionali straniere	- 391 -
3.	Le implicazioni per gli stati esteri	- 394 -
3.1.	L'adozione del modello convenzionale: il completamento del legal transplant	- 395 -
3.2.	L'adozione del modello statunitense: emulare il FCPA	- 396 -
3.2.1.	Il recepimento delle disposizioni sostanziali del FCPA	- 397 -
3.2.2.	Il recepimento dell'apparato sanzionatorio e degli istituti processuali del FCPA: la giustizia	

negoziata.....	- 397 -
3.2.2.1. La premialità e la compatibilità con il principio del “nemo tenetur se detegere”.....	- 398 -
3.2.2.2. La negozialità e la compatibilità con i principio di obbligatorietà dell’azione penale, del diritto di difesa e del giusto processo	- 403 -
3.2.2.3. La severità e la compatibilità con il principio di proporzionalità	- 407 -
3.2.2.4. Alcune perplessità sulle prospettive di efficacia del legal transplant dal FCPA. Gli esempi: Bribery Act (2010), Loi Sapin II (2016), Canada DPA (2019).....	- 409 -
3.3. L’acquiescenza al modello statunitense, la cooperazione con le autorità americane e la condivisione delle sanzioni	- 411 -
4. Osservazioni finali	- 415 -
 Bibliografia	 - 417 -

INTRODUZIONE

La lotta alla corruzione, ed in particolare alla corruzione internazionale, negli ultimi decenni, ha subito un vero e proprio cambio di passo. Inizialmente, sotto l'impulso dei governi nazionali più attivi sul tema, si è a lungo promossa l'adozione di convenzioni internazionali per adeguare gli ordinamenti interni ad uno *standard* globale, uniforme ed efficace nella lotta alla corruzione.

Tuttavia, a fronte dei risultati piuttosto deludenti, una nuova forma di lotta alla corruzione, e specialmente alla corruzione internazionale, ha cominciato ad avanzare all'inizio del nuovo millennio, per andare poi a consolidarsi nell'ultimo decennio: si tratta dell'adozione – fuori dai confini territoriali nazionali – di uno strumento legislativo che reprime, a livello universale, le condotte di corruzione internazionale. Tale strumento è il *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), una legge approvata nel lontano 1977 dal Congresso americano che, dapprima, ha funto da modello guida per le carte internazionali e che, infine, si è rivelata uno strumento autonomo e piuttosto efficace di repressione della corruzione internazionale, su tutto il globo, con particolare attenzione nei confronti delle multinazionali.

Dunque, dopo una prima fase, che possiamo ritenere conclusa intorno alla fine degli anni 2000, caratterizzata dal tentativo di esportare il modello americano, mediante lo strumento delle convenzioni internazionali, negli ultimi due decenni, un insolito attivismo ha caratterizzato l'azione del *Department of Justice* americano (DoJ) e della *Securities and Exchange Commission* (SEC), oltre i confini nazionali, per lo più nei confronti delle imprese multinazionali straniere.

Sembra, in sostanza, abbandonato il tentativo di un vero e proprio

legal transplant della normativa statunitense negli ordinamenti nazionali, attraverso gli strumenti convenzionali: si è passati, perciò, dall'imitazione del modello americano, alla sua applicazione diretta in tutto il mondo.

Invero, come si vedrà, l'applicazione extra-territoriale del FCPA ha stimolato alcuni ordinamenti ad adottare, di recente, nuove norme interne in linea con la legge americana: è il caso, ad esempio, del Regno Unito con il Bribery Act (2010) e della Francia con la Loi Sapin II (2016), nel tentativo dichiarato di combattere più efficacemente il fenomeno della corruzione internazionale perpetrata dalle società multinazionali, ma con l'intento di rispondere efficacemente alla politica statunitense di "attacco" alle imprese straniere.

L'intensa attività del DoJ, dal 2010 in avanti, ha dunque stimolato i governi stranieri a mettere mano alle disposizioni interne in materia, dando vita – quantomeno apparentemente – ad una nuova fase di *legal transplant*.

Tuttavia, la lotta alla corruzione internazionale non si esaurisce nell'adozione di nuove regole, quanto piuttosto nella loro efficace applicazione: è per questo che, pure a fronte delle recenti riforme citate, alla prova dei numeri, gli Stati Uniti continuano a rimanere l'attore principale nella repressione del fenomeno corruttivo sul piano transnazionale, a tal punto da dare vita ad un nuovo *framework* globale di previsioni normative, procedure applicative, modelli organizzativi e *compliance programs*, cui le società multinazionali, anche europee, sembrano costrette ad adeguarsi.

Il testo, perciò, prenderà in considerazione tale nuovo *legal framework*, di matrice statunitense ma di portata universale, dopo aver accennato all'emersione del fenomeno corruttivo ed alla sua attuale consistenza, e dopo aver ripercorso il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale.

Lungo il percorso d'indagine, dapprima, l'analisi dei modelli convenzionali e, con essi, del *legal transplant*, dopodiché, l'esegesi del modello statunitense e della sua peculiare affermazione, consentiranno, da un lato di prendere atto del fallimento del primo tentativo di esportazione del FCPA mediante lo strumento della cooperazione internazionale ed il *legal transplant*, dall'altro di accertare l'esistenza di un quadro normativo esogeno rispetto all'ordinamento italiano di cui, però, non si può non tenere conto, anzitutto, per indicare le auspiccate prospettive di riforma della legislazione

italiana in materia di corruzione internazionale e di responsabilità delle persone giuridiche, ed in secondo luogo, al fine di fornire una indicazione precisa delle disposizioni di matrice statunitense cui le imprese multinazionali, anche se straniere, devono necessariamente attenersi per evitare le pesanti sanzioni inferte dal DoJ americano a tutti gli operatori economici internazionali.

Al termine del percorso di analisi, in sintesi, potranno essere tracciate le implicazioni per le imprese e per gli Stati stranieri che derivano dall'applicazione universale del FCPA.

CAPITOLO I

L'EMERSIONE DEL FENOMENO DELLA *CORPORATE* *CORRUPTION*

1. L'EMERSIONE DEL FENOMENO CORRUTTIVO NELLA SUA DIMENSIONE INTERNAZIONALE

Il fenomeno della corruzione ha radici profonde quanto la storia dell'uomo. Le prime disposizioni anticorruzione risalgono addirittura all'epoca del Codice di Hammurabi. Nel celeberrimo testo giuridico dell'antichità, scolpito nella diorite, ed oggi conservato al Museo del Louvre, il re di Babilonia – diciotto secoli prima di Cristo – inserì un esplicito divieto indirizzato alla figura del giudice, prescrivendogli l'obbligo di non modificare una propria decisione, una volta che la stessa fosse stata assunta: la disposizione dettava una sorta di fattispecie di reato di pericolo, con l'evidente finalità di evitare che eventuali regalie al pubblico ufficiale potessero sovvertire le decisioni giudiziarie prese in scienza e coscienza ⁽¹⁾.

I testi antichi sono costellati di aneddoti che concernono episodi di corruzione dei pubblici funzionari, e descrivono le radici culturali profonde del fenomeno.

¹ V., sul punto, BRIOSCHI, *Corruption*. Washington: Brookings Institution Press, 2017, p. 23. Una panoramica sulla evoluzione storica della disciplina della corruzione, in Italia, è contenuta in CADOPPI, *La disciplina della corruzione nelle legislazioni italiane dell'Ottocento*, in FORNASARI, LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 57.

Ne è un esempio, un antico racconto ambientato nella città di Nippur, in Mesopotamia, che vede coinvolto un uomo privo di mezzi economici, il quale si presenta da un alto funzionario, offrendogli in regalo una capra, con l'intento di ottenere da questi un incarico per migliorare la sua condizione sociale.

La storia racconta che il funzionario organizzò un bel banchetto, illudendo l'uomo che ne avrebbe tratto beneficio, ma in realtà quest'ultimo non ricevette nulla di quanto si aspettava, bensì – messo ben presto alla porta dal funzionario – ottenne a malapena un osso della capra che aveva donato. Deciso a vendicare l'affronto subito, si recò dal re e lo convinse ad affidargli un carro e dei vestiti sontuosi. Così, tornò dal funzionario che, non riconoscendolo nella nuova veste elegante, lo accolse con grandi onori, ospitandolo nella propria residenza. Durante il soggiorno, il poveruomo finse di essere stato derubato delle monete d'oro contenute in un baule al suo arrivo, e conseguentemente accusò il funzionario innocente.

La storia racconta che lo percosse per il furto ed il funzionario malmenato, invece di protestare per la violenza subita o di proclamare la propria innocenza, gli donò il doppio delle monete rubate, perché sebbene innocente, avrebbe commesso un più grave delitto nel non ricompensare in qualche modo le percosse ricevute: a tal punto si spingeva, nell'antichità, la logica dello *scambio di valori* ⁽²⁾.

Nell'Antica Roma le cose non andavano diversamente ⁽³⁾.

Lo storico Tacito racconta di quanto la corruzione fosse importante nella politica estera e nelle relazioni internazionali, forse ancor più dei centurioni.

Sallustio narra di come Giugurta riuscì ad appropriarsi della Numidia, corrompendo l'intero Senato romano che, senza troppi problemi, lo preferì al cugino a suon di monete d'oro e regalie, persino dopo che il primo aveva fatto uccidere il fratello.

² V., sul punto, NOONAN, *Bribes*, University of California Press, 1989, p. 4.

³ V., sul punto, LUISI, *Considerazioni sulla determinatezza normativa della legislazione romana in materia di crimen repetundarum*, in FORNASARI, LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 163.

Infine, Plutarco, il quale narra del tentativo di Metello di ostacolare, con alcune leggi, le appropriazioni di denaro pubblico da parte di Cesare, che – in tutta risposta – fece forzare le porte del Tesoro per potervi accedere a proprio piacimento, e replicò a Metello che le armi e le leggi operano in tempi diversi, ed essendovi la guerra non poteva neppure fermarsi a discuterne ⁽⁴⁾.

Sebbene si tratti di vicende risalenti nel tempo, le problematiche che evidenziano sembrano assolutamente attuali. Disporre di previsioni legislative anticorruzione, precise ed adeguate, è senz'altro una condizione necessaria, ma non sufficiente: il caso narrato da Plutarco è emblematico sotto tale profilo, ed evidenzia quanto siano insufficienti i divieti imposti dalla legge, se poi risultano inefficaci.

La storia americana, all'indomani della guerra di secessione, ne è un esempio. La legge anticorruzione in vigore in quel periodo, difatti, proibiva espressamente le regalie volte ad influenzare le decisioni politiche. Tuttavia, né le corti, né i legislatori si preoccupavano di tracciare un confine chiaro tra i meri contributi alle campagne elettorali e le condotte di vera e propria corruzione dei candidati al Congresso, con ciò rendendo inefficaci ed inapplicate le stringenti previsioni normative ⁽⁵⁾.

L'osservazione di Tacito, sul ruolo della corruzione nella politica internazionale dell'epoca, rimane anch'essa di grande attualità. Si è osservato che la corruzione è ancora oggi ritenuta un prezzo accettabile da parte dei paesi occidentali, nel contesto internazionale, ed in alcune particolari circostanze: i cc.dd. «*peace builders*», intervenuti nel recente conflitto afgano, hanno apertamente tollerato la corruzione delle fazioni locali in guerra per consentire un loro ingresso nei negoziati di pace ⁽⁶⁾.

Se il fenomeno sembra dunque avere radici culturali e storiche assai

⁴ Per la ricostruzione storica degli episodi di corruzione nell'Antica Roma v. BRIOSCHI, *Corruption*, cit. *supra* nota 1, p. 23.

⁵ V., sul punto, TEACHOUT, *Corruption in America: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2014, p. 174.

⁶ V., sul punto, CHENG, ZAUM, *Corruption and Post-Conflict Peace-building: Selling the peace? Cass Series on Peacekeeping*, Routledge, London, 2012, p. 11; v., anche, STRAND, *Elite capture of Kabul Bank*, in SOREIDE, WILLIAMS (Edited by), *Corruption, Grabbing and Development. Real World Changes*, Edward Elgar Publishing, Padstow, UK, 2014, p. 175.

profonde, sulle quali non è la sede per indugiare ulteriormente, le sue ramificazioni risultano estremamente attuali, e persino più consistenti.

Il livello di corruzione, nel corso del tempo, non sembra essere diminuito. I cambiamenti politici, economici e sociali sembrano aver modificato le forme di manifestazione del fenomeno, ma senza diminuire la sua ricorrenza quantitativa. In particolare, la crescita delle transazioni economiche internazionali sembra aver avuto un impatto rilevante nell'incremento del fenomeno.

Precisamente, va osservato che la crescita esponenziale del commercio internazionale ha decuplicato le situazioni nelle quali le imprese multinazionali possono ottenere benefici economici o di altro genere, previo pagamento di tangenti in vario modo mascherate, per esempio celate nella forma di commissioni apparentemente lecite o di altri espedienti idonei per celarne la natura illecita ⁽⁷⁾.

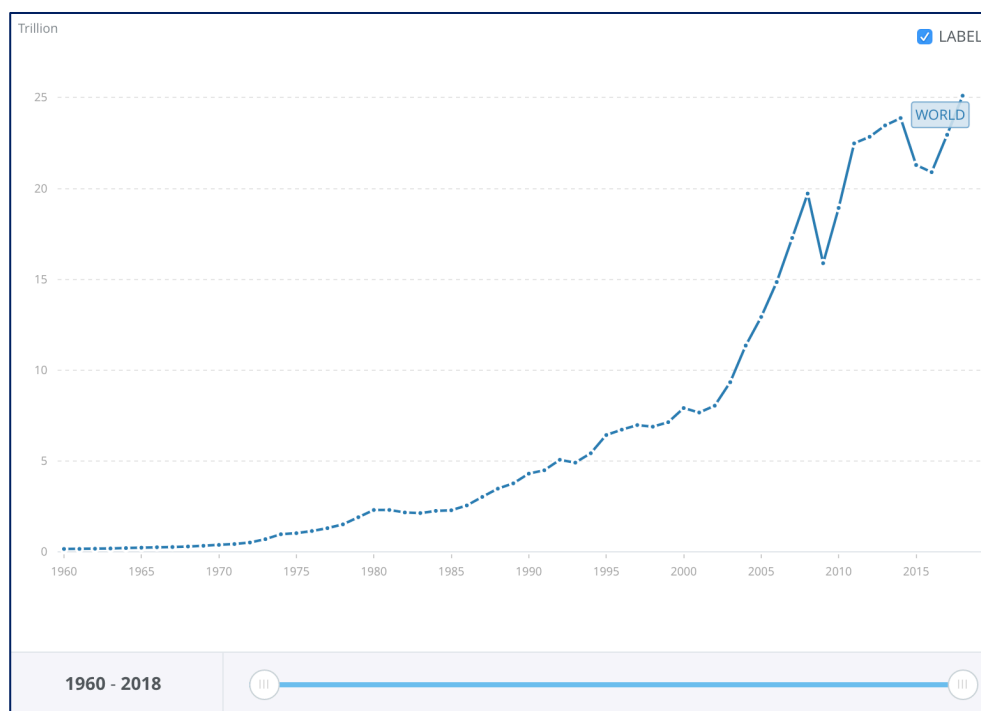
Gli *scambi commerciali* tra paesi sono più che quadruplicati dal 1980 ad oggi, ed i cambiamenti nella struttura e nelle regole del mercato, con cui si confrontano operatori economici sempre più internazionalizzati e multinazionali, sembrano aver contribuito non solo all'incremento, bensì soprattutto alla mutazione del fenomeno corruttivo, che sembra avere assunto una dimensione marcatamente transnazionale ⁽⁸⁾.

Il dato assoluto degli scambi commerciali dimostra, parallelamente alla mancata diminuzione del fenomeno corruttivo nello stesso periodo, che le due entità numeriche aumentano in un analogo contesto cronologico e geografico, lasciando presumere che tra le due entità misurate vi possa essere una correlazione di tipo proporzionale.

⁷ V., sul punto, TANZI, *Corruption around the World: causes, consequences, scope and cures*, in ABED, GUPTA (Edited by), *Governance, Corruption, and Economic Performance*, IMF, Whashington, D.C., 2002, p. 23.

⁸ I dati relativi alla crescita delle transazioni economiche internazionali sono disponibili su: *worldbank.org* (ultimo accesso: 3/10/2020).

Figura 1. – Exports of goods and services (current US\$)



Fonte: World Bank

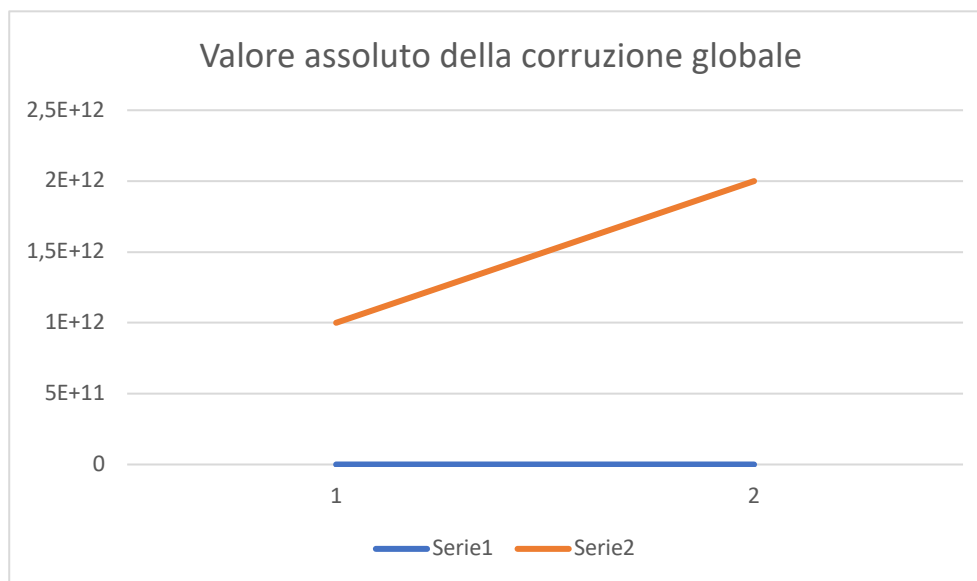
Difatti, dall'altro lato, pur nella difficoltà di stimare in maniera attendibile l'entità numerica del fenomeno, la Banca Mondiale (WB), nel 2004, stimava il valore assoluto della corruzione globale in 1 trilione di dollari. Si trattava di una cifra già effettivamente spaventosa, che costituiva circa il 2% del prodotto interno lordo globale (PIL globale) ⁽⁹⁾.

Esattamente dieci anni dopo, tale stima è raddoppiata ⁽¹⁰⁾.

⁹ V., sul punto, MAURO, *Corruption and growth*, 110 *Quarterly Journal of Economics*, 1995, p. 681; V., anche, KAUFMANN, *Myths and realities of governance and corruption*, 1 novembre 2005, p. 1 (disponibile su: *ssrn.com* – ultimo accesso: 3/10/2020).

¹⁰ La stima più recente sul valore numerico della corruzione globale è disponibile su: *repubblica.it* (ultimo accesso: 3/10/2020); v. anche LAWDER, *IMF: Global corruption costs trillions in bribes, lost growth*, 2016, p. 1 (disponibile su: *reuters.com* – ultimo accesso: 3/10/2020).

Figura 2. – *Global corruption costs (current US\$)*



Fonte: World Bank / Fondo Monetario Internazionale

Nella prima figura sopra riportata, si osserva come il valore assoluto delle transazioni economiche internazionali è cresciuto notevolmente, parallelamente alla espansione delle società di capitali fuori dai confini nazionali. Ciò ha determinato una penetrazione nei mercati esteri di entità economiche ed esigenze commerciali esogene rispetto ai contesti locali, fenomeno che ha potuto ripercuotersi nella proliferazione di occasioni per il perpetrarsi di episodi corruttivi.

Nello stesso arco temporale, difatti, secondo le stime cui si è fatto sopra riferimento, anche il valore assoluto della corruzione sembra non essere diminuito, bensì aumentato in misura pressoché proporzionale. La crescita del valore assoluto della corruzione globale sembra perciò essere legata, in qualche misura, non solo all'emersione della cifra oscura, bensì anche all'incremento delle transazioni economiche internazionali, facendo così presagire l'esistenza di modalità operative illecite ricorrenti. Difatti, i due dati, oltre che temporalmente coincidenti, sembrano influenzarsi reciprocamente.

In tale contesto, inoltre, sembrano assumere il ruolo principale le imprese multinazionali che, se da un lato veicolano la crescita delle operazioni economiche transnazionali, dall'altro risultano le entità più

esposte al fenomeno corruttivo, nella sua nuova dimensione globale ⁽¹¹⁾.

Tali elementi costituiscono i tratti essenziali della «*corporate corruption*», nella cui analisi si focalizzerà lo scritto.

2. L'ATTENZIONE DEGLI ORGANI ISTITUZIONALI E DELLA COMUNITÀ SCIENTIFICA. L'ANALISI DEI PRINCIPALI OSSERVATORI INTERNAZIONALI. DATI ECONOMICI E INDAGINI SOCIALI: GLI EFFETTI DELLA CORPORATE CORRUPTION

L'attenzione della comunità scientifica internazionale, nei confronti del tema della corruzione, ha registrato di recente un nuovo e straordinario impulso.

La corruzione è divenuta oggetto di studio da parte di organismi internazionali, creati *ad hoc* per indagare specificamente il fenomeno corruttivo e cercare di promuovere soluzioni legislative e di politica criminale, uniformi e condivise, per arginare quella che oramai appare come una vera e propria piaga globale.

In particolare, si è assistito alla proliferazione di *Non Governamental Organizations* (NGOs) o *Intergovernmental Organizations* (IGOs), coinvolte, in vario modo, nella lotta contro la corruzione sia nella sfera interna che nella manifestazione transnazionale.

Tra le prime, senz'altro, vi è l'organizzazione non governativa più riconosciuta ed accreditata al mondo, su questo tema, ossia ***Transparency International*** (TI), autrice ogni anno, dal 1995, dell'ormai celebre *Corruption Perception Index*.

NGOs e IGOs svolgono un ruolo irrinunciabile nei processi di *governance* di ogni paese, specie quando riescono a cooperare insieme, come ad esempio nel caso proprio di Transparency (NGO) e World Bank (IGO) che condividono una comune filosofia e si considerano «*comrades in arms*»

¹¹ V., sul punto, CAROLI, *La politica anticorruzione nei Gruppi internazionali. La strategia della corporate e la sua realizzazione nelle società controllate*, Luiss Un. Press, Roma, 2019, p. 13 ss.; BONUCCI, *La lotta contro la corruzione internazionale ed il ruolo delle imprese*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 99.

nella lotta alla corruzione⁽¹²⁾.

Le principali organizzazioni internazionali quali, ad esempio, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (**OCSE**), od il Fondo Monetario Internazionale (**FMI**) si sono adoperate per la creazione di commissioni permanenti per lo studio del fenomeno corruttivo e di soluzioni efficaci di contrasto.

L'OCSE, in particolare, nel 1994, ha istituito il *Working Group on Bribery in International Business Transactions* (**WGB**), con il compito di elaborare una convenzione internazionale *anti-bribery*. L'organismo ha redatto la "*OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*"⁽¹³⁾, che rimane, ancora oggi, un punto di riferimento per la lotta alla corruzione sul piano internazionale, come si vedrà più diffusamente nel capitolo seguente.

In seguito alla sua adozione, il WGB è rimasto operativo, con il compito di monitorare la implementazione ed il livello di *enforcement* della *OECD Anti-Bribery Convention*, della successiva "*Recommendation on Further Combating Bribery of Foreign Bribery in International Business Transactions*" del 2009 e degli strumenti collegati. Il WGB, infatti, pubblica periodicamente rapporti sui quali mostra il livello di adeguamento degli ordinamenti nazionali ai più elevati *standard* di efficienza, promuovendo l'adozione di misure sempre più efficaci di contrasto al fenomeno corruttivo⁽¹⁴⁾.

Lo stesso fenomeno si è verificato in seno ad altre organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte, come l'Organizzazione delle Nazioni Unite (**Onu**) ed il Consiglio d'Europa (**CdE**).

Nel 2005, è entrata in vigore la "*United Nations Convention against*

¹² V., sul punto, CRAMER, *Anti-Corruption Actions: Nongovernmental and Intergovernmental Organizations*, in ZHANG, LAVENA (Edited by), *Government Anti-Corruption Strategies. A Cross-Cultural Perspective*, CRC Press, Boca Raton, FL, 2015, p. 16.

¹³ La "*OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*" è stata adottata il 17 dicembre 1997 ed entrata in vigore il 15 febbraio 1999.

¹⁴ Per un approfondito esame della *Convenzione Ocse* v. PIETH, LOW, BONUCCI, *The OECD Convention on bribery, a commentary*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 1 ss.

Corruption” dell’Onu, comunemente nota come Convenzione di Merida (2003). Pochi anni prima, erano entrate in vigore la “*Criminal Law Convention on Corruption*” e la “*Civil Law Convention on Corruption*”, adottate dal CdE nel 1999, la cui implementazione ed osservanza è affidata al *Group of States against Corruption (GRECO)* che si occupa di monitorare periodicamente l’adeguamento della normativa interna in materia di corruzione degli Stati aderenti, con rapporti, raccomandazioni e linee guida ⁽¹⁵⁾.

L’obiettivo perseguito dalle convenzioni e dai vari organismi internazionali, che monitorano il termometro della corruzione su scala internazionale, è stato sin dall’inizio quello di tentare di arginarne l’inarrestabile diffusione globale.

I recenti casi di corruzione che hanno coinvolto società multinazionali, anche a partecipazione pubblica ⁽¹⁶⁾, od organismi internazionali ⁽¹⁷⁾, hanno riscosso nel contempo sempre maggiore interesse da parte dei media, allargando così la platea dei soggetti interessati allo studio del fenomeno e della sua diffusione, non più soltanto da parte degli organismi istituzionali, e riflettendo la crescente consapevolezza ed intolleranza nei confronti della corruzione da parte dell’opinione pubblica ⁽¹⁸⁾.

¹⁵ La “*United Nations Convention against Corruption*” è stata approvata con risoluzione n. 58/4 dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003, ed è entrata in vigore il 14 dicembre 2005. Della Convenzione sono parte 186 paesi (al 26 giugno 2018).

Il 1° luglio 2002 è entrata in vigore la “*Criminal Law Convention on Corruption*”, adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 27 gennaio 1999. Il 1° novembre 2003 è entrata in vigore la “*Civil Law Convention on Corruption*”, adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 4 novembre 1999.

¹⁶ Si pensi, in Italia, al c.d. caso *ENI-gate* del 2014 per il quale v. GATTI, C. (2018), *ENIGATE. I documenti esclusivi sulle tangenti internazionali che l’ente petrolifero è accusato di aver pagato*, PaperFirst, p. 1 ss.; oppure, ancora, in Brasile al c.d. caso *Odebrecht*, per il quale v. SCOLLO, WINKLER, *Questionable Transactions, Unquestionable Rules: The Odebrecht/Braskem Case and the Foreign Corrupt Practices Act*, in *Dir. Comm. Int.*, 2017, vol. XXXI, n°3, p. 521 ss.

¹⁷ Si pensi, ad esempio, agli scandali che hanno colpito alcune federazioni sportive, per i quali v. in particolare BRAMBILLA, ZONCA, *Scandalo Fifa, tutti gli inganni dei sette mondiali. L’inchiesta della Fbi ha svelato vent’anni di corruzione*, 9 giugno 2015, p. 1 (disponibile su: lastampa.it – ultimo accesso: 3/10/2020).

¹⁸ V., sul punto, NICHOLLS, DANIEL, BACARESE, MATON, HATCHARD, *Corruption and misuse of the public office*, III ed., Oxford Un. Press., Oxford, 2017, p. 9.

L'interesse per la «*corruption analysis*», con il passare del tempo, è cresciuto anche nel mondo accademico, e per lo più con il sedimentarsi del fenomeno corruttivo sul piano pubblico e privato, senza tuttavia raggiungere livelli sufficienti di attenzione ed approfondimento, se non di recente, nonostante la corruzione rappresenti, secondo alcuni, la prima causa di «*bad governance*»⁽¹⁹⁾.

Nella seconda metà degli anni '50, lo storico americano Eric McKittrick scrisse che il fenomeno corruttivo risultava di scarso interesse presso la comunità degli economisti ed in generale per le scienze sociali⁽²⁰⁾.

Neppure dopo lo scandalo *Watergate* (1972) la comunità scientifica internazionale cominciò ad occuparsene seriamente⁽²¹⁾. Dunque, nonostante riferimenti al fenomeno corruttivo fossero già presenti nel Libro della Genesi, la corruzione sembra non aver ricevuto sufficiente attenzione sino alla fine del secolo scorso, quando – probabilmente per il suo affermarsi in maniera sempre più evidente, nel mondo politico e delle transazioni economiche e commerciali – ha cominciato ad essere l'oggetto di un vasto approfondimento giuridico, economico ed anche filosofico⁽²²⁾.

L'analisi del fenomeno corruttivo da parte degli studiosi e la crescente attenzione mediatica hanno stimolato i legislatori nazionali, e le organizzazioni internazionali, che si occupano della materia, a discuterne più approfonditamente ed attentamente, e talvolta, ad implementare alcune proposte di riforma legislativa. Tuttavia, l'impatto del dibattito culturale e dottrinale non sembra aver condotto, per ora, a risultati soddisfacenti⁽²³⁾.

¹⁹ V., sul punto, ROSE, PIEFFER, *Bad governance and corruption*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, p. xiii e pp. 167 ss.

²⁰ V., sul punto, MCKITRICK, *The study of corruption*, in *Political Science Quarterly*, 72(4), 1957, p. 502.

²¹ V., sul punto, PETERS, WELCH, *Political corruption in America: a search for definitions and a theory, or if political corruption is in the mainstream of American politics why is it not in the mainstream of American politics research?*, in *The American Political Science Review*, 72(3), 1978, p. 974.

²² V., sul punto, HOUGH, *Analysing corruption*, Agenda Publishing, London, 2017, p. 17.

²³ V., sul punto, ZURNIC, *Corruption and democratic transition in eastern Europe: the role of political scandals in post-Milošević Serbia*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, p. 191, l'A. sottolinea come il dibattito in materia di corruzione ha prodotto, in Serbia, scarsi risultati sotto il profilo della evoluzione del sistema legislativo interno. Si tratta di una considerazione che appare

Difatti, a fronte degli sforzi, compiuti dai governi nazionali e dalle istituzioni sovranazionali, per monitorare ed arginare il fenomeno corruttivo, sforzi su cui in seguito ci si soffermerà più approfonditamente, la corruzione – specie nelle transazioni economiche internazionali – non sembra avere tuttora efficaci misure di contenimento e di contrasto, tanto da prendere sempre più le sembianze di una vera e propria piaga globale ⁽²⁴⁾.

Un dato sembra essere certo: la corruzione influenza le decisioni politiche, soprattutto quelle che incidono sulla allocazione della ricchezza, alterando le regole di mercato ⁽²⁵⁾. Anche per questo la WB ha inserito la lotta alla corruzione tra i principali strumenti per raggiungere l’obiettivo di eliminare le forme più estreme di povertà, entro il 2030, e di distribuire la prosperità globale verso il 40% della popolazione più povera del pianeta.

In un recente rapporto, la WB ha sottolineato la connessione tra la corruzione ed il livello di povertà che alcune ricerche empiriche hanno dimostrato: la corruzione sembra diminuire gli investimenti, frenare l’economia, aumentare le diseguaglianze sociali, ed il livello di corruzione sembra più alto laddove è più significativo il dramma della povertà ⁽²⁶⁾.

condivisibile, non solo con riguardo al paese della penisola balcanica ma, invero, a gran parte degli ordinamenti giuridici. Le proposte di riforma della legislazione interna in materia di corruzione sembrano registrare, in effetti, una forte resistenza da parte dei singoli ordinamenti e dei singoli legislatori internazionali, apparentemente più che per altre tematiche. Non è un caso, difatti, che i progressi più significativi, in questa materia, non provengono quasi mai dagli ordinamenti nazionali, bensì è quasi sempre in sede internazionale che si raggiungono nuovi *step* nelle politiche anticorruzione, ancorché siano tutti da dimostrare l’efficacia ed i livelli di *enforcement* delle previsioni adottate nelle convenzioni internazionali in materia.

²⁴ V., sul punto, SEVERINO, *Lotta alla corruzione internazionale ed omogeneità delle regole di prevenzione*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 2, secondo cui, quando si affronta il tema della corruzione «*tutti concordano nel dire che si tratta di un fenomeno diffuso in tutto il mondo, con variabili solo quantitative, e che dunque va combattuto con mezzi comuni a tutte le Nazioni*». La capacità di combattere efficacemente la corruzione è correlata senz’altro alla previa comprensione delle cause che la determinano, o che la incrementano. V., inoltre, sul punto, CARTIER BRESSON, J., *The causes and consequences of corruption: economic analysis and lessons learnt*, in OECD (ed.), *No Longer Business as Usual*, Paris, 2000, p. 11 secondo cui siamo ancora ben lontani dalla piena comprensione delle cause che determinano il sorgere ed il perdurare del fenomeno corruttivo.

²⁵ V., sul punto, ARNONE, BORLINI, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2014, p. 33.

²⁶ V., sul punto, il Report “*Combating Corruption*” diffuso nel 2018 dalla WB (disponibile su: worldbank.org – ultimo accesso: 3/10/2020)

Il fenomeno corruttivo sembra avere, dunque, conseguenze rilevanti per l'economia, e dunque per le condizioni sociali della popolazione, su scala globale, imponendo con ciò la necessità di studiare ed affrontare tale fenomeno non più e non soltanto entro i confini nazionali, bensì partendo proprio dalla sua dimensione e pervasività globale ⁽²⁷⁾.

L'ex direttore generale del FMI, oggi presidente della Banca Centrale Europea (BCE), Christine Lagarde, in una recente intervista ad una rete televisiva italiana, ha definito la corruzione, per l'appunto, «una piaga economica e sociale» ⁽²⁸⁾.

Il FMI, com'è noto, ha il compito di proteggere la stabilità globale e promuovere una crescita economica forte, sostenibile, equilibrata ed inclusiva. Alla luce di quanto si è accennato, l'obiettivo sembra divenire difficile da raggiungere («*difficult, if not impossible*») in presenza di una corruzione radicata e istituzionalizzata. Per tale motivo, l'organizzazione si occupa, cooperando con molteplici organismi internazionali, di monitorare la diffusione del fenomeno, suggerendo agli Stati l'adesione a modelli normativi sempre più avanzati, per reprimere la piaga della corruzione.

Nell'intervista, Lagarde osserva che, fondamentalmente, la corruzione compromette la capacità dei governi di svolgere il proprio lavoro. Essa mina la capacità di aumentare le entrate necessarie al fabbisogno degli Stati e distorce le decisioni di spesa, nel senso che i governi potrebbero essere inclini a favorire progetti che generano tangenti a progetti che generano valore economico e sociale. Ciò risulta negativo soprattutto per la crescita e per le opportunità economiche. Allo stesso tempo, rappresenta un male per l'equità e la giustizia sociale, poiché i poveri perdono di più dalla diminuzione della spesa sociale e degli investimenti nello sviluppo sostenibile. E, infine, costituisce un male per la stabilità economica, poiché la combinazione tossica di un basso livello di entrate e di sprechi di spesa fa sì che i deficit

²⁷ V., sul punto, CRUTCHFIELD, GEORGE, LACEY, BIRMELE, *On the threshold of the adoption of global anti-bribery legislation: a critical analysis of current domestic and international efforts toward the reduction of business corruption*, 32 *Vanderblit Journal of Transnational Law*, 1999, p. 9, secondo cui la corruzione rappresenta un impedimento allo sviluppo economico globale.

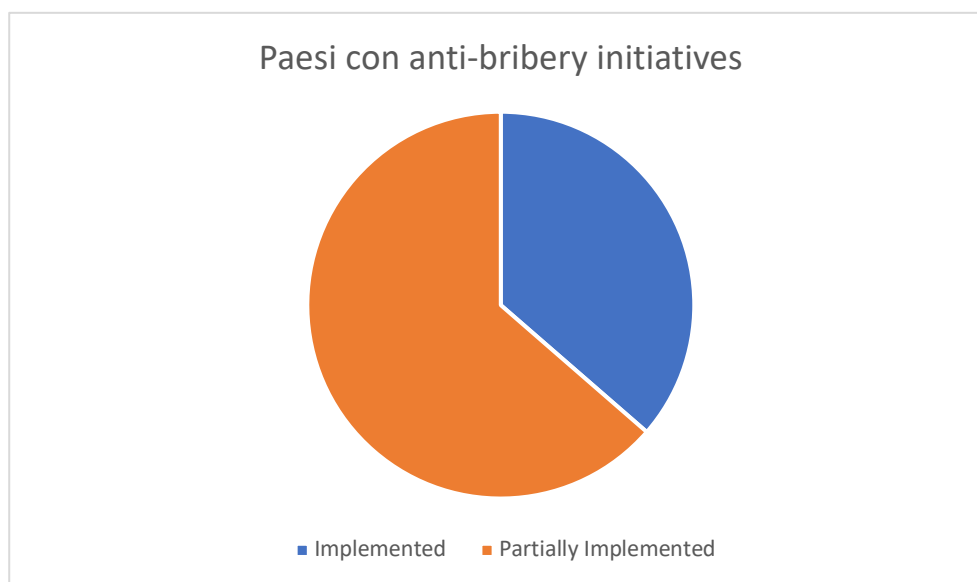
²⁸ V. sul punto, le dichiarazioni di Lagarde rilasciate a RaiNews: *Corruzione. Fmi: 2mld tangenti all'anno*, 11 maggio 2016, p. 1 (disponibile su: rainews.it – ultimo accesso: 3/10/2020)

sfuggano al controllo ⁽²⁹⁾.

Nella lotta alla corruzione appare oramai fondamentale il ruolo di impulso degli operatori internazionali. Tra questi, come si è detto, vi è il WGB che riunisce i 43 Stati che hanno aderito alla *Convenzione OCSE* sulla corruzione, 35 dei quali membri anche dell'organizzazione internazionale promotrice.

Nel rapporto del 2014, il WGB rilevava che meno della metà degli Stati contraenti, a quella data, aveva sanzionato una persona fisica o giuridica per corruzione di un pubblico ufficiale straniero, mentre nei restanti paesi alcuna iniziativa giudiziaria, volta alla repressione del fenomeno, era stata intrapresa, come si può notare dalla figura seguente ⁽³⁰⁾.

Figura 3. – *Parties & criminal proceedings for foreign bribery, 2014*



Fonte: WGB

²⁹ V., sul punto, LAGARDE, *Corruption Disruption*, 2017, p. 1 (disponibile su: blog.imf.org – ultimo accesso 3/10/2020).

³⁰ V., sul punto, OECD, *Working Group on Bribery: 2014 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention*. 2 novembre 2015 (disponibile su: oecd.org – ultimo accesso 3/10/2020). V., per un commento, UBIALI, *Corruzione di pubblici funzionari stranieri: i dati statistici dal Working Group on bribery (Ocse)*, su *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2016, p.1 (disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso 3/10/2020).

Per ciò, nell'immobilismo, o quasi, dei paesi che a quell'epoca costituivano circa il 65% del commercio mondiale, la corruzione internazionale continuava a rimanere pressoché impunita. E, difatti, nel rapporto diffuso pochi anni dopo, e precisamente nel 2017, lo stesso organismo rivelava che soltanto 29 paesi, sui 43 aderenti alla Convenzione, avevano avviato almeno un'indagine in materia di corruzione internazionale, e che soltanto in 23 Stati almeno una di queste indagini si era conclusa con una sentenza di condanna ⁽³¹⁾.

Il cammino verso la meta, dunque, era piuttosto lungo, e la volontà di uniformarsi agli *standard* promossi dalle organizzazioni internazionali risultava vacillare, tanto negli organismi rappresentativi, quanto nelle istituzioni giudiziarie.

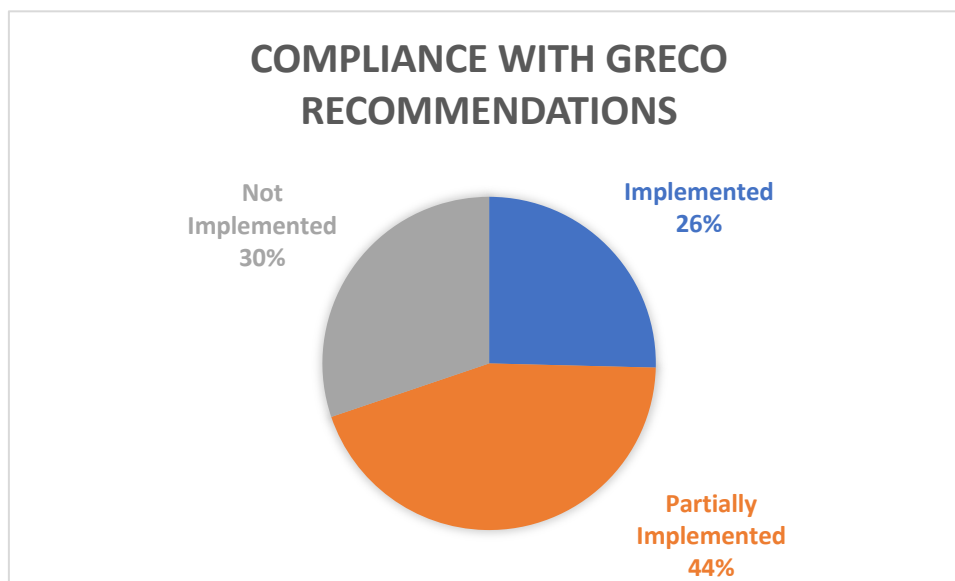
Nell'ultimo rapporto pubblicato dal GRECO si legge, difatti, come appena un quarto dei paesi aderenti, a quella data, aveva efficacemente implementato le raccomandazioni promulgate.

Tale dato, in particolare, si riferiva alle assemblee parlamentari, rivelatesi in larga parte refrattarie a recepire le indicazioni provenienti dall'organismo del Consiglio, come può notarsi dalla figura seguente ⁽³²⁾.

³¹ V., sul punto, il Report “*Fighting the crime of foreign bribery. The Anti-Bribery Convention and the OECD Working Group on Bribery*”, OECD, 2017, p. 5 (disponibile su: oecd.org – ultimo accesso 3/10/2020)

³² V., sul punto, il Report “*Anti-corruption trends, challenges and good practices in Europe & the United States of America, 18th General Activity Report (2017)*”, GRECO, p. 9. disponibile su: coe.int – ultimo accesso 3/10/2020). In argomento, v. UBIALI, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del Greco: tra le criticità. La corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*, su *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2018, p. 1 (disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso 10/10/2020).

Figura 4. – 18th General Activity Report, 2017



Fonte: GRECO

Un risultato migliore, ma non ancora soddisfacente, registravano la magistratura requirente e giudicante, per le quali la percentuale di implementazione delle raccomandazioni, provenienti dal rapporto GRECO, si attestava rispettivamente, di poco sopra ed appena sotto la soglia del 50%. Dunque, anche l'autorità giudiziaria sembra faticare ad adeguarsi agli *input* provenienti dagli organismi internazionali ⁽³³⁾.

Tuttavia, seppure i livelli di *enforcement* delle legislazioni nazionali non sembrano soddisfacenti, e sebbene gli Stati sembrano faticare ad adeguare le normative interne ai più evoluti strumenti di lotta alla corruzione, va registrato comunque un positivo incremento di attenzione verso il fenomeno corruttivo da parte degli organismi statali indipendenti, come – nel caso italiano – l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Nella relazione elaborata dall'ANAC per la IV Conferenza Ministeriale anticorruzione OCSE del 2016 a Parigi, l'Autorità ha ammonito che «*la corruzione altera il meccanismo degli incentivi della concorrenza sui mercati mondiali*» e che «*costituisce prima di tutto una forte distorsione*

³³ *Ibid.*, p. 11-13.

della allocazione delle risorse, distogliendo soprattutto quelle che potrebbero essere destinate allo sviluppo»⁽³⁴⁾.

Analogamente, Vito Gaspar e Sean Hagan, rispettivamente Direttore del «Fiscal Affairs Department» e General Counsel del FMI, nel 2015, hanno definito la corruzione una tassa occulta sulla crescita economica («*a hidden tax on growth*»), ricordando quelle ricerche che hanno mostrato una forte correlazione tra livelli inferiori di corruzione e miglioramenti, nel lungo termine, del PIL pro-capite e degli indici di sviluppo⁽³⁵⁾. Un'efficace lotta alla corruzione, al contrario, potrebbe condurre ad un aumento considerevole del reddito e garantire a una crescita costante per le imprese⁽³⁶⁾.

La corruzione, dunque, frena la crescita economica e lo sviluppo. Sul punto, va osservato che, secondo quanto è stato calcolato, se un paese come l'Italia avesse ridotto il proprio valore di corruzione percepita sino ai livelli dei paesi più virtuosi, avrebbe raddoppiato, se non triplicato il suo tasso di crescita nel medio-lungo periodo⁽³⁷⁾.

La corruzione ha dunque un enorme impatto sull'economia: si tratta di una piaga che incide sul benessere della collettività, nella sua interezza, e

³⁴ V., sul punto, CANTONE, *Corruzione internazionale e ordinamento giuridico italiano: la L. 231 e il profilo della responsabilità penale delle aziende private. Prevenzione. Strutture per rafforzare e riconoscere la compliance anticorruzione*, intervento alla IV Conferenza Ministeriale anticorruzione Ocse, Parigi, 15 marzo 2016, p. 1 (disponibile su: *anticorruzione.it* – ultimo accesso: 3/10/2020).

³⁵ V., sul punto, GASPAR, HAGEN, *Corruption A Hidden Tax on Growth*, 5 novembre 2015, p. 1 (disponibile su: *imf.org* – ultimo accesso: 3/10/2020).

³⁶ V., sul punto, ALCALA, CICCONE, *Trade and productivity*, in *Quarterly Journal of Economics*, 119, 2, 2004, p. 613; ACEMOGLU, JOHNSON, ROBINSON, *The colonial origins of comparative development: an empirical investigation*, in *American economic review*, 2001, p. 1369; KAUFMANN, KRAAY, *Growth without governance*, World Bank Policy Research Working Paper n. 2928, 2002, p. 1; RODRIK, SUBRAMANIAN, TREBBI, *Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development*, in *Journal of economic growth*, Springer, 9(2), 2004, p. 131; STASIO, *Corruzione zavorra del Pil*, 2012, p. 1 (disponibile su: *ilsole24ore.com* – ultimo accesso: 3/10/2020); secondo uno studio della WB le imprese, ed in particolare quelle di piccole e medie dimensioni, identificano nella corruzione uno tra gli ostacoli principali al loro sviluppo ed in molti casi giudicano inefficaci i canali legali di fronte a pubblici ufficiali corrotti. V., sul punto, World Bank, *Investment Climate Survey*, in UNIDO/UNODC, *Corruption prevention to foster small and medium-size enterprise development*, 2007, p. 67 (disponibile su: *undoc.org* – ultimo accesso: 3/10/2020).

³⁷ V., sul punto, AIDT, DUTTA, SENA, *Governance regimes, corruption and growth: theory and evidence*, in *Journal of comparative economics*, Elsevier, 36(2), 2008, p. 195.

combatterla seriamente ed efficacemente, in un contesto globalizzato, appare oggi una necessità non più rinviabile.

Il verificarsi di una inarrestabile integrazione economica su scala globale ha poi accresciuto l'attenzione di economisti ed istituzioni internazionali per il fenomeno corruttivo nella sua dimensione internazionale.

In particolare, le istituzioni finanziarie, in speciale misura a partire dagli anni '90, hanno cominciato a promuovere politiche di trasparenza e regolarità contabile, per facilitare le transazioni economiche tra gli Stati e, dunque, per arginare la prassi dei pagamenti illeciti, al fine di promuovere regole di mercato improntate alla correttezza ⁽³⁸⁾.

Elaborare misurazioni attendibili per quantificare il valore della corruzione è piuttosto difficile, poiché esistono degli elementi di incertezza ineliminabili.

Anzitutto, vi è un problema di accuratezza nella raccolta dei dati. Inoltre, le singole indagini non riflettono il dato generale, per cui è difficile astrarre dal particolare al generale, ed ottenere così una stima completa del fenomeno ⁽³⁹⁾. Un dato, però, è certo: la sua pervasività è mastodontica.

Secondo alcuni studiosi, la cultura ed il contesto sociale nei quali prospera sono il primo fattore determinante della corruzione, ancor più del contesto politico ed economico nel quale si sviluppa. Si è osservato, infatti, che crescere o vivere per un apprezzabile lasso temporale in contesti sociali o regioni del mondo in cui la corruzione è relativamente accettata o tollerata crea una più naturale propensione alla reiterazione di fatti di corruttela ⁽⁴⁰⁾.

Vi è poi una non perfetta sovrapposizione tra norme giuridiche e norme sociali: se un pagamento è giuridicamente qualificabile come illecito ma viene percepito come una mancia od un regalo in uno specifico contesto

³⁸ V., sul punto, ABED, GUPTA, *Governance, Corruption, and Economic Performance*, IMF, Whashington, D.C., 2002, p. 5.

³⁹ V., sul punto, KAUFMANN, KRAAY, MASTRUZZI, *Measuring Corruption: Myths and Realities. Africa Region Findings & Good Practice Infobriefs*, no. 273. World Bank, Washington, DC., 2007, p. 2.

⁴⁰ V., sul punto, ROSE-ACKERMAN, PALIFKA, *Corruption and government. Causes, consequences and reform*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 233.

sociale, difficilmente vi sarà adesione da parte dei consociati al modello legale ⁽⁴¹⁾.

Alcuni studi rivelano una significativa incidenza del genere: le donne, a differenza degli uomini, sono meno propense a cedere alla corruzione od a tollerarla ⁽⁴²⁾. Altri studi dimostrano una incidenza positiva o negativa della religione ⁽⁴³⁾, così come il livello di fiducia nelle istituzioni che, ove manca, può alimentare fenomeni di deviazione criminale come appunto la corruzione o, nel caso italiano, persino la mafia ⁽⁴⁴⁾.

Infine, pure all'interno di contesti economici ed aziendali che promuovono l'adesione a modelli di comportamento improntati alla correttezza, quali ad esempio quelli delle multinazionali, spesso si registra una tendenza a giustificare pagamenti illeciti e tangenti nei confronti di pubblici ufficiali di economie povere od emergenti, etichettandoli come comportamenti che riflettono essenzialmente la cultura locale, con ciò negando il disvalore sociale che tali condotte assumono ⁽⁴⁵⁾.

Si tratta, in buona sostanza, di variabili che possono contribuire in modo significativo ad alimentare od arrestare la cultura illecita della corruzione. Il punto di partenza, però, come sempre è l'indirizzo fornito dall'ordinamento: una legislazione chiara ed efficace risulta essere imprescindibile per l'azione di contrasto al fenomeno. Su questa premessa,

⁴¹ V., sul punto, DALTON, *Corruption in cultural context: contradictions within the Korean tradition*, *Crime, Law and Social Change* 43, p. 237-62, 2005, p. 244.

⁴² V., sul punto, CHAUDHURI, *Gender and corruption: a survey of the experimental evidence*, in SERRA, WANTCHEKON (a cura di), *Research in experimental economics, Volume 15: new advances in experimental research on corruption*, Bingley, UK: Emerald, 2012, p. 13-49, p. 13.

⁴³ V., sul punto, PERSSON, TABELLINI, TREBBI, *Electoral rules and corruption*, *Journal of the European Economic Association* 1(4): p. 958-89, 2003, p. 969.

⁴⁴ V., sul punto, GAMBETTA, *The sicilian mafia*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1993, p. 1. V., sul punto, anche JOHNSTON, *Corruption contention and reform. The power of deep democratization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 29, in cui l'A. spiega come un incremento del livello di "democratizzazione" può diminuire il livello di corruzione. Non si tratta, in realtà, di modificare le forme di stato istituendo la democrazia laddove vi siano altre forme di governo, ma piuttosto di aumentare la fiducia e la capacità dei cittadini di risolvere i loro problemi e le loro necessità tramite mezzi legali.

⁴⁵ V., sul punto, ROSE-ACKERMAN, PALIFKA, *Corruption and government. Causes, consequences and reform*, cit. *supra* nota 40, p. 262.

occorre perciò misurare lo stato dell'arte della situazione italiana, cui è dedicato il seguente paragrafo.

3. LA CONDIZIONE DELL'ITALIA

La legislazione italiana in materia di corruzione è stata più volte modificata nell'ultimo decennio, proprio per venire incontro alle spinte provenienti dalle principali istituzioni ed organizzazioni internazionali ⁽⁴⁶⁾.

Essa, difatti, è stata a lungo oggetto di critiche, perché ritenuta incapace di assicurare un sufficiente livello di contrasto al fenomeno corruttivo pressoché dilagante che ha interessato e, probabilmente tutt'ora interessa, il nostro paese ⁽⁴⁷⁾.

Gli interventi di riforma che si sono susseguiti sembrano aver inciso positivamente sulla capacità dell'autorità giudiziaria di intercettare e reprimere il fenomeno corruttivo, con ciò aumentando la prevenzione di nuovi episodi di corruzione.

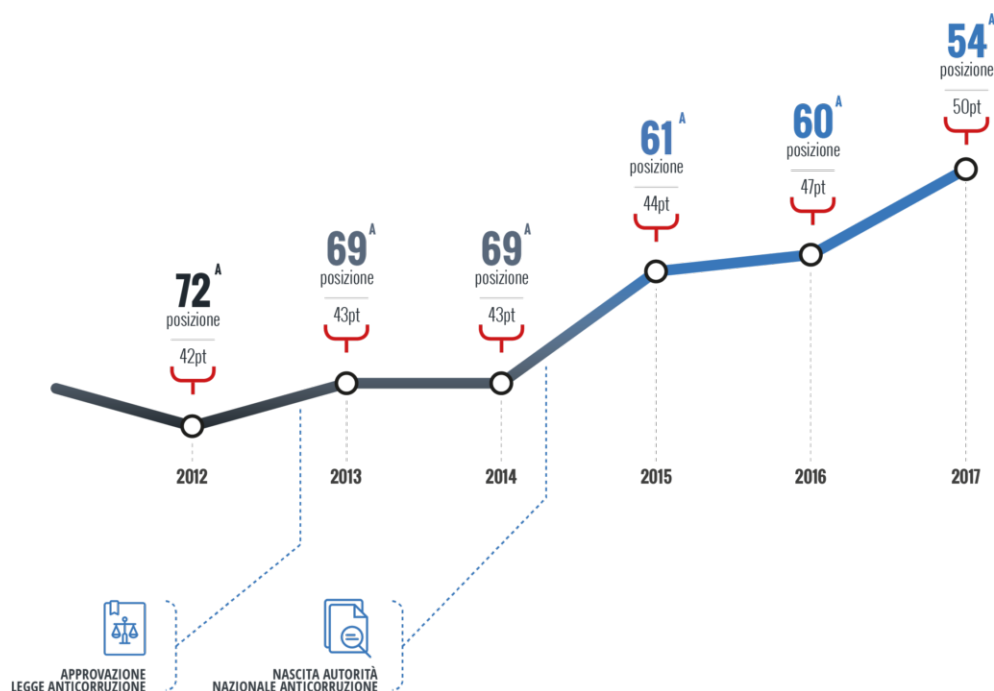
Nell'ultimo *Report* pubblicato da TI, difatti, l'Italia ha migliorato la sua posizione nella classifica dei paesi aderenti ⁽⁴⁸⁾, anche se continua a mantenere una posizione modesta nell'indice di percezione globale elaborato dalla stessa organizzazione internazionale, come si può notare nella figura seguente.

⁴⁶ V., sul punto, MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2012, p. 1 ss. (disponibile su: penalecontemporaneo.it – ultimo accesso 8/10/2020).

⁴⁷ V., sul punto, DAVIGO, MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Milano, 2008, p. 10 ss.

⁴⁸ V., sul punto, DELL, MCDEVITT, *Exporting Corruption. Progress report 2018: assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2018, p. 9. In argomento, v. altresì CAMPBELL, *Perception Is Not Reality: The FCPA, Brazil, and the Mismeasurement of Corruption*, 22 *Minn. J. Int'l L.* 247, 2013, p. 251 in cui l'A. osserva che se la corruzione può incidere negativamente, anche la percezione della corruzione può ingenerare diffidenza in un dato mercato, comportando un impatto negativo per gli investimenti stranieri.

Figura 5. – *Transparency International CPI 2017*



Fonte: TI

Nel 2017, difatti, l'Italia è risultata 54esima nel *Corruption Perception Index 2017* (CPI 2017)⁽⁴⁹⁾, migliorando la sua posizione rispetto all'anno precedente, in cui si era piazzata solo al 60esimo posto⁽⁵⁰⁾ – e dunque confermando il suo lento cammino di rinnovamento della legislazione interna e di miglioramento delle politiche anticorruzione –, ma rimanendo comunque ben lontana dalle nazioni più virtuose e più avanzate.

Va osservato, sul punto, che in pochi anni, e precisamente dal 2002 al 2017, l'Italia ha conquistato quasi venti posizioni nella classifica globale, avvicinandosi ai paesi più virtuosi nell'elenco elaborato da Transparency. Tuttavia, rimane ancora distante da gli attori principali del commercio internazionale, ossia dalle potenze economiche più sviluppate: tutti i paesi

⁴⁹ V., sul punto, il Report "*Corruption perceptions index 2017*" (disponibile su: transparency.it – ultimo accesso: 3/10/2020).

⁵⁰ *Ibid.*

del G7 si trovano entro la 23esima posizione, mentre l'Italia si colloca dopo la Namibia e poco prima dell'Arabia Saudita. È il segno che, nonostante gli sforzi profusi, molto rimane ancora da fare.

Figura 6. – *Transparency International CPI 2017*

RANK	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	RANK	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	RANK	COUNTRY/TERRITORY	SCORE
1	New Zealand	89	21	Estonia	71	40	Saint Vincent and the Grenadines	58
2	Denmark	88	21	United Arab Emirates	71	42	Cyprus	57
3	Finland	85	23	France	70	42	Czech Republic	57
3	Norway	85	23	Uruguay	70	42	Dominica	57
3	Switzerland	85	25	Barbados	68	42	Spain	57
6	Singapore	84	26	Bhutan	67	46	Georgia	56
6	Sweden	84	26	Chile	67	46	Malta	56
8	Canada	82	28	Bahamas	65	48	Cabo Verde	55
8	Luxembourg	82	29	Portugal	63	48	Rwanda	55
8	Netherlands	82	29	Qatar	63	48	Saint Lucia	55
8	United Kingdom	82	29	Taiwan	63	51	Korea (South)	54
12	Germany	81	32	Brunei Darussalam	62	52	Grenada	52
13	Australia	77	32	Israel	62	53	Namibia	51
13	Hong Kong	77	34	Botswana	61	54	Italy	50
13	Iceland	77	34	Slovenia	61	54	Mauritius	50
16	Austria	75	36	Poland	60	54	Slovakia	50
16	Belgium	75	36	Seychelles	60	57	Croatia	49
16	United States	75	38	Costa Rica	59	57	Saudi Arabia	49
19	Ireland	74	38	Lithuania	59	59	Greece	48
20	Japan	73	40	Latvia	58	59	Jordan	48

Fonte: TI

La corruzione, com'è noto, è un reato a cifra oscura molto alta: giacché le due parti (corrotto e corruttore) ottengono entrambe benefici dalla corruzione, nessuna delle due ha interesse a rivelare all'autorità giudiziaria l'accordo corruttivo ⁽⁵¹⁾. Si è detto, inoltre, che la corruzione agisce come un

⁵¹ V., sul punto, GRAY, KAUFMAN, *Corruption and development*, Prem Notes, no. 4, World Bank, Washington DC., 1998, p. 2; MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, in *Discrimen*, 7 gennaio 2019, p. 8 in cui l'A. sottolinea come il deficit di effettività delle disposizioni penali in materia di criminalità economica alimenta la cifra oscura. Ciò, naturalmente, vale anche con riguardo alle fattispecie corruttive. In tema di criminalità di matrice economica, in generale, v. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come*

“potere invisibile”⁽⁵²⁾, difficile da misurare, ed allo stesso tempo da reprimere. La percezione di un alto livello di corruzione, trasfuso nel CPI di Transparency, può rappresentare allora un segnale di allarme per l’ordinamento italiano, poiché può costituire il segno che l’autorità giudiziaria non riesce a captare efficacemente una buona parte degli episodi corruttivi che avvengono nel nostro paese. Dunque, dal CPI 2017, in relazione all’Italia, sembra emergere una realtà economica e sociale nella quale la corruzione rappresenta ancora oggi una piaga largamente diffusa.

La classifica elaborata da Transparency mostra, inoltre, un ulteriore dato preoccupante. La posizione al 54esimo posto, difatti, è dovuta al punteggio che l’Italia ha ottenuto nelle verifiche compiute dalla organizzazione internazionale che ha elaborato il dato.

L’indice classifica 180 paesi e territori in base ai livelli percepiti di corruzione del settore pubblico, secondo esperti e uomini d’affari. Esso utilizza una scala da 0 a 100, dove 0 è l’indice di un paese altamente corrotto e 100 è invece sintomatico di una realtà territoriale dove la corruzione è assente o marginale. Ebbene: il CPI 2017 ha rilevato che più dei due terzi dei paesi ha un punteggio inferiore a 50, dunque oltre il 66% dei paesi rimane con politiche anticorruzione largamente insufficienti rispetto alle esigenze di repressione del fenomeno. Va osservato che l’Italia ha conseguito uno *score* di appena 50 punti, dunque, un risultato piuttosto modesto rispetto a potenze quali la Germania o la Gran Bretagna, che conseguono rispettivamente 81 e 82 punti nell’indice globale.

La «*performance*» dell’Italia è quindi assai al di sotto dei risultati ottenuti dai principali partner commerciali in Europa e nel mondo, e costituisce il segno più evidente che, nonostante gli interventi di riforma, il nostro sistema legislativo e giudiziario fatica a fronteggiare il dilagante fenomeno corruttivo con gli strumenti a sua disposizione.

La corruzione percepita è un dato rilevante, tanto quanto i tentativi di

dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*. Atti del convegno. Milano, 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, p. 176.

⁵² V., sul punto, VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Gruppo Abele ed., Torino, 2012, p. 71.

stimare il dato reale, se non di più. Quando un cittadino od un investitore straniero hanno la percezione che un certo sistema od un paese siano corrotti questo soggetto tende a non usare quel servizio, od a spostare gli investimenti in un altro paese, anche se il dato empirico sembra suggerire una diversa realtà ⁽⁵³⁾.

Le statistiche giudiziarie hanno evidenziato, nello scorso decennio, una flessione considerevole del numero di condanne per corruzione (e concussione) nel nostro paese, pure a fronte di un numero pressoché costante di denunce. È stato notato come la variabilità del numero di denunce possa dipendere dal grado di fiducia dei cittadini verso il sistema istituzionale giudiziario, e dunque la credibilità del sistema paese nel reprimere fenomeni di corruzione. Al contrario, il numero delle condanne non sembra avere alcuna diretta correlazione con la percezione del fenomeno da parte dell'opinione pubblica, per cui il calo delle condanne, registrato sul finire del decennio scorso, giacché non necessariamente si collega alla infondatezza delle notizie di reato, assume i caratteri di un dato preoccupante quanto alla capacità del nostro ordinamento e del nostro sistema giudiziario di reprimere la corruzione, dato che riflette il risultato fallimentare delle politiche anticorruzione attuate nel decennio successivo alla nota vicenda di “Mani pulite” ⁽⁵⁴⁾.

Se lo scorso decennio si è chiuso con dati preoccupanti quanto alla capacità del sistema giudiziario italiano di giungere all'accertamento delle condotte corruttive, segnali più confortanti provengono dagli studiosi del fenomeno. Negli stessi anni – a fronte delle difficoltà istituzionali a

⁵³ V., sul punto, KAUFMANN, KRAAY, MASTRUZZI, *Measuring Corruption: Myths and Realities. Africa Region Findings & Good Practice Infobriefs*, cit. *supra* nota 39, p. 2.

⁵⁴ Per le statistiche giudiziarie v. MONTEDURO, BRUNELLI, BURATTI, , *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Formez PA, 2013, p. 25; v., sul punto, anche VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, cit. *supra* nota 52, p. 257 in cui l'A. osserva: «E' vero che sull'onda di “mani pulite” sono state varate alcune riforme rilevanti: l'abolizione per via costituzionale del vecchio sistema di autorizzazione a procedere dei parlamentari; la modifica in senso maggioritario del sistema elettorale, a livello sia nazionale che locale, la legge Merloni sugli appalti, le norme su semplificazione e trasparenza dell'attività amministrativa. Ma passata la tempesta l'impulso riformatore è venuto meno, l'inerzia bipartisan della classe politica ha prevalso, il tema è scivolato fuori dall'agenda. Fatta salva una tardiva ratifica della convenzione Onu sulla corruzione, nel 2009, le scarse iniziative si sono tradotte in altrettanti fallimenti».

fronteggiare l'espansione globale della corruzione – l'attenzione verso il fenomeno corruttivo cresceva notevolmente, accendendo i riflettori sulle carenze normative e strutturali, sia in ambito interno che, soprattutto, in ambito internazionale: nascono, infatti, all'inizio del ventunesimo secolo una seconda, e poi una terza generazione di strumenti per misurare la corruzione, più accurati sebbene più complessi, che esaminano le reali esperienze delle persone a contatto con episodi di corruzione, stilando indici di percezione del fenomeno corruttivo e fornendo indicazioni sugli antidoti più efficaci in termini di «*integrity, accountability e transparency*»⁽⁵⁵⁾.

Nell'ultimo decennio, come si è visto, l'Italia ha migliorato la sua posizione nel contesto internazionale, senza tuttavia raggiungere risultati paragonabili a quelli dei paesi più industrializzati e con la cultura giuridica più avanzata. Al contrario, nel confronto con le principali potenze economiche, l'Italia rimane fanalino di coda, nonostante i plurimi interventi legislativi sulla disciplina interna in materia di corruzione.

Le performance dell'Italia sono ancor più deludenti se si guarda ad una particolare forma di corruzione, quella che ricorre nelle transazioni economiche internazionali. Nel 2017, infatti, lo *Statement* del WGB dell'OCSE rilevava come ancora la gran parte delle indagini in materia di corruzione internazionale finiscono nel nulla⁽⁵⁶⁾.

La corruzione nelle transazioni economiche internazionali rappresenta oggi la più pericolosa e seria evoluzione del fenomeno corruttivo, sia per entità delle tangenti pagate, sia sotto il profilo degli effetti causati, e non ultimo per le difficoltà che gli organi inquirenti trovano nella individuazione e repressione di tali condotte⁽⁵⁷⁾. Alcuni studi hanno osservato una rilevante

⁵⁵ V., sul punto, HEINRICH, HODESS, *Measuring corruption*, in GRAYCAR, SMITH, *Handbook of global research and practice in corruption*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, p. 18.

⁵⁶ V., sul punto, il *Report "Statement of the OECD Working Group on Bribery on Italy's implementation of the Anti-Bribery Convention"*, 21 febbraio 2017, p. 1 (disponibile su: oecd.org – ultimo accesso: 3/10/2020).

⁵⁷ Per una analisi della correlazione tra la globalizzazione economica e la crescita della corruzione, v. ATTILA, *Globalization and Corruption. Impacts and nonlinearities*, in TEIXEIRA, PIMENTA, MAIA, MOREIRA, (Edited by), *Corruption, Economic Growth and Globalization*, Routledge, New York, 2016, p. 52.

correlazione tra il livello di efficacia delle norme anticorruzione di un paese e l'attitudine delle imprese multinazionali di quel paese a commettere condotte corruttive fuori dai confini nazionali: in altre parole, le multinazionali originarie dei paesi con le più evolute ed efficaci previsioni anticorruzione tendono a corrompere di meno quando fanno affari fuori dai confini nazionali ⁽⁵⁸⁾.

Per questo motivo, l'attenzione del prossimo capitolo si concentrerà proprio sull'analisi della corruzione internazionale, partendo dalle origini, sino all'attualità, cercando di analizzare i tratti essenziali della disciplina regionale e sovranazionale vigente in materia di corruzione transnazionale, individuando i *trend* evolutivi e le risposte normative che, nel tempo, alcuni ordinamenti hanno adottato e promosso, talvolta efficacemente, anche fuori dai confini nazionali, sino al progressivo affermarsi di un *framework* uniforme, nel contesto globale, di rimedi di matrice pubblicistica e privatistica, che costituiscono il nuovo volto della lotta alla corruzione internazionale ⁽⁵⁹⁾.

⁵⁸ V., sul punto, BATZILIS, *Bribing abroad*, in ROSE-ACKERMAN, LAUGUNES (Edited by), *Greed, Corruption, and the Modern State. Essays in Political Economy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2015, p. 280.

⁵⁹ Per una analisi approfondita dei rimedi di natura privatistica, con particolare riguardo al contesto britannico e statunitense, v. MAKINWA, *Private remedies for corruption. Towards an international framework*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013 p. 123.

CAPITOLO II

IL PROCESSO DI CRIMINALIZZAZIONE DELLA *CORPORATE CORRUPTION*

1. PREMESSA

Il fenomeno corruttivo ha subito una progressiva sofisticazione e, nonostante le contromisure adottate dai singoli ordinamenti, ha finito col tempo per proliferare, anziché diminuire od essere quantomeno arginato o ridotto. Nel capitolo precedente si è diffusamente fatto cenno delle stime che ne tracciano i contorni di un fenomeno in costante aumento ed in continua mutazione, adattandosi alle contemporanee metodologie e piattaforme, evolvendosi molto più efficacemente degli strumenti di repressione messi in campo dai singoli ordinamenti ⁽⁶⁰⁾.

La dimensione più preoccupante del fenomeno è oggi rappresentata probabilmente dalla sua manifestazione transnazionale. Alla fine del secolo scorso, in Italia, si osservava opportunamente che *«la corruzione come fenomeno politico-sociale ed economico non si arresta ai confini degli Stati ed anzi, per il fatto stesso di protendersi oltre le frontiere nazionali, finisce per acquisire un impatto straordinariamente aggressivo»* ⁽⁶¹⁾. Eppure, verso la dimensione transnazionale del fenomeno corruttivo, per decenni, è sembrato mancare un sufficiente livello di indagine ed attenzione, sia da parte degli organi di investigazione che da parte della comunità accademica, fattori che, unitamente alla sofisticatezza delle dinamiche criminali che sottendono

⁶⁰ V., sul punto, MÉNY, *Corruption “fin de siècle”: changement, crise et transformation des valeurs*, in *Rev. intl. sc. soc.*, 1996, p. 365 in cui l’A. parla di *«meccanismi della corruzione»*, tracciandone le formule di manifestazione in parallelo rispetto all’evoluzione ed incremento dei traffici commerciali internazionali.

⁶¹ V., sul punto, FORTI, *Prospettive attuali del “Diritto penale comunitario”*, in CORAPI (a cura di), *Saggi di diritto commerciale europeo*, Napoli, 1995, p. 32.

a tale fenomeno, hanno probabilmente contribuito alla sua espansione indisturbata ⁽⁶²⁾.

Il veicolo principale della corruzione internazionale è sicuramente l'impresa nella sua dimensione multinazionale ⁽⁶³⁾.

L'aumento dei traffici commerciali fuori dai confini statuali aumenta, per le società, il rischio di esporre le proprie sussidiarie estere al verificarsi di pagamenti illeciti. La penetrazione di nuovi mercati, attraverso la costituzione di una società di diritto locale o l'avvio di una *joint venture* con un partner commerciale già presente sul territorio straniero, risponde all'esigenza di ampliare i confini commerciali e di redditività dell'impresa nazionale. Tuttavia, nel processo di internazionalizzazione, la società incontra degli ostacoli e resistenze, anche culturali, che talvolta possono indurre l'impresa multinazionale o le sue controllate a ricorrere a facilitazioni come tangenti o pagamenti illeciti di varia natura, specie in quelle aree geografiche dove la corruzione nelle pratiche di business è largamente diffusa ed accettata ⁽⁶⁴⁾.

L'attenzione delle istituzioni nazionali è rimasta a lungo carente e le politiche di contrasto della corruzione internazionale delle multinazionali senz'altro insufficienti a colmare e reprimere un fenomeno in ascesa. Sul

⁶² V., sul punto, MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, Napoli, 1999, p. 3, in cui l'A. osserva come vi sia motivo di ritenere che «l'internazionalizzazione delle dinamiche corruttive abbia assunto preoccupanti proporzioni e impatto crescente sui meccanismi del commercio internazionale». Sul punto, v. anche JACOBY, NEHEMKIS, EELLS, *Bribery and Extortion in World Business. A Study of Corporate Political Payments Abroad*, New York-London, 1978, p. XI, in cui gli AA. osservano come il fenomeno dei pagamenti illeciti delle multinazionali all'esterno ha goduto di un indebito silenzio che ne ha alimentato e rafforzato la pervasività.

⁶³ V., sul punto, già quanto contenuto in DELMAS-MARTY, TIEDEMANN, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, in J.C.P., 1979, I, p. 2935.

⁶⁴ V., sul punto, l'analisi di CAROLI, *La politica anticorruzione nei Gruppi internazionali. La strategia della corporate e la sua realizzazione nelle società controllate*, supra nota 11, p. 183 in cui l'A. sottolinea che l'attuazione delle politiche anticorruzione elaborate dalla capogruppo trova principale ostacolo nella "distanza culturale" che si ravvisa in alcune società controllate, collocate in paesi in cui la corruzione è comunemente tollerata come usuale pratica di business. In contesti nei quali il fenomeno corruttivo non è sufficientemente stigmatizzato, difatti, l'impresa multinazionale sembra affrontare maggiori difficoltà nel promuovere *standard* adeguati in tema di corruzione, con ciò evidenziandosi l'importanza dell'aspetto culturale nella lotta alla corruzione internazionale nelle multinazionali.

punto, un dato è alquanto significativo: l'esigenza di regolamentare e reprimere il fenomeno dei pagamenti illeciti ai pubblici ufficiali stranieri da parte delle imprese multinazionali è rimasta pressoché lettera morta, sino alla seconda metà degli anni Settanta. Il primo strumento elaborato in materia di contrasto al fenomeno della corruzione internazionale reca infatti la data del 10 luglio 1975, quando gli effetti distorsivi sulla concorrenza e sui mercati internazionali provocati dalla *corporate corruption* risultavano ormai evidenti, così come le esigenze di provvedere con risposte legislative adeguate di regolamentazione. Si trattava, in quel caso, della *Risoluzione* dell'Organizzazione degli Stati Americani sul comportamento delle multinazionali, cui poi sarebbe seguito il *Foreign Corruption Practices Act* (1977) da parte del Congresso degli Stati Uniti d'America, a cui si farà ampio riferimento nel corso dell'elaborato ⁽⁶⁵⁾.

Gli Stati Uniti sono stati, in questo settore del diritto penale, degli autentici pionieri, stimolando incessantemente il dibattito sulla necessità di introdurre efficaci strumenti di contrasto alla corruzione internazionale, e fornendo costante stimolo al processo di criminalizzazione della condotta corruttiva del funzionario estero, in un contesto geopolitico in cui tuttavia i governi stranieri sono rimasti dapprima silenti e, come si vedrà, da ultimo pressoché disinteressati a reprimere in concreto ed efficacemente la *corporate corruption* ⁽⁶⁶⁾.

⁶⁵ V., sul punto, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffré, Milano, 2007, p. 50 ss. l'A. osserva che il fenomeno della globalizzazione dei traffici commerciali pose, in modo dirimpente, l'attenzione della comunità internazionale sugli effetti nefasti della corruzione internazionale sulla concorrenza e sul mercato, tanto da avviare un progressivo interesse verso l'adozione di politiche di contrasto. Sul punto, v. anche PIETH, *International efforts to combat corruption*, in *Responding to the challenges of corruption (Act of the International Conference in Milano, 19-20 novembre 1999)*, Unicri, Roma-Milano, 2000, 63, p. 21; MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, supra nota 62, p. 12; PELISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 994; PATALANO, *Profili problematici della corruzione internazionale*, in PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 393.

⁶⁶ V., sul punto, BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, Giuffré, Milano, 1999, p. 155 ss. l'A. sottolineava lo scarso interesse dei governi nazionali nei confronti della lotta alla *corporate corruption* nella sua dimensione internazionale, dal momento che la stessa, se condotta efficacemente, ma non uniformemente su scala globale, rischiava unicamente di pregiudicare le imprese domestiche a vantaggio delle multinazionali straniere,

L'analisi del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale e dei risultati cui esso è pervenuto, consentirà di comprendere meglio le coordinate attuali della recente politica statunitense di contrasto al fenomeno corruttivo transnazionale, svolta soprattutto fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti e rivolta principalmente alle multinazionali straniere, azione che in effetti sembra recepire il generale fallimento del tentativo di *legal transplant* del modello americano nelle giurisdizioni straniere, iniziato a partire dagli anni Settanta.

Emergeranno, sotto questo profilo, due fasi storiche e di evoluzione normativa ben distinte. La prima fase, conclusa nella prima metà degli anni Duemila, e su cui si concentrerà questo capitolo, in cui l'azione di contrasto alla corruzione internazionale si è sostanziata nel tentativo di esportare all'estero il modello americano e le sue disposizioni normative, con la promozione di accordi internazionali contenenti obblighi di incriminazione per i singoli paesi aderenti, sulla falsariga del disciplina USA, e dunque con **la forza della persuasione**. La seconda fase, di cui si tratterà nel capitolo seguente – preso atto del risultato deludente del primo approccio, a partire dalla seconda metà degli anni Duemila –, si sostanzia invece nella repressione della corruzione internazionale attraverso l'applicazione diretta ed extraterritoriale della legge anticorruzione americana, e dunque con **la forza della sanzione**. Si è passati, perciò, dall'esportazione delle regole, all'applicazione delle sanzioni economiche, in base alla normativa americana.

Per comprendere il contesto attuale ed i nuovi tratti che la lotta alla corruzione internazionale ha progressivamente assunto, e poi interrogarsi sugli effetti che ciò comporta per le imprese multinazionali e per gli Stati, che con tale disciplina devono oggi inevitabilmente confrontarsi, ancorché si tratti di uno strumento legislativo unicamente statunitense, occorre partire dalle premesse storiche e giuridiche poste durante la prima fase, ossia quella caratterizzata dal tentativo di *legal transplant* del modello americano fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti. La stessa costituisce l'antefatto logico

mentre, per converso, le pratiche illecite di corruzione internazionale allo stato avvantaggiavano le imprese domestiche nella competizione internazionale con le *corporation* straniere.

alla situazione attuale, per cui occorrerà analizzare, in particolare, il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale ed il tentativo di *legal transplant* con cui gli Stati Uniti hanno tentato di esportazione il proprio modello nelle giurisdizioni straniere, per poi indagare sulle cause che ne hanno cagionato il sostanziale fallimento, in termini di effettività.

Il presente capitolo avrà perciò il compito di illustrare anzitutto gli strumenti legislativi sia nazionali che pattizi, maggiormente rilevanti nel processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, a trazione statunitense. Ciò, a partire dall'adozione del *Foreign Corruption Practices Act* (1977) (*infra*, § 2), soffermandosi poi sui tentativi di esportazione del modello americano, riconoscibili nell'adozione delle principali convenzioni internazionali in materia di corruzione (*infra*, § 3). Lungo questo percorso, l'analisi consentirà di individuare i caratteri essenziali che hanno contrassegnato l'evoluzione normativa globale in materia di politiche anticorruzione, partendo dal modello originario di matrice USA sino al recepimento o al rigetto delle sue principali figure, dapprima nelle convenzioni internazionali, ed in ultimo negli ordinamenti nazionali, ed in particolare nell'ordinamento italiano, così illustrando il tentativo di *legal transplant* del modello statunitense nelle giurisdizioni estere (*infra*, § 4). In ultimo, si potrà addivenire alle conclusioni valutando, in termini di effettività ed efficacia, il modello dominante, ovvero i diversi modelli emersi nel corso del processo di criminalizzazione (*infra*, § 5).

La sensazione, che poi verrà confermata nel corso dell'analisi, è che il processo di criminalizzazione abbia progressivamente allontanato il *framework* di disposizioni anticorruzione dal modello originario del FCPA, e che le divergenze sotto il profilo delle previsioni normative abbiano prodotto risultati diversi in termini di *enforcement*. Per meglio focalizzare tali differenze, di ordine sostanziale, occorre allora partire dalle fondamenta del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, ossia dal FCPA ⁽⁶⁷⁾.

⁶⁷ V., sul punto, BERNASCONI, *Corruzione di funzionari esteri: normativa e prassi sovranazionale*, in FORNASARI, LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 319.

2. L'ADOZIONE DEL FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (1977)

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale delle multinazionali ha avuto inizio con l'approvazione del *Foreign Corrupt Practices Act* da parte del Congresso americano nel 1977. L'FCPA fu approvato dal Parlamento dopo circa due anni e mezzo di consultazioni ed audizioni sul tema, e finalmente promulgato e sottoscritto nel dicembre del 1977 dal Presidente degli Stati Uniti Jimmy Carter. L'FCPA costituisce, effettivamente, il primo strumento legislativo di repressione della *corporate corruption* su scala mondiale ⁽⁶⁸⁾.

La sua portata storica necessita, per la sua corretta comprensione, di analizzare i tre momenti in cui è possibile suddividere idealmente la sua adozione.

In primo luogo, occorre tenere conto dello scenario politico in cui tale strumento legislativo è maturato. Nell'America degli anni '70, per come meglio si vedrà, l'adozione del FCPA fu anzitutto una reazione necessaria ad una moltitudine di scandali che provocheranno la necessità di una profonda riflessione sul sistema politico e imprenditoriale degli Stati Uniti. L'analisi delle promesse storiche e politiche che porteranno all'adozione del FCPA è necessaria per comprendere le basi su cui si fonda il testo di legge approvato dal Congresso nel 1977 e, se si vuole, lo sviamento rispetto alle intenzioni iniziali che registra la sua attuale applicazione principalmente extra-territoriale.

Il secondo momento è senz'altro la sua approvazione, caratterizzata da una contrapposizione tra due diverse linee di intervento: la linea morbida e la linea dura, che caratterizzarono le elezioni presidenziali del 1976, e che portarono alla configurazione del testo di legge nella sua conformazione rimasta pressoché invariata sino ai giorni nostri.

Infine, cruciale ai fini della presente indagine, è il lungo processo di esportazione del modello legislativo americano, che costituisce uno degli

⁶⁸ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2014, p. 2.

esempi di *legal transplant* più evidenti nella storia giuridica contemporanea, e forse più riusciti, sotto il profilo – come si vedrà – unicamente formale, e con le dovute riserve del caso, che più diffusamente verranno analizzate quando si cercherà di tracciare una netta separazione tra il piano del recepimento delle disposizioni normative e quello del loro livello di *enforcement*.

È bene, in questo momento, partire dalle origini, e cioè dal contesto storico e politico in cui il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale ha avuto inizio.

2.1. Lo scenario alle origini del FCPA: gli scandali degli anni '70.

La storia di un testo significativo è un dato particolarmente significativo per la sua corretta interpretazione, e per comprenderne a pieno il suo contenuto ⁽⁶⁹⁾.

Nel caso di specie, l'origine del FCPA non può essere semplicemente collocata all'interno di un dibattito in seno alla Camera ed al Senato degli Stati Uniti, e dunque la sua funzione non può essere desunta esclusivamente dagli atti parlamentari, giacché è legata ad una serie di accadimenti di grande rilievo per la storia americana, ed alle conseguenti riflessioni politiche che quegli stessi accadimenti consentirono di maturare, in seno al Parlamento e, soprattutto, nell'opinione pubblica. All'origine dell'adozione del FCPA vi furono, perciò, non tanto – o comunque non principalmente – esigenze normative interne, quanto piuttosto **accadimenti storici** e **motivazioni politiche** di rilievo che travalicarono i confini nazionali, tanto che la rilevanza del FCPA, anche fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti d'America, appare oggi la necessaria ed ineluttabile conseguenza delle fondamenta su cui tale strumento legislativo fu pensato all'epoca della sua emanazione, sebbene con le differenze che più avanti avremo modo di

⁶⁹ In questo senso, v. *Flora v. U.S.* 362 U.S. 145 (1960), in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti afferma che «*the legislative history of a statute is the most fruitful source of instruction as to its proper interpretation*».

cogliere ⁽⁷⁰⁾.

Sullo sfondo, ed all'origine di tutto, lo scandalo *Watergate*. L'inchiesta che ne seguì pose in luce un sistema diffuso di illegalità e di finanziamento illecito alle organizzazioni politiche che portò, nel 1974, alle dimissioni del Presidente degli Stati Uniti, Richard Nixon. Dall'inchiesta emerse che le società americane facevano ampio ricorso a fondi neri per finanziare le attività politiche all'interno degli Stati Uniti d'America, omettendo di registrare i finanziamenti nella contabilità ordinaria ⁽⁷¹⁾.

L'inchiesta consentì di comprendere che la **corruzione** ed i **fondi neri** costituivano un problema organico alle organizzazioni economiche private e pubbliche, e tale constatazione causò l'esigenza di approfondire la reale portata del fenomeno, sia dagli organi preposti al controllo del mercato della borsa (la SEC), sia da parte del Congresso. Ben presto, però, l'emergere di un sistema di malaffare che travalicava i confini territoriali degli Stati Uniti, spostò l'attenzione delle autorità sulla **corruzione internazionale** delle multinazionali americane. Le investigazioni condotte dalla SEC e dalla commissione parlamentare d'inchiesta nota come il *Church Committee* (così denominata dal nome del senatore che la presiedeva, Frank Church) portarono alla luce un sistema di pagamenti illeciti a pubblici ufficiali stranieri cui oltre **400 multinazionali americane** avevano fatto ricorso con sistematicità per accaparrarsi commesse commerciali oltre confine ⁽⁷²⁾.

Le due autorità, ossia la commissione della SEC ed il comitato

⁷⁰ V., sul punto, *Report "Investment Regulation"*, 11 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 255, 1979, p. 255 ss.; *Report "Foreign Corrupt Practices Act"*, 18 *Am. Crim. L. Rev.* 290, 1980, p. 290 ss. in cui si osserva che il FCPA costituisce la risposta ai «*questionable foreign payments*» delle multinazionali statunitensi scoperti durante gli scandali dell'epoca *Watergate*.

⁷¹ Il *Report* della SEC sui pagamenti illeciti delle *corporations* rivelò che nella prima metà degli anni '70, le indagini della procura sul caso *Watergate* portarono all'incriminazione per finanziamento illecito dei partiti decine di società e di amministratori. V., sul punto, SEC, *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*, 1976 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 3/10/2020)

⁷² V., sul punto, LINDSEY, *More than You Bargained For: Successor Liability Under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 35 *Ohio N.U. L. Rev.* 959, 2009, p. 961 in cui l'A. osserva che l'FCPA fu adottato sulla scia dello scandalo *Watergate*, nell'ambito del quale, indagando i contributi illeciti ricevuti da Richard Nixon per sostenere la campagna alla sua rielezione, le autorità scoprirono pagamenti illegali e tangenti per oltre 300 milioni di dollari da parte delle principali multinazionali americane a pubblici ufficiali di tutto il mondo.

Church, agivano su un piano diverso: la SEC aveva il compito di indagare e sanzionare i fondi neri offshore delle imprese multinazionali che contenevano milioni di dollari nascosti agli investitori e quindi anche all'autorità di garanzia per il mercato finanziario, con conseguente violazione degli obblighi di *disclosure* previsti dalle leggi americane dell'epoca; il *Church Committee*, invece, agiva sul piano politico e della politica estera, su cui la corruzione dei pubblici funzionari stranieri, da parte delle imprese americane, rischiava di avere un considerevole impatto. Eppure, il lavoro dei due organi finì per costituire l'uno la linfa vitale e lo stimolo per l'altro, consentendo di avviare il processo che portò alla criminalizzazione della corruzione internazionale in tutto il mondo: come vedremo, dall'ordinamento americano, disposizioni *anti-bribery* verranno introdotte, nel tempo, in tutti gli ordinamenti stranieri ⁽⁷³⁾.

Le parole pronunciate dal senatore Church nel primo *public hearing* che avviò i lavori del comitato, distinsero molto chiaramente i due piani su cui agivano le rispettive autorità, ed allo stesso tempo costituirono una sorta di manifesto programmatico dei lavori della commissione, che avrebbe scoperto uno dei più grandi scandali della storia politica internazionale. Egli disse: «*Per quello che ci riguarda, non è una questione di moralità pubblica o privata. Quello di cui ci stiamo occupando è una importante questione di politica estera per gli Stati Uniti*» ⁽⁷⁴⁾.

All'epoca dei fatti, le società americane costituivano oltre il 90% delle multinazionali esistenti sull'intero globo. Perciò, le condotte corruttive perpetrate così diffusamente oltre i confini territoriali degli Stati Uniti avevano inevitabilmente conseguenze politiche e di politica estera, oltre che economiche per il mercato globale. Le dimensioni del fenomeno e degli scandali che in breve tempo furono portati alla luce a partire dallo scandalo *Watergate*, e successivamente con le inchieste della SEC e del *Church Committee*, in un certo senso, costrinsero il Congresso americano a

⁷³ V., sul punto, *Multinational Corporations and United States Foreign Policy: Hearings Before the Subcomm. on Multinational Corporations of the Senate Comm. on Foreign Relations, 94th Cong., 1st & 2d Sess. (1975)*.

⁷⁴ *Ibid.*

confrontarsi con le conseguenze politiche che le pratiche corruttive delle imprese multinazionali americane suscitavano. Dunque, la dichiarazione del senatore Church aveva centrato in pieno i termini della questione. La proliferazione della corruzione è senza dubbio, come si è diffusamente detto nel capitolo precedente, anche un problema di moralità. Ma la repressione della corruzione, nella sua plurima dimensione *transnational* e *corporate* è senz'altro un problema politico, e di politica estera: ciò, attribuì al *Church Committee* una forte base di legittimazione politica, che diede impulso alle investigazioni ed audizioni che seguirono tra il 1975 ed il 1977, in cui la commissione parlamentare indagò su alcuni dei più famosi scandali della storia americana, e che costituirono la premessa storica del FCPA ⁽⁷⁵⁾.

In molti dei casi principali indagati dal Congresso, le multinazionali americane furono accusate di aver elargito cospicue somme di denaro a funzionari e politici stranieri di primissimo piano. Così accadde, ad esempio, nel caso *Lockheed*, società leader di mercato nel settore aeronautico, accusata di aver pagato tangenti a governi stranieri in Europa ed Asia. Nel 1976 il *Church Committee* rivelò che la multinazionale aveva creato fondi neri per tre miliardi di yen al fine di accaparrarsi commesse dal governo giapponese. Il primo ministro del Giappone fu costretto alle dimissioni nello stesso anno. Un approfondimento d'indagine del Senato rivelò che la società aveva agito con metodi simili per vendere aerei da combattimento alla Repubblica Federale Tedesca, all'Italia e ai Paesi Bassi. Lockheed non fu

⁷⁵ V., sul punto, BORTON, GROSS, *Control of Multinational Corporations' Foreign Activities*, 15 Washburn L.J. 435, 1976, p. 436 in cui l'A. osserva che il ruolo di leadership del sistema imprenditoriale statunitense pose automaticamente in capo al Congresso una responsabilità politica e sociale nei confronti della comunità economica internazionale, nel regolare un fenomeno che, già all'epoca, assumeva i caratteri di una patologia preoccupante e dilagante. Non mancarono, anche in seno agli organi di inchiesta, opinioni critiche o puntualizzazioni volte ad osservare che i «*questionable payments*» fossero di entità nella maggior parte dei casi assolutamente modesta. Sia durante l'audizione degli ufficiali del Dipartimento del Tesoro che del Presidente della SEC fu sottolineato come nella maggior parte dei casi si trattava di dazioni di modesta entità che non potevano essere neppure considerate come "improprie" del tutto, quantomeno secondo gli ordinamenti in cui erano avvenute, ed inoltre fu espressa molto chiaramente la preoccupazione di non lasciare che le attività di un gruppo minoritario di imprese statunitensi potesse creare dubbi sulla natura del tessuto imprenditoriale americano nella sua totalità. Per una più analitica ricostruzione degli interventi v. KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 4.

l'unica società del settore ad essere interessata dallo scandalo. Dall'inchiesta del *Church Committee* emerse che anche la concorrente **Northrop Corporation** aveva agito sul modello *Lockheed*. L'opinione pubblica ne rimase gravemente colpita: il settore aeronautico americano sembrava aver costruito il proprio successo su un ramificato sistema di corruzione internazionale ⁽⁷⁶⁾.

Lo stesso accadde rapidamente anche per altri settori, con il caso *Bananagate* in cui esponenti di governi furono pagati per agevolare l'importazione di banane dal Sud-America. Od ancora, nel settore petrolifero, con il caso *Exxon-Mobil*. Entrambi coinvolsero i partiti politici italiani al governo ⁽⁷⁷⁾.

Un sistema così diffuso di corruzione internazionale che coinvolgeva in principalità il tessuto imprenditoriale statunitense, come affermato dal senatore Church, durante il suo primo intervento in commissione, era anzitutto un problema politico e di politica estera e rischiava di tradursi in un problema di sicurezza nazionale. I finanziamenti delle imprese americane ai partiti politici "amici" degli Stati Uniti rischiavano di rivelarsi un boomerang per le relazioni internazionali degli USA. Nel 1975, Church espresse le proprie preoccupazioni pubblicamente, osservando che sebbene la

⁷⁶ V., sul punto, LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, Actes Sud, France 2019, p. 36, in cui l'A. racconta il susseguirsi degli scandali di corruzione internazionale degli anni '70 negli Stati Uniti, a partire dal caso *Watergate*, per poi proseguire con il caso *Lockheed*, seguito a distanza di poco dallo scandalo *Bananagate*, in cui il Presidente dell'Honduras ricevette tangenti per ridurre le tasse sulle esportazioni.

⁷⁷ V., sul caso *Bananagate*, LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 39, in cui l'A. ricostruisce gli avvenimenti. In sintesi, a metà degli anni '70 un cartello di Stati sudamericani decise di imporre un dazio all'esportazione di 1 dollaro ogni 40 libbre di banane. Ciò avrebbe pesato notevolmente nei bilanci delle tre imprese americane che controllavano le importazioni del frutto dalle regioni del Sud-America. Inspiegabilmente, però, dopo poco, l'Honduras ridusse drasticamente i dazi. L'inchiesta della SEC rivelò che il Presidente dell'Honduras aveva ricevuto 2,5 milioni di dollari per abbassare i dazi, così consentendo alle imprese americane di aumentare i loro profitti per 7,5 milioni di dollari. 750.000 dollari furono versati per lo stesso motivo ad un funzionario italiano.

Un riepilogo dei casi di corruzione più rilevanti, nel primo decennio degli anni Duemila, tra cui il citato scandalo *ExxonMobil*, che coinvolse l'Italia, v. KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 4.

corruzione potesse servire a sostenere quei governi democratici e favorevoli alla libera impresa che gli Stati Uniti avevano sempre cercato di sostenere, la loro “affiliazione” ai capitali stranieri rischiava di sovvertire – in senso sfavorevole agli USA – le basi democratiche, facendo apparire – nel caso dell’Italia – il Partito Comunista come l’unica forza politica non corrotta all’interno del paese che, per questo, guadagnava consenso elettorale, e gli altri movimenti politici al soldo degli interessi economici stranieri ⁽⁷⁸⁾.

L’emersione del fenomeno della corruzione delle multinazionali americane pose il Congresso di fronte alla necessità di agire per non compromettere le relazioni internazionali degli USA. Tuttavia, la politica estera non fu l’unico fattore determinante. La reazione dell’opinione pubblica agli scandali pose al centro del dibattito la **questione etica**, e ciò consentì alla politica americana di promuovere, anche contro gli interessi particolari delle imprese multinazionali, onestà ed integrità nel sistema economico, con l’ambizione di incoraggiare un cambiamento globale nei confronti della tolleranza al fenomeno corruttivo, di cui gli Stati Uniti sarebbero stati, ancora una volta, il *global leader*. Vi fu una larga presa di coscienza sul fatto che il sistema imprenditoriale statunitense costituiva una parte assai rilevante di un problema globale, in cui gli Stati Uniti avrebbero potuto assumere, come poi faranno, un ruolo cruciale, dando l’esempio che le potenze straniere avrebbero inevitabilmente seguito, come si avrà modo di osservare più avanti ⁽⁷⁹⁾.

L’adozione del FCPA è, in sintesi, tradizionalmente collegata allo scenario politico causato scandalo *Watergate* che, come noto, colpì in prima persona Richard Nixon, costretto alle dimissioni. Tuttavia, da alcuni attenti osservatori, è stato sottolineato come a colpire l’opinione pubblica, in quel periodo, e quindi a contribuire notevolmente all’adozione di questo fondamentale strumento legislativo contro la *corporate corruption*, fu soprattutto la presa di coscienza da parte dell’opinione pubblica che la

⁷⁸ V., sul punto, Protecting the Ability of the United States to Trade Abroad: Hearings before the Subcomm. On Int’l Trade of the S. Comm. On Fin., 94th Cong. (1975).

⁷⁹ V., sul punto, la ricostruzione del dibattito in KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 7.

potenza economica delle multinazionali americane era in verità costruita anche su un vasto sistema di **fondi neri**, usato per pagare **tangenti** a ufficiali di tutto il mondo ⁽⁸⁰⁾. L'attenzione ed il biasimo per i corruttori risultarono prevalenti e consentirono e consentirono di travalicare, in seno al Congresso, la convinzione largamente diffusa negli ordinamenti occidentali, che la corruzione dei pubblici funzionari stranieri non fosse un tema rilevante negli ordinamenti nazionali di provenienza della corruzione. Determinante poi non fu soltanto scoprire l'esistenza di un così esteso fenomeno di corruzione internazionale ad opera delle multinazionali americane, quanto piuttosto che tale fenomeno, in linea di massima, non era espressamente sanzionato dall'ordinamento statunitense. Ciò produsse due principali conseguenze. Da un lato, la necessità di provvedere all'introduzione di disposizioni *anti-bribery* che vietassero e punissero severamente tali comportamenti e, dall'altro, la presa di coscienza che tale intervento legislativo non era più rinviabile a fronte dell'entità degli scandali venuti alla luce, consapevolezza che imprese senz'altro un particolare fattore di accelerazione conclusosi, in breve tempo, con l'approvazione del FCPA ⁽⁸¹⁾.

2.2. *Lo spirito della legge anticorruzione americana*

L'inchiesta *Watergate* e le altre che ne seguirono rivelarono, come si è visto sopra, politiche commerciali delle multinazionali americane caratterizzate da un largo ricorso alla **corruzione dei pubblici funzionari stranieri**, tramite provviste economiche occultate dalla contabilità ufficiale

⁸⁰ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, 41 Geo. J. Int'l L. 907 2010, p. 911 in cui l'A. osserva che lo scandalo *Watergate* fu solamente una delle cause che portarono all'adozione del FCPA. V. anche SPALDING, *Unwitting Sanctions: Understanding Anti-Bribery Legislation as Economic Sanctions Against Emerging Markets*, 62 Fla. L. Rev. 351, 2010, p. 358, in cui l'A. osserva che le origini del FCPA sono state comprese solo parzialmente dalla letteratura scientifica.

⁸¹ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 912 in cui l'A. sottolinea che la scoperta dei fondi neri cui centinaia di multinazionali facevano ricorso per pagare tangenti agli ufficiali stranieri portò conseguentemente alla scoperta che tali condotte non erano espressamente sanzionate dalla legge americana, sebbene l'ordinamento prevedesse disposizioni in materia di tassazione e trasparenza che vietavano *latu sensu* tali condotte.

proprio con tale finalità. Tali pratiche rischiavano di danneggiare irreparabilmente l'immagine del tessuto imprenditoriale americano e degli stessi Stati Uniti d'America, per cui si imponeva reazioni politiche e soluzioni legislative adeguate al valore considerevole della posta in palio ⁽⁸²⁾.

Anzitutto, occorre decidere se *vietare* espressamente tali pratiche, sia con riguardo all'accumulazione di fondi neri, sia con riguardo ai pagamenti illeciti a funzionari stranieri. Come si è detto, il fatto più sconvolgente fu – nell'opinione pubblica e persino in seno al Congresso degli Stati Uniti – scoprire non tanto l'esistenza di una così radicata e diffusa pratica di «*questionable payments*», quanto piuttosto la mancanza di previsioni legislative che ne facessero espresso divieto.

2.2.1. Un problema di «deficiency» nella legislazione anticorruzione

Le audizioni della Commissione d'inchiesta creata nel Senato degli Stati Uniti (omologa alla *Church Committee* che operava alla Camera), fecero emergere che, nell'ordinamento statunitense, non esistevano disposizioni normative o regolamentari che proibissero espressamente le pratiche emerse con le inchieste del periodo *Watergate*.

Le audizioni degli ufficiali della SEC, appositamente interrogati sul punto, consentirono di prendere coscienza, da un lato, del fatto che «*gli abusi societari erano costituiti da false o inadeguate annotazioni contabili che in molti casi riguardavano pagamenti illeciti o impropri a pubblici ufficiali nazionali o stranieri*» e, dall'altro, che tali «*abusi*» non costituivano «*criminal violations*» in tutti i casi affrontati, dal momento che «*non vi erano disposizioni normative che li vietassero espressamente*» o che li individuassero più in generale come «*violazioni*» di una qualsiasi legge: vi era un problema di *deficiency* nella legge. Dunque, dall'audizione degli

⁸² Le ripercussioni per l'immagine del tessuto imprenditoriale americano e per gli stessi Stati Uniti sono sottolineate in LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 41, in cui l'A. da conto dei principali interrogativi che il Congresso si trovò ad adottare di fronte alla crisi generata dagli scandali di corruzione internazionale della metà degli anni '70.

ufficiali della SEC, emerse che non solo le condotte di falsificazione dei libri contabili e la creazione di fondi neri ed il pagamento di tangenti a pubblici ufficiali stranieri non erano fatti previsti dalla legge federale come reato di per sé, bensì non costituivano violazione di legge anche non penale *sic et simpliciter*, per cui non erano in alcun modo espressamente e specificamente sanzionati ⁽⁸³⁾.

Il FCPA fu, da questo punto di vista, uno strumento legislativo del tutto rivoluzionario che consentiva di sopperire alla mancanza di una regolamentazione organica e specifica sulla materia dei *questionable payments* da parte delle multinazionali, seppure inserito in un contesto ordinamentale in cui il tema era pure sfiorato da normative in tema di *securities*, *taxation* e *antitrust*, ma mai affrontato con un testo di dettaglio che, pur tenendo conto delle connessioni con queste altre tre discipline, dettasse disposizioni e sanzioni specifiche sulla materia: un testo, in sostanza, che qualificasse come illecita e penalmente rilevante la condotta in sé, coordinandosi con quelle normative, come quelle in materia di *securities*, *taxation* e *antitrust*, con cui i pagamenti illeciti od impropri potevano entrare in conflitto. La riflessione sul nuovo testo non poteva che partire dall'analisi di tali punti di contatto, osservando come il tema delle condotte di corruzione internazionale fosse sfiorato da ciascuna di queste discipline, senza tuttavia addivenire alla criminalizzazione. L'analisi dei punti di contatto consentirà di tracciare i confini di quel vuoto legislativo che sarebbe stato poi colmato proprio con l'emanazione del FCPA.

2.2.1.1. Deficiency & Securities Law

La *connessione* con la disciplina in tema di *securities* risultò anche all'epoca assai evidente: le imprese coinvolte negli scandali di cui si è parlato erano società pubbliche o a capitale diffuso, e dunque le condotte di

⁸³ V., sul punto, *Abuses of Corporate Power: Hearings before the Subcomm. on Priorities and Econ. in Gov't of the Joint Econ. Comm., 94th Cong.* (1976).

corruzione internazionale per accaparrarsi commesse fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti, oltre che pesare sui bilanci, risultavano rilevanti sotto il profilo del trasferimento dei titoli azionari, per la loro possibile incidenza sul valore dei titoli stessi. Non a caso, proprio la SEC, ossia l'autorità americana di garanzia per il mercato dei titoli azionari, ebbe un ruolo fondamentale nella creazione del FCPA, ed in particolare nella costruzione della *struttura bipartita del testo di legge*, in cui – come auspicato dall'organo – troveranno luogo anche disposizioni in materia di registri contabili e previsioni di controlli interni per la loro corretta tenuta. Difatti, pur senza rivendicare alcuna ruolo sull'*enforcement* delle disposizioni che sarebbero state approvate di lì a poco, gli ufficiali della SEC si premurarono di consigliare al Congresso l'adozione di una normativa *anti-bribery* che contenesse disposizioni e sanzioni anche in materia di «*books and records and internal controls*»⁽⁸⁴⁾. Dall'inchiesta emerse che «*molte società avevano falsificato annotazioni contabili nei loro bilanci*» per creare la provvista economica necessaria e nascondere i pagamenti illeciti agli occhi degli investitori e degli organi di controllo, per cui fu notato come una legislazione *anti-bribery* – per essere realmente efficace – sarebbe dovuta intervenire anche in materia di contabilità e bilancio, contenendo «*proibizioni contro **annotazioni false o ingannevoli** da parte degli organi sociali nei confronti dei preposti al controllo dei libri contabili e delle operazioni finanziarie della società*»; richiedendo al *management* «*di stabilire e mantenere un proprio **sistema di controlli interni** creato per fornire una ragionevole garanzia che le transazioni societarie siano eseguite in conformità con le autorizzazioni fornite degli amministratori*»; prevedendo, infine, che dette transazioni siano «*riportate nella **contabilità sociale** in modo da consentire la redazione degli statement finanziari in conformità ai principi contabili generalmente accettati o agli altri criteri applicabili allo specifico statement*»⁽⁸⁵⁾.

⁸⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 138, in cui l'A. ricostruisce il dibattito in Senato sulla «*legislative history*» del FCPA, soffermandosi in particolare sul tema delle «*books and records and internal controls provisions*» sollecitato dagli ufficiali della SEC.

⁸⁵ V. sul punto, SEC, *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and*

L'ordinamento giuridico americano, sia a livello federale che a livello statale, conteneva disposizioni volte a garantire la sicurezza della circolazione dei titoli azionari. Ma tali disposizioni si erano dimostrate inefficaci a prevenire le condotte emerse a causa degli scandali del periodo *Watergate*.

Più precisamente, si può osservare che, a partire dalla prima decade del '900, molti degli Stati federati avevano adottato la c.d. «*Blue Sky Law*» che conteneva disposizioni normative in materia sicurezza del mercato azionario, considerata come la prima legge sulle *securities*. La *Blue Sky Law* prevedeva, in capo alle imprese multinazionali, un dovere di *disclosure* su tutti i «*material facts*»⁽⁸⁶⁾ che potessero avere una qualche influenza per le transazioni di titoli registrati⁽⁸⁷⁾.

Dopo pochi anni, furono approvate due leggi federali: il *Securities Act* (1933) e il *Securities Exchange Act* (1934). Perciò, a partire dalla prima metà degli anni '30, la *Blue Sky Law*, il *Securities Act* e il *Securities*

Practices, 1976 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 3/10/2020)

⁸⁶ Sulla nozione di «*material*», nella disciplina del bilancio e dei presidi sanzionatori previsti a tutela della sua veridicità, negli ordinamenti di common law, non è possibile soffermarsi adeguatamente nel presente elaborato. Tuttavia, merita di essere sottolineato come essa abbia, di recente, formato oggetto di ampio dibattito all'interno della dottrina e della giurisprudenza italiana, a seguito della modifica delle disposizioni del codice civile in materia di false comunicazioni sociali. Tale nozione ha fatto ingresso negli artt. 2621 e ss. del Codice civile all'epoca della c.d. Riforma del falso in bilancio, del 2002, quale specificazione dei fatti realmente rilevanti per la veridicità delle comunicazioni sociali e quindi della tutela penale ad essa riservata, evidentemente a causa della translitterazione di *material* in *materiali* come predicato di «fatti» negli artt. 2621 e ss. La nozione di “materialità” e la sua rilevanza nell'interpretazione dell'odierna disposizione italiana sono stati efficacemente affrontati, tra gli altri, da MUCCIARELLI, *Ancorché superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, Dir. Pen. Cont., 1, 2015, p. 1 (disponibile su: *penalecontemporaneo.com* – ultimo accesso: 3/10/2020); ID., *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, Dir. Pen. Cont. Riv. Trim, 2, 2015, p. 164; ALESSANDRI, *Le incerte novità sul falso in Bilancio*, in Riv. it. dir. e proc. pen., fasc. 1, 2016, p. 10; STRAMPELLI, *Le valutazioni di bilancio tra non veridicità (civile) e falsità (penale): spunti sulla punibilità dei falsi valutativi*, in Riv. Soc., fasc. 1, 2016, pag. 118; SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in Dir. pen. proc., 2015, p. 815; GAMBARDELLA, *Il “ritorno” del falso in bilancio, tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in Cass. pen., 2015, p. 1738; SIENA, *Fatti e giudizi, tra inosservanza della regola contabile e falsità del bilancio*, in Dir. Pen. Cont., 4, 2019, p. 16.

⁸⁷ V., sul punto, la ricostruzione della normativa americana in tema di *securities* contenuta in BORTON, GROSS, *Control of Multinational Corporations' Foreign Activities*, cit. *supra* nota 75, p. 441.

Exchange Act costituirono un apparato di disposizioni in materia di controllo che agivano simultaneamente con funzione complementare, pur dettate ciascuna per uno specifico ambito di applicazione: il *Securities Act* concerneva le operazioni di «*initial distribution*», mentre l'*Exchange Act* riguardava le transazioni di «*post-initial distribution*»⁽⁸⁸⁾.

Dal reticolato normativo emergeva uno stringente divieto di false dichiarazioni od omissioni nelle transazioni di vendita o acquisto di titoli. Ciò comportava automaticamente che qualsiasi manipolazione avrebbe costituito una possibile violazione sanzionabile dalla SEC. Oltretutto, il *Securities Act* imponeva di depositare presso la SEC un *statement* contenente dati che, in gran parte, avrebbero costituito le informazioni del prospetto esibito agli investitori, dunque *in re ipsa* rilevanti ai fini della scelta sull'acquisto dei titoli, ed in quanto tali sottoposti al divieto di alterazione od omissione. L'*Exchange Act*, poi, prevedeva espressamente un divieto di falsificazioni od omissioni di «*material facts*» nello *statement* depositato che potrebbero inficiare o alterare la libera scelta degli investitori, ed infine prevedeva un obbligo di *disclosure* in capo all'emittente dei *financial reports* contenenti informazioni anch'esse potenzialmente rilevanti⁽⁸⁹⁾.

All'apparenza, si trattava di un assetto normativo potenzialmente idoneo a catturare le condotte emerse nelle inchieste del periodo *Watergate*, ed a sanzionarle. Tuttavia, per come è stato sottolineato già all'epoca delle audizioni parlamentari dagli ufficiali della SEC, tali disposizioni non rendevano la falsificazione dei libri contabili penalmente rilevante di per sé, bensì occorreva dimostrare che l'annotazione riguardasse per l'appunto dei «*material facts*», incidenti sulla negoziazione dei titoli, giacché d'altro canto non esisteva una criminalizzazione dei «*questionable payments*» in quanto tali, i quali piuttosto erano definibili semplicemente come «*improper*» e non come «*illegal*», e dunque occorreva, caso per caso, individuare la ricorrenza di quegli indici che rendessero l'alterazione o l'omissione rilevante per le decisioni di acquisto e vendita dei titoli, o quantomeno *price sensitive*, in modo da far rientrare gli «*improper payments*» nel concetto di «*material*

⁸⁸ *Id.*, p. 441.

⁸⁹ *Id.*, p. 441-442.

facts», e dunque la condotta nell'ambito di applicazione delle norme dettate dal reticolato di disposizioni in materia di *securities* ⁽⁹⁰⁾.

Si avvertiva, perciò, l'esigenza di prevedere a livello normativo che rientrasse nella nozione di *material* ogni pagamento o transazione *questionable*, «*semplicemente perché impropri*»: occorreva perciò intervenire, come poi in effetti si farà con l'adozione del FCPA, ad introdurre un testo di legge inserito nella cornice normativa delle disposizioni in materia di *securities*, o comunque coordinato con la stessa, che prevedesse il divieto di occultare, nella contabilità, gli *improper payments* e di qualificarli di per sé come illegali, e quindi sanzionabili penalmente ⁽⁹¹⁾.

La scelta, come vedremo, sarà quella di adottare un testo di legge che farà parte del *Securities Exchange Act* (1934) e basato essenzialmente su due pilastri: ***anti-bribery provisions*** e, anzitutto, ***books and records and internal controls provisions***, in modo da sopperire al vuoto normativo in materia di *securities*, ossia alla c.d. *deficiency of law* ⁽⁹²⁾.

⁹⁰ V. *Multinational Corporations and United States Foreign Policy: Hearings Before the Subcomm. on Multinational Corporations of the Senate Comm. on Foreign Relations*, *supra* nota 73, § 59–60 (statement of Raymond Garrett, Chairman, U.S. Sec. & Exch. Comm'n), in cui l'ufficiale della SEC opportunamente osserva: «*[I]f improper foreign expenditures are not to be regarded as material simply because they are improper, without more, what principles govern the separation of those that are material and those that are not? Is it the method by which payments are made, the size of the payments, the purpose for which they are made, or the hazards to the business for exposure of the payments? It is, I believe, all of these, in different proportions in different situations*».

In mancanza di disposizioni di questo tipo, la SEC procedette a sanzionare le multinazionali osservando, caso per caso, la ricorrenza di indici che potessero qualificare le condotte perpetrate come omissione o falsificazione di «*material facts*». Ad es., in *SEC v. Sanitas Service Corporation*, la sanzione fu irrogata argomentando che l'iscrizione di *improper payments* come costi nel bilancio, per loro natura ineducibili, avrebbe causato una riduzione degli utili, e quindi impattato direttamente sugli investitori. Inoltre, l'inadempimento dei contratti ottenuti mediante il pagamento di tangenti avrebbe diminuito i ricavi attesi, e quindi impattato ancora una volta sulle decisioni di investimento nei titoli emessi dalla società sanzionata. Sul punto, v. BORTON, GROSS, *Control of Multinational Corporations' Foreign Activities*, cit. *supra* nota 75, p. 442.

⁹¹ V., sul punto, KOEHLER, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act*, Ohio St. L.J., Vol. 73, No. 5, 2012, p. 952, in cui l'A. ricostruisce il dibattito in seno alle commissioni parlamentari, stimolato dagli interventi dei commissari della SEC sul tema oggetto di indagine, soffermandosi in particolare sulle difficoltà di inquadrare nella nozione di «*material*» gli *improper payments*.

⁹² V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 913 in cui l'A. descrive la struttura bipartita della legge americana in materia di corruzione

2.2.1.2. *Deficiency & Tax Law*

La *deficiency* normativa non riguardava, in effetti, come si è già accennato, solamente la *securities law*. Anche la disciplina in materia fiscale e tributaria trattava il tema degli *improper payments*. Ciò, tuttavia, solo limitatamente al profilo della deducibilità dei costi e non prevedendone la loro illegalità di per sé, o la loro rilevanza penale in quanto «*improper*»⁽⁹³⁾.

La Sec. 162(c) del Codice del Diritto Tributario degli Stati Uniti, infatti, espressamente prevedeva il ***divieto di portare in deduzione*** come costi legittimi tutti i pagamenti, diretti o indiretti, ad ufficiali o dipendenti di qualsiasi governo, agenzia governativa o ente pubblico. Tuttavia, tale divieto afferiva unicamente alla deducibilità dell'importo pagato, non alla condotta di per sé, a cui non corrispondeva perciò alcuna sanzione penale⁽⁹⁴⁾.

Nel contesto normativo federale, l'irregolarità fiscale era senz'altro censurabile sotto il profilo tributario, ed era altresì sanzionabile sotto il profilo dell'alterazione del bilancio, in quanto l'iscrizione dei pagamenti «*questionable*» come costi deducibili costituiva una alterazione della situazione economica della multinazionale: i costi erroneamente posti in deduzione avrebbero comportato un aumento del debito tributario, rispetto a quanto dichiarato, e ciò poteva in effetti rientrare nel concetto di «*material*» di cui alla «*securities law*», censurabile dalla SEC. Tuttavia, il difetto di *compliance* rispetto alle disposizioni in materia di «*taxation*» e «*securities*» non rendeva tali pagamenti illeciti di per sé, tantomeno sotto il profilo della responsabilità penale⁽⁹⁵⁾.

In sostanza, in materia fiscale, gli *improper payments* potevano avere

internazionale, osservando che la stessa si inserisce nell'ambito del *Securities Exchange Act* (1934) e si compone di due pilastri afferenti, il primo, alle disposizioni in materia di correttezza delle scritture contabili e del bilancio ed, il secondo, alle previsioni *anti-bribery* in senso stretto.

⁹³ V., sul punto, BULL, *Income Tax - Deductions for Facilitating Payments to Foreign Government Officials*, 13 Ga. J. Int'l & Comp. L. 575, 1983, p. 575.

⁹⁴ V. 26 U.S. Code Title 26—Internal Revenue Code (Aug. 16, 1954, ch. 736, 68A Stat. 3; Pub. L. 99-514, § 2, Oct. 22, 1986, 100 Stat. 2095.), Sec. 162.

⁹⁵ V. il caso *SEC v. Sanitas Service Corporation*, cit. *supra* nota 90, in cui l'impresa era stata sanzionata per la violazione della *security law* per aver dedotto dall'imponibile i pagamenti illeciti in tangenti.

rilevanza unicamente se, una volta eseguiti, venivano trattati in modo non conforme alla disciplina fiscale che ne vietava la deducibilità. Dunque, la loro eventuale commissione, ove non seguita da una irregolarità nelle dichiarazioni fiscali, rimaneva di per sé lecita e dunque non sanzionabile. Emergeva, dunque, in maniera evidente il vuoto normativo con riguardo alla criminalizzazione delle condotte di corruzione internazionale e la necessità di una più specifica regolamentazione, che poi confluirà nel FCPA ⁽⁹⁶⁾.

2.2.1.3. *Deficiency & Antitrust Law*

Il pagamento di tangenti o elargizioni per ottenere commesse commerciali o benefici in genere da pubblici funzionari stranieri, a ben vedere, poteva risultare in conflitto anche con la normativa statunitense in materia *antitrust*. Di per sé, i *questionable payments* cui le multinazionali, come si è detto, facevano ampio ricorso nei confronti di pubblici funzionari, membri di governo e partiti politici stranieri, avevano la finalità di ottenere dei vantaggi di rilievo patrimoniale nel sinallagma corruttivo. In molti casi, però, tale pratica aveva l'effetto di restringere od alterare la concorrenza, consentendo alla multinazionale di consolidare la propria posizione sul mercato, ad esempio assumendo il monopolio in un determinato settore di riferimento, ovvero scalzando la società concorrente dall'aggiudicazione della commessa.

L'alterazione della concorrenza, cuore nevralgico della disciplina *antitrust*, poteva allora essere direttamente provocata dagli *improper payments* cui avevano fatto largo ricorso le imprese indagate, per come risultò chiaramente dalle investigazioni delle autorità americane. Da ciò, emerse un potenziale conflitto con la relativa disciplina e, dunque, la necessità di coordinare il testo delle disposizioni *anti-bribery* in corso di

⁹⁶ V., sul punto, KOEHLER, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 91, p. 955, in cui l'A. sottolinea come alcuni «*questionable payments*» possono non avere una immediata rilevanza fiscale, o possono averne una solo differita, con la concreta possibilità che, oltre a non essere sanzionati penalmente di per sé come comportamenti lesivi di un bene giuridico meritevole di tutela, potrebbero risultare privi di censura anche con riguardo alle norme tributarie.

approvazione con la legge *antitrust*.

Lo *Sherman Antitrust Act* (1890)⁽⁹⁷⁾ ed il *Clayton Antitrust Act* (1914)⁽⁹⁸⁾ prevedevano, difatti, disposizioni di qualche rilevanza nel contesto normativo in cui ci muoviamo. Precisamente, la Sec. 1 dello *Sherman Act* proibiva espressamente ogni accordo che avesse l'effetto di restringere la concorrenza od il commercio tra gli Stati o le nazioni estere; la Sec. 2 vietava qualsiasi condotta volta ad acquisire il monopolio in un settore di mercato tra gli Stati federati o le nazioni estere; la Sec. 7 del *Clayton Act* proibiva fusioni, acquisizioni o *joint venture* tra società americane, o statunitensi e straniere, che producessero l'effetto di ridurre la concorrenza nel mercato di riferimento⁽⁹⁹⁾.

L'effetto evidente sulla concorrenza poteva comportare l'applicazione delle proibizioni previste dalla *Antitrust Law* sulle condotte di corruzione internazionale, quando gli *improper payments* erano stati effettuati allo scopo di restringere il libero commercio degli Stati Uniti, dentro o fuori i confini nazionali, e dunque suscitare l'interesse della Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia. Tuttavia, la disciplina *antitrust* – ancora una volta, come si è già osservato per la *securities law* e la *tax law* – non qualificava come illeciti tali pagamenti. Essa, invece, ne valutava il comportamento anticoncorrenziale, focalizzandosi esclusivamente sugli scopi per cui venivano effettuati: alcuni di questi comportamenti potevano risultare suscettibili di censura solo in quanto comportassero una diminuzione del libero commercio o la formazione di un monopolio sulle importazioni od esportazioni degli Stati Uniti⁽¹⁰⁰⁾.

⁹⁷ V. 15 U.S.C. 1-38.

⁹⁸ V. 15 U.S.C. 12-27.

⁹⁹ V., sul punto, BORTON, GROSS, *Control of Multinational Corporations' Foreign Activities*, cit. *supra* nota 75, p. 445 e 448, in cui l'A. ricostruisce le disposizioni *antitrust* applicabili alle attività condotte all'estero dalle multinazionali. Lo studio offre, in particolare, una ricognizione della giustificazione dottrinale e giurisprudenziale dell'applicazione extraterritoriale della disciplina *antitrust*, in parte, come si vedrà, con argomentazioni e considerazioni analoghe a quelle che potranno ritenersi rilevanti per la disciplina oggetto dell'odierna indagine.

¹⁰⁰ V., sul punto, KOEHLER, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 91, p. 955, in cui l'A. riporta alcuni significativi passaggi dell'audizione della procura generale, Divisione Antitrust del Dipartimento della Giustizia, Donald Baker, in cui egli osserva come le pratiche di corruzione internazionale potevano, in alcuni casi, risultare suscettibili di censura

Tuttavia, com'è stato osservato, molte sono le ipotesi in cui le condotte di corruzione potevano (e tuttora possono avere) effetti anticoncorrenziali, che tuttavia sfuggivano alla rete di protezione prevista dalla *Antitrust Law*. Ad esempio, il caso della “bustarella” per “oleare la macchina” per il futuro, condotta che non si collegherebbe in via diretta alla diminuzione del libero commercio, né avrebbe inficiato l'import/export degli USA. Ancora, l'ipotesi in cui la tangente veniva pagata per escludere la concorrente straniera. Tale condotta senz'altro avrebbe inciso sulla distorsione della concorrenza, ma non nel senso di ridurre il libero commercio delle multinazionali americane, e dunque anche in questo caso sarebbe sfuggita dalle maglie della legislazione *antitrust*. Oltretutto, ciò avrebbe comportato una valutazione sulla correttezza della decisione del funzionario estero, valutazione all'epoca impedita dalla disciplina statunitense. In ultimo, l'ipotesi di pagamenti come *fees* per operare in quel paese a membri del governo, capi di Stato o alti funzionari. La condotta si presenterebbe come addirittura a favore di una maggiore concorrenza sul piano internazionale ed oltretutto difficilmente sanzionabile perché in ipotesi riguardanti soggetti in larga parte protetti da immunità in ragione della funzione ricoperta ⁽¹⁰¹⁾.

Dunque, anche la disciplina *antitrust* sebbene rilevante in tema di condotte corruzione, in quanto comportamenti anticoncorrenziali, si rivelava inefficace a catturare e sanzionare i *questionable payments* non essendo specificamente ispirata alla necessità di prevederli come fatti illeciti e sanzionarli come fatti penalmente rilevanti.

Emerse, dunque, la necessità di prevedere, in un testo legislativo specificamente a ciò ispirato, le condotte di corruzione dei pubblici funzionari stranieri, qualificarle come fatti di natura illecita e commisurarne la proporzionata sanzione.

secondo la disciplina *antitrust*, la quale tuttavia non provvedeva alla loro criminalizzazione di per sé, rimanendo – fuori dai casi di rilevanza *antitrust* – sprovvista di sanzione penale.

¹⁰¹ *Id.*, p. 956-957.

2.2.2. *La risposta al vuoto legislativo: la scelta della linea dura*

La mancanza di disposizioni normative contenenti un divieto espresso di operare attraverso facilitazioni quali pagamenti illeciti rendeva la lotta alla corruzione internazionale alla mercé dell'etica delle multinazionali. Tuttavia, le imprese multinazionali avevano dimostrato di essere prive di moralità nella conduzione degli affari, ispirate alla logica del «minimo rischio, massimo risultato», e dunque non ci si poteva aspettare nulla di buono negli anni a venire, all'indomani dello scandalo *Watergate*. Inoltre, la presa di coscienza della *deficiency* normativa in materia di *questionable payments* rischiava di rendere la lotta alla corruzione internazionale un mero fatto di trasparenza⁽¹⁰²⁾, ed una risposta timida rischiava di legittimare una pratica – oramai emersa in tutta la sua pervasività e portata – di fronte alla quale ci si attendeva invece una reazione ferma e lungimirante, ossia vietare espressamente la corruzione dei pubblici funzionari stranieri⁽¹⁰³⁾.

La risposta del Congresso poteva percorrere due differenti direzioni: la possibilità di adottare una linea morbida, ossia prevedendo un obbligo di *disclosure* sui *questionable payments*, oppure una molto più radicale, ossia

¹⁰² La posizione della SEC, ad esempio, che invero ebbe grande importanza nel processo legislativo che portò all'adozione del FCPA fu proprio quella della trasparenza, senza imporre la criminalizzazione. In effetti, il compito della SEC non era quello di moralizzare le modalità con cui le multinazionali americane conducevano i propri affari, e dunque di imporre un divieto assoluto di *questionable payments*. Tuttavia, trattandosi di condotte che potevano avere, come in effetti avevano, ripercussioni serie sulle scelte di investimento del mercato, esse dovevano essere prese necessariamente in considerazione nelle informazioni fornite agli investitori. Dunque, la scelta politica di vietare o meno le condotte di corruzione internazionale esulava dall'ambito entro cui si muovevano gli ufficiali della SEC, che dunque non espressero una posizione nel senso della criminalizzazione. Tuttavia, l'esigenza di garantire una corretta informazione al mercato, e con essa l'integrità del mercato dei titoli negoziati, fece esprimere la necessità di regolamentare tali pagamenti nel senso, quantomeno, di includerli nell'elenco delle informazioni da esibire agli investitori, in quanto di per sé rilevanti per le decisioni di acquisto e vendita dei titoli negoziati. V., sul punto, la ricostruzione della posizione della SEC contenuta in KOEHLER, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 91, p. 961.

¹⁰³ V., sul punto, la riflessione contenuta in LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 42, in cui l'A. si sofferma sulle scarse ripercussioni che gli scandali del periodo *Watergate* avevano provocato: meno di una manciata di dirigenti erano finiti in carcere, nonostante la gravità dei fatti a loro addebitati. Anzi, al contrario di ciò che ci si sarebbe aspettato, società coinvolte negli scandali avevano addirittura aumentato i loro ricavi, segno che lo stigma sociale non aveva avuto alcun effetto negativo sul loro conto economico.

interdirli del tutto, e quindi rendere tali pratiche del tutto illecite, con le conseguenti sanzioni in caso di violazione del divieto ⁽¹⁰⁴⁾.

La soluzione legislativa da adottare doveva necessariamente tenere conto della capacità degli Stati Uniti di garantire un adeguato livello di *enforcement* delle scelte di politica criminale. Anzitutto, vi era il tema dei *mezzi*, ossia di disporre di unità operative in grado di elaborare ipotesi investigative e di captare le ipotesi di violazione. In secondo luogo, vi era il tema delle *prove*, giacché la repressione di condotte avvenute o inerenti all'imparzialità di funzionari pubblici stranieri comportava la necessità di affidarsi alla cooperazione giudiziaria dei paesi esteri, disponibilità tutt'altro che scontata ⁽¹⁰⁵⁾.

La direzione presa inizialmente, sotto la presidenza del repubblicano **Gerald Ford**, fu quella della *linea morbida*. Il gruppo di lavoro istituito sotto il governo Ford decise, infatti, di prevedere unicamente un obbligo di *disclosure* a carico delle imprese, presidiato dallo spettro di sanzioni di natura civile e penale, e propose in sede internazionale l'adozione di un comune codice di condotta per promuovere una uniforme adesione a linee di condotte improntate ad una maggiore correttezza nelle politiche commerciali sul piano transnazionale ⁽¹⁰⁶⁾.

Il principale oppositore di Ford, il democratico **Jimmy Carter**, giudicò tale scelta assolutamente inadeguata e non proporzionata alla gravità ed entità del fenomeno ed accusò Ford di volere, con questa scelta, sostanzialmente legalizzare la corruzione internazionale. Carter basò la sua campagna elettorale per le presidenziali del 1976 sulla *linea dura* del divieto assoluto di *questionable payments*, quale unico metodo efficace per prevenire il reiterarsi degli scandali dei primi anni '70, e difatti, una volta presidente, portò a termine il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, con l'approvazione del FCPA.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 43.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 41.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 43-44.

«Condivido la convinzione del Congresso secondo cui la corruzione è eticamente ripugnante e non necessaria per la concorrenza. Le pratiche di corruzione tra società e funzionari pubblici all'estero compromettono l'integrità e la stabilità dei governi e danneggiano le nostre relazioni con gli altri paesi. Le recenti rivelazioni della diffusa corruzione internazionale hanno eroso la fiducia dei cittadini nelle nostre istituzioni»⁽¹⁰⁷⁾.

«Questa legge rende illegali i pagamenti di tangenti a funzionari stranieri ai sensi della legge degli Stati Uniti. Essa inoltre richiede alle società di tenere i libri e i registri contabili in maniera accurata e di stabilire i controlli contabili necessari per impedire il ricorso a fondi neri, che sono stati usati in passato per mascherare le tangenti delle società»⁽¹⁰⁸⁾.

Le parole del presidente Carter, al momento della firma al FCPA, resero da subito l'idea che qualcosa era mutato nella coscienza politica statunitense, e che analoghe reazioni sarebbero succedute nella comunità internazionale. Carter definì la corruzione come *«eticamente ripugnante»*, ed in quanto tale meritevole di essere oggetto di una battaglia priva di timidezze e cautele che, sino all'ultimo, avevano caratterizzato la linea dura di Ford.

Gli Stati Uniti si presentarono, perciò, di fronte alle potenze straniere come la nazione capofila di questa nuova battaglia, con uno strumento legislativo in grado di reprimere efficacemente la corruzione internazionale delle multinazionali, che il mondo intero avrebbe dovuto prendere a modello. Come vedremo, però, la linea dura contro la corruzione internazionale faticò non poco a trovare condivisione fuori dai confini degli Stati Uniti in cui l'adozione del FCPA diede impulso ad un processo molto lento e difficoltoso,

¹⁰⁷ V., sul punto, CARTER, *Foreign Corrupt Practices and Investment Disclosure Bill Statement on Signing S. 305 Into Law*, in PETERS, WOOLLEY, *The American Presidency Project*, Presidency USCB, p. 1 (disponibile su: presidency.ucsb.edu – ultimo accesso: 12/07/2020).

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 1.

mai del tutto completato.

Nei paragrafi che seguono, si avrà modo di analizzare le tappe del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale che hanno interessato le grandi potenze del pianeta, sotto l'incessante impulso degli Stati Uniti. Tale processo, sebbene come vedremo abbia portato all'introduzione di disposizioni anticorruzione in gran parte uniformi, si è rivelato comunque inadeguato sul piano dell'effettività, all'infuori del caso degli Stati Uniti che continuano a possedere l'unico vero armamentario realmente efficace contro la corruzione internazionale delle imprese multinazionali.

3. L'ESPORTAZIONE DEL FOREIGN CORRUPTION PRACTICES ACT: LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI (1977-2003)

L'adozione del FCPA da parte degli Stati Uniti diede impulso al processo di criminalizzazione della corruzione internazionale su scala globale ⁽¹⁰⁹⁾.

La repressione delle condotte di corruzione dei pubblici funzionari stranieri da parte, specialmente, delle imprese multinazionali non avrebbe

¹⁰⁹ V., sul punto, BREWSTER, ORTIZ, *Never Waste a Crisis: Anticorruption Reforms in South America*, 60 VA. J. Int'l L. 531, 2020, p. 531 ss.; ELLIS, *The FCPA in Latin America. Common corruption risk and effective compliance strategies for the region*, Corporate Compliance Insights Publication, 2016, p. 1 ss.; FOLEY, HAYNES, *The FCPA and Its Impact in Latin America*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 27, 2009, p. 27 ss.; EINHORN, *Evolution and Endpoint of Responsibility: The FCPA, SOX, Socialist-Oriented Governments, Gratuitous Promises, and a Novel CSR Code*, the, 35 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 509, 2007, p. 509 ss.; WHITE, *Business in the Middle Kingdom: An Evaluation of CFPOA Risk*, 78 U. Toronto Fac. L. Rev. 137, 2020, p. 137 ss.; DONG, *Does China Need an Anti-Foreign Bribery Statute: Some Lessons from the FCPA of US*, 12 Frontiers L. China 355, 2017, p. 355 ss.; ALLDRIDGE, *The U.K. Bribery Act: The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA*, 73 Ohio St. L.J. 1181, 2012, p. 1181 ss.; DEVIS, RASKIN, MOSS, DUNST, *Panel 3: The FCPA and the UK Bribery Act*, 8 N.Y.U. J.L. & Bus. 355, 2012, p. 355 ss.; LEADER, *Cross Boarder Crime and Extradition*, 2 Ct. Uncourt 10-11 2015, p. 10 ss.; HILL, *Foreign Representatives: Saudi Law and the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, 4 Arab L.Q. 291, 1989, p. 291 ss.; DEMING, *The Oil Industry and Africa: The Expanding Reach of the Foreign Corrupt Practices Act*, 4 Law & Dev. Rev. 311, 2011, p. 311 ss., in cui l'A. affronta il tema dell'impatto del FCPA nel contesto africano. In argomento, v. anche KPUNDEH, *Remarks*, 90 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 95, 1996, p. 95 ss. V., con riguardo alla Repubblica tedesca, CRONES, HOLTMEIER, KOFFER, *FCPA Enforcement Developments Impacting Germany*, 38 DAJV Newsl. 99, 2013, p. 99.

avuto chance di successo senza una progressiva convergenza sul modello americano. In altre parole, solo un'azione congiunta e coordinata di tutte le potenze mondiali avrebbe avuto la possibilità di scardinare un sistema che, all'indomani dello scandalo *Watergate* sembrò essere di dimensioni impensabili.

Nelle intenzioni del presidente Carter, tale aspetto era già molto chiaro al momento della sottoscrizione del testo legislativo approvato dal Congresso, giacché, in quella sede ebbe a dichiarare pubblicamente:

«Gli sforzi di oggi, tuttavia, potranno avere successo nella lotta alla corruzione solo se altri paesi e le stesse imprese intraprenderanno azioni analoghe. Pertanto, spero che all'interno delle Nazioni Unite continueranno i progressi verso la negoziazione di un trattato sui pagamenti illeciti»

(110).

La condivisibile preoccupazione di Carter, basata probabilmente sul sospetto che, all'estero, la scelta degli Stati Uniti di contrastare il fenomeno della corruzione nelle imprese multinazionali non avrebbe trovato unanime condivisione, stimolò l'amministrazione americana negli anni seguenti a promuovere presso le organizzazioni internazionali la sensibilizzazione dei governi stranieri per costruire una convergenza comune sul tema ⁽¹¹¹⁾.

Lo scandalo *Watergate* aveva consentito di accendere i riflettori internazionali sul tema. Nel 1975, e dunque ancora prima dell'approvazione definitiva del FCPA, in seno all'ONU, i paesi membri avevano approvato una risoluzione di condanna nei confronti delle pratiche di corruzione ⁽¹¹²⁾.

¹¹⁰ V., sul punto, CARTER, *Foreign Corrupt Practices and Investment Disclosure Bill Statement on Signing S. 305 Into Law*, cit. *supra* nota 107, p. 1.

¹¹¹ V., sul punto, LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 41, in cui l'A. racconta il tentativo degli Stati Uniti di imporre al mondo il modello americano. Nel volume, l'A. ammette come la partita fosse tutt'altro che facile, e che incontrò molte resistenze da parte dei governi stranieri, evidentemente non troppo interessati a reprimere condotte che, il più delle volte, coinvolgevano funzionari stranieri, con beneficio di imprese nazionali.

¹¹² V., sul punto, la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3514 (XXX) del 15 dicembre 1975, recante l'espressa condanna di tutte le pratiche corruttive. L'opera di sensibilizzazione compiuta dagli Stati Uniti, visibile già nell'adozione della risoluzione, è

La mossa degli Stati Uniti fu allora di incalzare l'Assemblea generale proponendo l'adozione di una convenzione internazionale che tramutasse i principi della risoluzione, avente efficacia di *soft law*, in disposizioni cogenti e vincolanti per i paesi. Il paese americano dovette, tuttavia, fare i conti con una reazione piuttosto fredda alla proposta statunitense. E, difatti, il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite decise di approvare l'istituzione di un gruppo di lavoro intergovernativo sulle pratiche di corruzione nelle operazioni commerciali internazionali, che pure portò a termine la redazione di un testo che prevedeva di sanzionare penalmente le multinazionali. Ma il testo non vide mai l'approvazione definitiva ed il comitato, dopo appena tre anni di vita, arrestò la propria attività, facendo così naufragare il progetto statunitense di esportare il modello anticorruzione americano ⁽¹¹³⁾.

sottolineata da WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 216.

¹¹³ V., sul punto, LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 47, in cui l'A. ricostruisce i passaggi di questo primo tentativo di *legal transplant* in cui gli Stati Uniti ottennero, da parte del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, l'approvazione della Risoluzione n. 2041 (LXI) del 5 agosto 1976 con cui venne istituito un comitato di lavoro per la redazione di un progetto comune per la criminalizzazione della corruzione internazionale, naufragato definitivamente nel 1979, anno in cui il comitato cessò di lavorare al progetto e i governi stranieri non accolsero la richiesta degli Stati Uniti di una approvazione formale del progetto elaborato.

Quello del 1979 può essere considerato il primo tentativo (fallito) di esportare il modello americano, da parte degli Stati Uniti. Invero, il governo statunitense andò molto vicino all'obiettivo, ossia l'elaborazione di un testo comune che comportasse l'impegno di tutti i paesi membri a prevedere, all'interno dei rispettivi ordinamenti, la criminalizzazione della corruzione internazionale. Tuttavia, nonostante gli sforzi profusi da parte degli Stati Uniti, tale progetto non vide mai la luce. La circostanza è sottolineata da YANNACA SMALL, *Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre*, in *Annuaire Français de Droit International*, 40, 1994, p. 794 in cui l'A. sottolinea che il tentativo di adozione ufficiale di un testo convenzionale comune e vincolante naufragò per ragioni di carattere pratico, giuridico e politico. Anzitutto, non convinse la forma della convenzione internazionale quale strumento per istituire od obbligare gli Stati membri ad istituire la responsabilità penale per gli autori del fatto. In secondo luogo, l'elemento della transnazionalità della condotta pose in luce che solo una collaborazione tra i vari paesi avrebbe potuto portare davvero alla repressione di fatti di simile portata e, all'epoca, si riscontrava una diversità di politiche tra i vari paesi. Inoltre, la transnazionalità suscitava profili problematici sotto il profilo della carenza o del conflitto di giurisdizione, difficilmente sanabili. A ciò, doveva aggiungersi che la possibile applicazione extraterritoriale della legge penale che una simile fattispecie avrebbe comportato rischiava di entrare in conflitto con il diritto nazionale. Insomma, l'impossibilità di dirimere questi punti controversi e, probabilmente, una ancora non matura sensibilità nei confronti del tema, comportarono il naufragare del primo tentativo di

Gli Stati Uniti, tuttavia, non si arresero alla prima battaglia persa: erano convinti di poter ancora vincere la guerra. E, difatti, a fronte degli ostacoli riscontrati in seno all'ONU, proposero l'idea di un testo comune per la criminalizzazione della corruzione internazionale all'interno della Camera di commercio internazionale (ICC) ⁽¹¹⁴⁾.

La ICC creò una commissione composta da personalità di vari paesi, la quale, dapprima, condusse una accurata indagine dello stato delle legislazioni nazionali in materia e, successivamente, approvò un testo di raccomandazione per gli Stati ed al quale le imprese multinazionali potevano ispirarsi per redigere i propri codici di condotta interni, con l'istituzione di un comitato per monitorare il grado di adozione delle raccomandazioni ⁽¹¹⁵⁾.

Tuttavia, anche l'azione all'interno della ICC si rivelò insufficiente rispetto allo scopo perseguito: risoluzioni, raccomandazioni ma nessuna convenzione internazionale che recepisce il modello anticorruzione americano e che stimolasse efficacemente la criminalizzazione delle condotte di corruzione internazionale da parte dei governi stranieri.

A fronte della scarsa sensibilità internazionale sul tema, a partire dal 1979 gli Stati Uniti si interrogarono profondamente sugli squilibri che una legislazione così stringente poteva comportare, a danno delle imprese americane. Difatti, giacché i paesi stranieri rifiutarono di adottare un modello anticorruzione analogo a quello statunitense, le uniche condotte di corruzione internazionale ad essere potenzialmente sanzionate rimasero quelle eventualmente poste in essere dalle imprese multinazionali americane, le

esportazione del modello americano, in seno all'ONU.

¹¹⁴ V., sul punto, VINCKE, *The Pioneering Anti-corruption Activity of the ICC*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 291.

¹¹⁵ Si tratta del *Report "Extortion and Bribery in Business Transaction"*, adottato dalla sessione 131esima del Consiglio della Camera di commercio internazionale, il 29 novembre 1977, in ICC publication n. 315, ristampato in 17 I.L.M. 417 (1998). V., sul punto, WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Brill | Nijhoff, 2002, p. 409 in cui l'A. sottolinea che sebbene le regole di condotta adottate dalla ICC non avessero ripercussioni legali dirette, allo stesso tempo esse costituivano ciò che la ICC considerava pratiche commerciali corrette, e dunque ancorché si trattasse di regole non cogenti le stesse non potevano che essere recepite dalle imprese operanti nel contesto internazionale. V., sul punto, anche YANNACA SMALL, *Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre*, cit. *supra* nota 113, p. 796.

quali dunque si trovarono in evidente svantaggio competitivo rispetto alle multinazionali straniere ⁽¹¹⁶⁾. Queste ultime, grazie al comportamento dei rispettivi governi, potevano adottare pratiche corruttive senza essere sanzionate, mentre le stesse pratiche erano proibite negli Stati Uniti. Lo squilibrio era tale da rendere non solo inefficace, rispetto alla finalità perseguita, lo strumento legislativo adottato dagli Stati Uniti. Ma, addirittura, poteva risultare perfino compromettente per la corretta competizione tra le imprese nel mercato internazionale, dal momento che le imprese multinazionali straniere potevano ricorrere allo strumento della corruzione del pubblico funzionario straniero, escludendo dal mercato quelle di nazionalità americana. Si venne, perciò, a creare un evidente paradosso dovuto all'evoluzione normativa, per cui il testo legislativo adottato da un paese, in questo caso si trattava degli Stati Uniti, in mancanza di analoghe disposizioni fuori dai confini nazionali, rischiava di risultare pregiudizievole per la stessa finalità dallo strumento adottato ⁽¹¹⁷⁾.

Il paese americano, a fronte dei due primi tentativi non andati in porto, si trovò perciò costretto a dover riflettere sulla scelta di mantenere il FCPA. Le possibilità, in concreto, risultarono due: proseguire la sensibilizzazione nei confronti dei paesi stranieri, oppure allentare la presa, e – ad esempio – limitare l'applicazione del FCPA alla sola competizione globale tra imprese americane, lasciando al libero mercato di stabilire le regole della competizione internazionale tra imprese americane ed imprese straniere, non sanzionando cioè eventuali condotte corruttive avvenute in tale ambito ⁽¹¹⁸⁾.

La risposta al quesito apparve, dapprima, quella di allentare la presa. E, infatti, nel 1988 gli Stati Uniti approvarono una modifica del FCPA che consentiva regalie ai pubblici ufficiali stranieri, se la pratica era ritenuta lecita nel paese di appartenenza del funzionario. Tuttavia, un simile ammorbidimento risultava troppo timido, e la competizione internazionale,

¹¹⁶ V., sul punto, JEYDEL, *Yoking the Bull: How to make the FCPA Work for U.S. Business*, 43 Geo. J. Int'l L. 523, 2012, p. 523 ss.

¹¹⁷ V., sul punto, LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 49, in cui l'A. sottolinea il paradosso cui si trovarono a far fronte gli Stati Uniti intorno alla prima metà degli anni '80.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 49.

da parte delle imprese americane, rischiava di volgere a vantaggio delle imprese straniere in assenza di interventi normativi uniformi su scala globale e, dunque, anche sotto la pressante iniziativa delle lobby, il governo americano si convinse ad effettuare un nuovo tentativo, stavolta, come vedremo nel paragrafo successivo, all'interno di un'altra organizzazione internazionale, ossia l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), che ebbe maggiore successo e portò all'adozione della prima – largamente condivisa – convenzione internazionale in materia di corruzione nelle transazioni economiche internazionali.

3.1. La Convenzione OCSE (1997) e la Convenzione OAS (1996)

Il 17 dicembre 1997, a Parigi, venti anni dopo l'approvazione del FCPA da parte del Congresso degli Stati Uniti d'America, l'OCSE approva definitivamente la Convenzione contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali ⁽¹¹⁹⁾.

¹¹⁹ Si tratta, precisamente, della “*OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*”, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997, entrata in vigore il 15 febbraio 1998. Ne fanno parte 44 paesi, 8 dei quali esterni all'area OCSE, e precisamente: Argentina, Australia, Austria, Belgio, Brasile, Bulgaria, Canada, Cile, Colombia, Costa Rica, Danimarca, Estonia, Federazione Russa, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Irlanda, Islanda, Israele, Italia, Korea, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Messico, Olanda, Norvegia, Nuova Zelanda, Perù, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Stati Uniti, Sud Africa, Svezia, Svizzera, Turchia, Ungheria. Il testo integrale della convenzione e delle successive raccomandazioni è disponibile su: oecd.org (ultimo accesso: 15/07/2020).

Per un approfondito esame della *Convenzione OCSE* v. PIETH, LOW, BONUCCI, *The OECD Convention on bribery, a commentary*, cit. *supra* nota 14, p. 1 ss.; sul tema, autorevolmente, v. SACERDOTI, *La convenzione Ocse del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 1998, p. 1349; *Id.*, *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery in Transnational Business Transaction: An Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in *Italian Yearbook of International Law*, IX, 1999, p. 26 ss.; DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1998, p. 969 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Ed. Scientifiche it. 2012, p. 526 ss.; DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 9 ss.; *Id.*, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., Amer Bar Assn, Chicago, 2010, p. 309 ss.; GALLO, *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari delle organizzazioni internazionali: considerazioni critiche sulla*

Non si tratta, invero, della prima convenzione internazionale in materia di corruzione. La *Convenzione Ocse*, difatti, fu di poco preceduta dall'adozione di un'altra convenzione internazionale, ossia la *OAS Inter-American convention against corruption*, approvata l'anno precedente in Venezuela ⁽¹²⁰⁾. La *Convenzione OAS* può dirsi, in effetti, coeva alla *Convenzione Ocse* in materia di corruzione internazionale, con cui senz'altro condivide la matrice statunitense di fondo ⁽¹²¹⁾. Tuttavia, quella adottata dall'OCSE risulterà, di fatto, più significativa nell'esportazione del modello americano, anzitutto per numero e identità dei paesi coinvolti. A differenza della *Convenzione OAS*, la *Convenzione Ocse* consentì l'esportazione del modello statunitense verso i paesi più industrializzati del globo, anche al di fuori della più ristretta sfera di influenza degli Stati Uniti, e dunque verso i paesi da cui provenivano i principali *competitor* delle imprese multinazionali americane, a cominciare dal continente europeo.

Convenzione Ocse del 1997, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 377.

In argomento, v., anche, ZEDALIS, *Internationalizing prohibitions on Foreign Corrupt Practices: the OAS Convention and the OECD Revised Recommendation*, 31 J. World Trade, 6, 1997, p. 45 ss.; PIERROS, HUDSON, *The Hard Graft of Tackling Corruption in International Business Transactions, Progress in International Cooperation and the OECD Convention*, 32 J. World Trade, 1998, p. 77 ss.

Per una panoramica sul recepimento, in Italia, della *Convenzione* v. SACERDOTI, (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Egea, Milano, 2003, p. 1 ss. ed in particolare, nel volume, v. *ID.*, *La Convenzione OCSE e la sua laboriosa attuazione in Italia*, p. 71 ss.; nonché, MAGRINI, *L'attuazione della Convenzione OCSE contro la corruzione: il quadro comparato*, p. 95 ss.

¹²⁰ La *OAS Inter-American convention against corruption*, fu approvata a Caracas (Venezuela) il 29 marzo 1996, ed entrò in vigore il 6 marzo 1997, ratificata da 35 paesi dell'America settentrionale e meridionale, precisamente: Antigua, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brasile, Canada, Cile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Perù, Repubblica Domenicana, Saint Lucia, San Kitts, Saint Vincent, Stati Uniti d'America, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguay, Venezuela. Il testo integrale della convenzione è disponibile su: oas.org (ultimo accesso: 23/07/2020).

¹²¹ Nella *Convenzione OAS*, al pari della *Convenzione Ocse*, risulta evidente la matrice statunitense. Su tutti, basti osservare che, all'Art. 3, par. 10, essa, difatti, impegna gli stati ad adottare misure di contrasto alla corruzione dei pubblici funzionari stranieri e la falsificazione delle scritture contabili, misure contenute, invero in termini più cogenti, anche nella carta approvata dall'OCSE e mutate dal testo statunitense del FCPA approvato vent'anni prima dal Congresso degli Stati Uniti.

Un esame analitico delle disposizioni contenute nella *Convenzione Ocse* esula dall'indagine del presente elaborato. Tuttavia, in proposito, si può osservare che, nella stessa, risulta evidente l'impronta statunitense, giacché la convenzione appare effettivamente costruita sul modello del FCPA, per molteplici ragioni ⁽¹²²⁾.

Innanzitutto, sia il FCPA che la *Convenzione Ocse* condividono un oggetto comune, dal momento che entrambe mirano a regolare e, precisamente, vietare la corruzione dei pubblici funzionari stranieri. Inoltre, entrambi i testi condividono le due direttrici principali, ossia un nucleo di norme in materia di pagamenti illeciti a pubblici funzionari stranieri, quindi disposizioni anticorruzione in senso proprio, ed un nucleo di norme in materia corretta tenuta dei libri contabili, ancillari ma evidentemente parimenti fondamentali nella lotta alla corruzione ⁽¹²³⁾.

In secondo luogo, sia la legge statunitense, sia la convenzione internazionale prevedono la criminalizzazione del solo soggetto attivo della corruzione, e dunque del solo corruttore e non anche del corrotto ⁽¹²⁴⁾. Entrambe, ancora, condividono la finalità della condotta perseguita, che deve consistere nella volontà di acquisire o mantenere una commessa, sebbene solo la *Convenzione* specifichi che debba trattarsi di una commessa internazionale ⁽¹²⁵⁾. Infine, entrambe prevedono la responsabilità delle

¹²² V., sul punto, BREEN, *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly ed., Lextenso ed., Issy-les-Moulineaux, 2017, p. 24, in cui l'A. sottolinea come l'approvazione della *Convenzione Ocse* abbia rappresentato il primo importante tassello nella universalizzazione dei principi contenuti nel FCPA in materia di anticorruzione.

¹²³ V., sul punto, gli Artt. 1 e 8 della *Convenzione Ocse* e le analoghe disposizioni contenute nel FCPA, in 15 U.S.C. §§ 78m e 78dd-1 ss.

¹²⁴ V., sul punto, l'Art. 1 della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1 ss. del FCPA.

¹²⁵ V., sul punto, l'Art. 1.1 ultimo periodo della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1(a) ss. del FCPA.

Come vedremo di seguito, la perseguibilità della sola corruzione attiva è un principio controverso nel lungo *excursus* di criminalizzazione della corruzione internazionale. In linea di principio, la compromissione dell'imparzialità del funzionario è stata considerata, quantomeno in origine, un tema di rilevanza unicamente nazionale, peraltro generalmente provvista di tutela penale nei singoli ordinamenti nazionali, per cui si riteneva non necessario ed anzi potenzialmente dannoso per le relazioni internazionali prevedere la perseguibilità della corruzione passiva, finanche considerata una illegittima invasione nella sfera di sovranità dello Stato estero. V., sul punto, MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, *supra* nota 62, p. 131.

persone giuridiche, e precisamente il FCPA stabilisce la responsabilità penale delle persone fisiche e giuridiche, siano esse statunitensi o straniere, ricorrendone le condizioni della fattispecie, e la *Convenzione* espressamente impegna gli Stati a introdurre la responsabilità penale per le persone giuridiche per i fatti di corruzione internazionale o, laddove la responsabilità penale risulta incompatibile con l'ordinamento nazionale, che siano comunque previste la responsabilità e le sanzioni non-penali egualmente efficaci ⁽¹²⁶⁾.

La *Convenzione* contiene, altresì, specifici obblighi in materia di giurisdizione, impegnando gli Stati a prendere le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione sulla corruzione del funzionario straniero, laddove il reato sia commesso anche solo in parte all'interno del proprio territorio, eventualmente modificando la disciplina interna in materia nel caso in cui non consenta una efficace repressione del fenomeno, ed obbligando i paesi firmatari a consultarsi per determinare la giurisdizione più appropriata per l'azione penale, nel caso in cui più paesi risultano coinvolti nella perpetrazione del reato ⁽¹²⁷⁾. Inoltre, per gli ordinamenti che prevedono la perseguibilità dei propri cittadini per i reati commessi all'estero, la

Tuttavia, negli strumenti normativi di origine pattizia, si è progressivamente registrato un trend evolutivo che punta ad erodere questo automatismo, anche allo scopo di evitare che il timore di invadere la sovranità dello Stato estero, specie se extra-UE, si risolva nella impunità del funzionario straniero, specie in quei paesi, considerati ad alto rischio corruzione, dove il fenomeno risulta largamente tollerato e diffuso (v., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 239 in cui l'A. sottolinea la differenza strutturale ed ontologica, anche con riguardo all'aspetto della perseguibilità della corruzione passiva, tra la corruzione del funzionario europeo o extra-europeo, nell'ordinamento italiano, e precisamente nella formulazione dell'Art. 322 *bis* del Codice penale. In argomento, è bene dare rilievo al recente intervento normativo proprio su tale disposizione, giacché il D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75, recante norme in materia di “Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale”, c.d. “Direttiva PIF” all'Art. 1, co. 1, lett. d) è intervenuto, aggiungendo al primo comma dell'Art. 322 *bis* c.p., il numero 5-*quater* con cui si prevede la perseguibilità, per fatti di corruzione internazionale, anche delle «persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di Stati non appartenenti all'Unione europea, quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione», fino ad oggi escluse da norme e relative sanzioni penali, e quindi esenti da responsabilità penale per fatti di corruzione internazionale.

¹²⁶ V., sul punto, gli Artt. 2 e 3 della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1(a) ss. del FCPA.

¹²⁷ V., sul punto, l'Art. 4.1, 4.3 e 4.4 della *Convenzione Ocse*.

Convenzione stabilisce che venga prevista la perseguibilità anche per il reato in questione ⁽¹²⁸⁾.

Si tratta di previsioni che ricalcano la matrice americana del FCPA, con cui si punta a creare un *framework* di disposizioni anticorruzione uniformi su scala globale, al fine di consentire da un lato la parità delle armi tra gli operatori economici, e dall'altro di reprimere efficacemente la piaga della corruzione. Una dimostrazione di ciò è contenuta proprio nella *Convenzione*, la quale all'Art. 5 impegna i paesi firmatari a reprimere tali condotte con i propri mezzi e le proprie regole, e dunque con la più ampia autonomia, in osservanza del principio di sovranità, ma pretende espressamente che la loro azione non venga influenzata da considerazioni di interesse economico nazionale o dall'identità delle persone fisiche o giuridiche coinvolte, né tantomeno dall'effetto che la repressione di tali condotte possa provocare nei rapporti con lo Stato estero ⁽¹²⁹⁾.

L'azione degli Stati Uniti, all'interno dell'OCSE ebbe evidentemente successo. Il *legal transplant* fallito nei primi due tentativi, e cioè in seno all'ONU e alla ICC, fu invece pienamente conseguito con l'approvazione della *Convenzione Ocse*, entrata in vigore nel 1999, e ratificata dalle più importanti potenze economiche mondiali, tra cui persino alcuni paesi non facenti parte dell'organizzazione ⁽¹³⁰⁾.

L'adozione della *Convenzione* pose le basi per l'affermazione del modello americano nel contesto dell'anticorruzione. Difatti, dieci anni dopo l'approvazione del FCPA, gli Stati Uniti erano riusciti ad unire buona parte del mondo industrializzato ed in via di sviluppo nella lotta contro la corruzione internazionale iniziata l'indomani dello scandalo *Watergate*, ed a convincere le potenze straniere ad adottare norme, come si è visto, sostanzialmente analoghe a quelle approvate dal Congresso. Il *legal transplant* troverà ulteriore eco anche all'interno di altre organizzazioni internazionali, le quali, come vedremo nei paragrafi successivi, adotteranno

¹²⁸ V., sul punto, l'Art. 4.2 della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1(g) e 78dd-2(i) del FCPA.

¹²⁹ V., sul punto, l'Art. 5 della *Convenzione Ocse*.

¹³⁰ La *Convenzione* fu ratificata anche da Argentina, Brasile, Bulgaria, Cile, Estonia, Israele, Slovacchia e Sud Africa.

risoluzioni e convenzioni in materia di corruzione e di corruzione internazionale in linea con la *Convenzione Ocse*, consolidando il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale avviato dagli Stati Uniti con il FCPA ⁽¹³¹⁾.

È bene sottolineare, in questa sede, che il traguardo raggiunto con la *Convenzione Ocse* ebbe una importante conseguenza di carattere politico, oltre che giuridico, non tanto perché contribuì, in modo determinante, al progressivo consolidamento della attuale supremazia dell'ordinamento americano, nel settore dell'anticorruzione, quanto piuttosto perché l'esportazione del modello del FCPA rappresentò uno strumento, che si rivelerà piuttosto efficace, per riaffermare la supremazia statunitense nel controllo dell'economia e delle regole di mercato, supremazia che oggi gli Stati Uniti riaffermano, come vedremo più avanti, grazie alle fondamenta costruite nel tempo, con il processo di esportazione del FCPA e la conseguente criminalizzazione della corruzione internazionale, sul modello americano ⁽¹³²⁾.

3.2. *Le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia penale e in materia civile*

L'esportazione del modello anticorruzione, elaborato dagli Stati Uniti, e recepito nella *Convenzione Ocse*, diede impulso determinante al processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, su scala globale ⁽¹³³⁾.

¹³¹ V., sul punto, BORLINI, MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2007, p. 15 ss.

¹³² V., sul punto, LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 87, in cui l'A. espressamente inserisce il FCPA tra gli strumenti giuridici utilizzati dagli Stati Uniti per affermare la propria supremazia nel commercio mondiale.

¹³³ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 526 in cui l'A. sottolinea la natura vincolante della *Convenzione*, la quale mediante ratifica era suscettibile di acquisire natura vincolante rispetto agli Stati aderenti, a differenza delle raccomandazioni emanate in precedenza dalla stessa organizzazione. In questo senso, va sottolineato come lo strumento pattizio assunse un ruolo cruciale nel processo di criminalizzazione della corruzione internazionale. Esso, superando le originarie timidezze dei paesi

L'OCSE, dopo l'entrata in vigore della *Convenzione*, avviò un sistema di monitoraggio dei paesi aderenti, mediante il già citato WGB, per controllare gli sforzi dei singoli Stati nell'implementare gli ordinamenti nazionali, in base agli impegni di fonte pattizia ⁽¹³⁴⁾. Il tema, però, divenne

stranieri nel combattere efficacemente la corruzione, si impose come strumento effettivamente idoneo a rispondere all'esigenza punitiva delle condotte corruttive nel contesto internazionale. I paesi stranieri, sotto l'incessante azione di sensibilizzazione degli Stati Uniti, in definitiva, con l'adesione e la ratifica allo strumento pattizio, assunsero formalmente l'impegno, al fianco del paese americano, di contrastare simili fenomeni. Va perciò rimarcato, anche in prospettiva degli argomenti che si affronteranno più avanti, il ruolo cruciale dello strumento, e nel caso di specie dello strumento pattizio nella costruzione di un sistema di norme anticorruzione condivise su scala globale.

¹³⁴ Il WGB, originariamente creato per l'elaborazione di un testo condiviso, rimase in essere per monitorare l'implementazione delle disposizioni cogenti contenute nella *Convenzione* e delle successive Raccomandazioni. L'azione di monitoraggio del WGB è stata suddivisa, cronologicamente, per fasi:

- a) nella «fase 1», terminata nel 2001, il WGB ha verificato la conformità **in astratto** degli ordinamenti nazionali rispetto agli obblighi assunti con la ratifica della *Convenzione*;
- b) nella «fase 2», terminata nel 2009, l'azione del WGB si è focalizzata sulla verifica **in concreto** dell'applicazione della legislazione nazionale, implementata in base alle disposizioni pattizie;
- c) nella «fase 3», terminata nel 2015, quantomeno per la maggior parte dei paesi, il WGB si è focalizzato nella verifica del livello di *enforcement* delle disposizioni implementate;
- d) nella «fase 4», tuttora in corso, il lavoro del WGB si rivolge anzitutto al ruolo degli enti privati, e dunque alla responsabilità delle imprese multinazionali che giocano, in questa partita, un ruolo chiave.

La descrizione analitica delle fasi, nonché i *Reports* elaborati dal WGB, sia complessivamente, sia specifici per paese sono disponibili sul portale dell'Ocse: *oecd.org* (ultimo accesso: 23/07/2020). In argomento, v. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 528 in cui l'A. sottolinea efficacemente come il mancato recepimento degli *input* del WGB, da parte dei paesi aderenti, invero non origina l'applicazione di sanzioni, ma piuttosto agisce in termini di *moral suasion*, (nell'espressione dell'A., in termini di «*naming and shaming*»). Ciò, come sottolineato, ha prodotto risultati comunque soddisfacenti sotto il profilo della *compliance*, quantomeno formale, ossia del rispetto dei vincoli derivanti dallo strumento pattizio. Tuttavia, come vedremo, ad un apprezzabile livello di *compliance* non corrisponde un adeguato livello di *enforcement* delle disposizioni globalmente condivise che rimangono, in realtà, inefficaci o inapplicate all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, come vedremo di seguito. Il *deficit* di *enforcement* provocherà, nei fatti, il definitivo fallimento del processo di esportazione del modello americano, che gli Stati Uniti abbandoneranno, passando – come si vedrà – da un approccio di *legal transplant* ad un approccio di applicazione diretta ed extraterritoriale del proprio strumento normativo anticorruzione, ossia l'FCPA alle imprese multinazionali straniere.

d'attualità anche in seno ad altre organizzazioni internazionali, come appunto il Consiglio d'Europa che, in questo senso, si mosse con l'obiettivo di uniformare gli ordinamenti dei paesi aderenti (o di quelli esterni che intendevano accedere, su base volontaria) in materia di disposizioni anticorruzione, e dunque non solo, come nel caso dell'OCSE, con il tentativo di far convergere le legislazioni nazionali verso l'unico modello di derivazione statunitense: in ciò risiede una prima rilevante differenza tra i due strumenti convenzionali ⁽¹³⁵⁾.

L'azione del Consiglio d'Europa confluì nell'approvazione di due Convenzioni internazionali, la prima in materia penale, la seconda in materia civile ⁽¹³⁶⁾. Entrambe condividono l'ambizione di compiere un passo ulteriore rispetto ai principi confluiti nella *Convenzione Ocse*, ossia quello di armonizzare le normative dei paesi aderenti attorno ad un nuovo nucleo di disposizioni normative, al fine di combattere più efficacemente la piaga della corruzione ⁽¹³⁷⁾.

¹³⁵ V., sul punto, BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Napoli, 2019, p. 7 ss. in cui l'A. diffusamente affronta il tema dei rapporti tra la legislazione nazionale ed il ruolo del Consiglio d'Europa, con particolare riferimento all'ambito del diritto penale.

¹³⁶ Si tratta, anzitutto, della *Criminal Law Convention on Corruption* del Consiglio d'Europa, Trattato n. 173, firmato a Strasburgo, il 27 gennaio 1999, entrata in vigore il 1 luglio 2002 alla 14esima ratifica, oggi ratificata da 48 Stati: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgio, Bielorussia, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Federazione Russa, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Macedonia del Nord, Malta, Moldavia, Monaco, Montenegro, Norvegia, Olanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, San Marino, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina, Ungheria. La Convenzione è stata inoltre firmata, ma mai ratificata, oltre che dal Messico, anche dagli Stati Uniti d'America il 10 ottobre 2000. L'Italia ha proceduto alla ratifica con grande ritardo, e cioè solo nel 2013. Il testo della convenzione è disponibile su: coe.int (ultimo accesso: 1/08/2020).

Inoltre, v. la *Civil Law Convention on Corruption* del Consiglio d'Europa, Trattato n. 174, firmato a Strasburgo, il 4 novembre 1999, entrata in vigore il 1 novembre 2003 alla 14esima ratifica, oggi ratificata da 35 Stati: Albania, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgio, Bielorussia, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Macedonia del Nord, Malta, Moldavia, Montenegro, Norvegia, Olanda, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Turchia, Ucraina, Ungheria.

¹³⁷ V., sul punto, MARIANI, *L'adesione dell'Italia alla Convenzione Civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione: la tutela privatistica dei diritti lesi da pratiche corruttive*, Dir. Comm. Internaz., 2, 2013, p. 453, in cui l'A. ricostruisce le molteplici iniziative intraprese dal Consiglio d'Europa in materia di corruzione, non limitate alla sola cooperazione in materia penale, ed anzi

Una disamina completa delle disposizioni contenute nella Convenzione penale e nella Convenzione civile di Strasburgo esula dall'ambito di indagine del presente elaborato⁽¹³⁸⁾. Tuttavia, ciò che rileva in questa sede è sottolineare la rilevanza delle due Convenzioni nel processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, iniziato con l'adozione del FCPA negli Stati Uniti nel 1977, e poi proseguito con la *Convenzione Ocse* nel 1997.

Invero, le disposizioni approvate dal Consiglio d'Europa non risultano allineate alla *Convenzione Ocse* e, dunque, al FCPA, sebbene siano molteplici i punti in comune. In proposito, va osservato che la *Convenzione penale*, al pari dei testi citati, muove gli obblighi pattizi lungo le due direzioni tematiche già tracciate dalla legge statunitense. Nella stessa, infatti, confluiscono sia disposizioni anticorruzione in senso stretto, ossia volte alla criminalizzazione dei comportamenti corruttivi⁽¹³⁹⁾, sia disposizioni su condotte ancillari ma strumentali rispetto alle fattispecie predette, riguardanti in particolare la corretta tenuta delle scritture contabili⁽¹⁴⁰⁾.

La *Convenzione penale*, però, estende gli obblighi di incriminazione anche a fattispecie non ricomprese negli altri testi, ma egualmente coerenti

individuando nella tutela privatistica lo strumento più idoneo da introdurre per garantire una tutela adeguata dei diritti e degli interessi lesi dalle pratiche corruttive. Gli sforzi del Consiglio d'Europa, come si è anticipato, giunsero alla conclusione di affiancare agli obblighi di incriminazione, e quindi alla tutela penale, proprio lo strumento del *private enforcement*. Nel contributo, l'A. sottolinea come i costi prodotti dalla corruzione, in termini di danno per la pubblica amministrazione coinvolta e per la concorrenza (si pensi, ad esempio, al caso degli appalti pubblici), non possono essere completamente ristorati in base alla sola sanzione penale, se non accompagnata da adeguate sanzioni pecuniarie.

¹³⁸ V., sul punto, LOCATI, *Le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di lotta alla corruzione e gli adempimenti nazionali di alcuni Stati ad esse*, Liuc Papers n. 123, Serie Impresa e Istituzioni, (2003), p. 4 ss. in cui l'A. illustra i contenuti essenziali delle Convenzioni adottate dal Consiglio d'Europa in materia di contrasto alla corruzione.

¹³⁹ V., sul punto, gli Artt. 2-6, 9-11 della *Convenzione penale*.

¹⁴⁰ V., sul punto, l'Art. 14 della *Convenzione penale* il quale impegna gli stati ad adottare le misure legislative necessarie perché sia prevista la responsabilità penale o di altra natura in relazione alla creazione o l'uso di fatture e documenti contabili o annotazioni contabili contenenti informazioni false o incomplete, nonché in relazione all'occultamento di pagamenti eseguiti.

Cfr., sul punto, gli Artt. 1 e 8 della *Convenzione Ocse* e le analoghe disposizioni contenute nel FCPA, in 15 U.S.C. §§ 78m e 78dd-1 ss.

con l'azione di contrasto alla corruzione, come ad esempio la corruzione tra privati ed il riciclaggio dei proventi della corruzione, nonché il traffico di influenze illecite. In questo senso, l'approccio della *Convenzione penale* pare rafforzare l'azione di contrasto alla corruzione da parte degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa ⁽¹⁴¹⁾.

Inoltre, diversamente dalla *Convenzione Ocse*, gli obblighi di incriminazione contenuti nella *Convenzione penale* non sono unicamente circoscritti alla corruzione internazionale, bensì si impongono anzitutto con riguardo alla corruzione domestica. I primi articoli della *Convenzione penale*, difatti, impegnano i contraenti all'introduzione di fattispecie incriminatrici per i pubblici funzionari nazionali ed i membri delle assemblee parlamentari, per poi affrontare il tema della corruzione dei funzionari stranieri, degli ufficiali delle organizzazioni internazionali, delle assemblee parlamentari internazionali, dei giudici e degli ufficiali delle corti internazionali, negli articoli successivi ⁽¹⁴²⁾.

Anche in questo caso, l'ampliamento delle condotte provviste di tutela penale non poteva che rafforzare l'azione di contrasto al fenomeno corruttivo, considerato nelle sue molteplici manifestazioni. Non è tuttavia improbabile che l'allontanamento dal *focus* normativo contenuto nel FCPA e nella *Convenzione Ocse*, costituito dalla repressione della corruzione del pubblico funzionario straniero, abbia prodotto, o contribuito a produrre, una minore attenzione dei governi nazionali verso le politiche di contrasto al fenomeno nella sua dimensione transnazionale, ovvero che abbia concentrato gli sforzi nell'azione di contrasto verso la corruzione domestica, trascurando quella internazionale, la quale invece appare senz'altro più rilevante nell'attuale contesto economico, sia in termini di pervasività, sia in termini di volume.

Non si tratta di un dato neutro: la scelta politica di adottare una convenzione mirata alla repressione della corruzione dei pubblici funzionari

¹⁴¹ V., sul punto, gli Artt. 7-8 della *Convenzione penale*, in materia di corruzione tra privati, gli Artt. 12-13 in materia di traffico di influenze illecite e di riciclaggio dei proventi della corruzione.

¹⁴² V., sul punto, gli Artt. 2-4 della *Convenzione penale*, in materia di corruzione domestica, nonché gli Artt. 5-6 e 9-11, in materia di corruzione internazionale.

stranieri, come nel caso della *Convenzione Ocse*, è cosa affatto diversa dall'adottare un testo in materia di corruzione in generale, come nel caso della *Convenzione penale* e della *Convenzione civile* di Strasburgo. La seconda ipotesi, se da un lato appare più decisa nella volontà di reprimere il fenomeno nel suo complesso, di converso risulta assai meno incisiva verso quella forma di mercimonio della funzione che, ad oggi, appare sempre più significativa e dannosa, sia in termini assoluti che nel confronto con le manifestazioni domestiche del fenomeno. La corruzione internazionale, difatti, tanto nelle Convenzioni di Strasburgo, quanto – come vedremo, ed a *fortiori* – nell'ordinamento italiano, appare incongruamente accomunata, sia sotto il profilo normativo che nella prassi applicativa, alla analoga fattispecie domestica. Vi è da chiedersi, e la risposta non può che apparire da subito affermativa, se tale incongruo accostamento abbia contribuito a produrre i risultati insoddisfacenti registrati dagli osservatori nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale. Sull'argomento, invero, si tornerà più avanti. In questa sede basti sottolineare questo aspetto come uno degli elementi di differenziazione più significativa tra la *Convenzione Ocse*, costruita sul modello americano, e le Convenzioni di Strasburgo, circostanza di rilievo nel complessivo giudizio sulle cause che hanno prodotto differenze applicative così marcate tra l'ordinamento statunitense e i paesi europei.

Una ulteriore e, senz'altro, dirimente discrepanza tra i due modelli pattizi risiede nella scelta, nelle Convenzioni di Strasburgo, di includere la perseguibilità tanto del soggetto attivo quanto del soggetto passivo della corruzione. Il testo americano, infatti, e del pari anche la *Convenzione Ocse*, limitavano l'ambito di applicazione delle sanzioni penali al solo corruttore, lasciando all'ordinamento di origine il compito di sanzionare eventualmente il pubblico funzionario infedele⁽¹⁴³⁾. In seno al Consiglio d'Europa, la scelta fu invece diametralmente opposta, stante anche il diverso rapporto di cooperazione ed integrazione normativa tra i paesi aderenti. La *Convenzione penale*, difatti, espressamente include tra i soggetti la cui condotta di mercimonio deve essere prevista come illecita non solo la persona del corruttore, ma anche i funzionari stranieri lasciati esenti da perseguibilità nel

¹⁴³ V., sul punto, l'Art. 1 della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1 ss. del FCPA.

testo elaborato dall'OCSE, e dunque in origine anche nel FCPA ⁽¹⁴⁴⁾.

I contorni della fattispecie incriminatrice disegnata dalla *Convenzione penale* sono, invero, più ampi anche in relazione all'elemento soggettivo. Difatti, nel testo del FCPA, e dunque anche nella *Convenzione Ocse*, la condotta risulta illecita laddove finalisticamente orientata a ottenere o mantenere un affare o altri vantaggi impropri in transazioni economiche internazionali. Tale requisito, invece, è assente nella *Convenzione penale*, nella quale la promessa, l'offerta e la dazione vengono considerate perseguibili a condizione che vi sia, semplicemente, un collegamento finalistico con l'azione o l'omissione del pubblico agente nell'esercizio delle sue funzioni, risultando invece estraneo alla fattispecie il nesso con i vantaggi conseguibili dalla transazione economica internazionale ⁽¹⁴⁵⁾.

Comune risulta, invece, l'incriminazione delle persone giuridiche. Così come nella *Convenzione Ocse*, nella *Convenzione penale* i paesi aderenti sono impegnati ad introdurre norme di legge in base alle quali della corruzione commessa nell'interesse dell'ente, o di cui l'ente abbia beneficiato, esso possa essere chiamato a rispondere, non solo laddove commessa da soggetti apicali che ricoprono posizioni al vertice della

¹⁴⁴ V., sul punto, l'Art. 5 della *Convenzione penale*, in materia di corruzione internazionale, il quale prevede che ciascun paese contraente deve prevedere come reato le condotte di corruzione attiva e passiva che coinvolgano un pubblico ufficiale di qualsiasi altro Stato; l'Art. 6 della *Convenzione penale*, in materia di corruzione dei membri delle assemblee parlamentari straniere, il quale prevede che ciascun paese contraente deve prevedere come reato le condotte di corruzione attiva e passiva che coinvolgano i membri delle assemblee pubbliche che esercitino funzioni legislative o amministrative di qualsiasi altro Stato; l'Art. 9 della *Convenzione penale*, in materia di corruzione dei funzionari di organizzazioni pubbliche internazionali, il quale prevede che ciascun paese contraente deve prevedere come reato le condotte di corruzione attiva e passiva che coinvolgano ufficiali o dipendenti di qualsiasi organizzazione pubblica internazionale o sovranazionale o di ogni altra istituzione di cui i paesi contraenti sono parte; l'Art. 10 della *Convenzione penale*, in materia di corruzione dei membri delle assemblee parlamentari internazionali, il quale prevede che ciascun paese contraente deve prevedere come reato le condotte di corruzione attiva e passiva che coinvolgano membri di assemblee parlamentari di organizzazioni internazionali o sovranazionali di cui i paesi aderenti siano parte; l'Art. 11 della *Convenzione penale*, in materia di corruzione dei giudici e funzionari di corti internazionali, il quale prevede che ciascun paese contraente deve prevedere come reato le condotte di corruzione attiva e passiva che coinvolgano ufficiali di uffici giudiziari o di corti internazionali la cui giurisdizione sia accettata dalle parti contraenti. Cfr., sul punto, l'Art. 1 della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1 ss. del FCPA.

¹⁴⁵ V., sul punto, l'Art. 2 della *Convenzione penale*. Cfr., sul punto, l'Art. 1.1 ultimo periodo della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1(a) ss. del FCPA.

governance dell'ente, ma anche quando la mancata vigilanza di questi ultimi abbia consentito il perpetrarsi delle condotte corruttive ⁽¹⁴⁶⁾.

Va ulteriormente sottolineato come questa disposizione, che nella filosofia della *Convenzione Ocse* e nel FCPA costituisce il nucleo centrale dell'intero testo legislativo, nella *Convenzione penale* risulta relegata nella parte finale, risultando quasi ancillare e di chiusura rispetto alle disposizioni normative principali sulla incriminazione delle condotte illecite perpetrate dalle persone fisiche ed in primo luogo di carattere domestico. Ancora una volta, occorre ribadire, a discapito dei punti di unione, che la prospettiva di politica criminale tra le due convenzioni risulta effettivamente distante: il modello statunitense, nato dagli scandali dell'epoca *Watergate*, mira alla repressione delle condotte illecite delle multinazionali; il modello europeo, nato sotto l'impulso del modello statunitense, ma temperato alle esigenze continentali, in effetti mira all'armonizzazione delle normative interne anzitutto in materia di corruzione domestica.

Tale divergenza risulta chiara ed evidente nella disciplina italiana che, come vedremo, nella stessa disposizione normativa del codice penale, ossia l'Art. 322 *bis* c.p., recepisce, o almeno tenta di recepire, entrambi i modelli ⁽¹⁴⁷⁾. Si tratta, com'è stato osservato, di una diversa visione prospettica, che tende verso obiettivi solo in parte coincidenti. Una ulteriore conferma di ciò risulta dagli obblighi di incriminazione, che nella *Convenzione penale* risultano particolarmente rigorosi e più ampi, mentre l'esecuzione della *Convenzione Ocse* è per lo più rimessa all'autonomia degli Stati i quali, sebbene parimenti obbligati a prevedere misure effettive e proporzionate, sono essenzialmente chiamati a garantire la parità delle armi tra gli operatori

¹⁴⁶ V., sul punto, l'Art. 18 della *Convenzione penale*. Cfr., sul punto, gli Artt. 2 e 3 della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1(a) ss. del FCPA.

¹⁴⁷ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 239 in cui l'A. sottolinea la diversa visione prospettica che caratterizza i diversi accordi internazionali il cui recepimento ha dato luogo all'introduzione della fattispecie incriminatrice che, pertanto, risente della mancanza di una visione unitaria, ed al contrario si conforma diversamente con riguardo – almeno – alle dimensioni europea ed extra-europea. In argomento, v. anche MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, cit. *supra* nota 62, p. 231; v., infine, AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 65, p. 66.

economici internazionali, e non unicamente la repressione dei propri funzionari infedeli ⁽¹⁴⁸⁾.

Tale divergenza emerge in modo marcato nelle disposizioni in materia di giurisdizione. Difatti, mentre – come si è visto – nella *Convenzione Ocse*, gli Stati sono obbligati a riconoscere la propria giurisdizione, nel caso la corruzione sia avvenuta in tutto o in parte nel territorio dello Stato, ovvero anche all'estero, se commessa da un proprio cittadino, e comunque risultano obbligati a modificare le disposizioni interne qualora in concreto risultino inefficaci, nell'economia della *Convenzione penale*, la giurisdizione riguarda essenzialmente le condotte poste in essere all'interno del territorio nazionale, e quindi più probabilmente si tratta della corruzione domestica, essendo invece espressamente riconosciuta ai paesi aderenti la possibilità di esprimere riserva sugli obblighi di perseguire le condotte commesse all'estero dai propri cittadini, dai propri pubblici ufficiali e dai membri delle proprie assemblee parlamentari, nonché dai pubblici ufficiali di organizzazioni pubbliche internazionali, membri delle assemblee parlamentari internazionali, o di corti internazionali qualora siano anche cittadini di quel paese ⁽¹⁴⁹⁾.

È allora evidente la diversa prospettiva lungo cui muovono le due convenzioni: la prima (*Convenzione Ocse*) mira a salvaguardare la correttezza delle transazioni economiche internazionali, tralasciando la dimensione domestica e le corruzioni di entità meno rilevante; quella da ultimo citata (*Convenzione penale*), invece, mira più marcatamente ad armonizzare le politiche nazionali di contrasto al fenomeno corruttivo complessivamente considerato, proprio a partire dalla corruzione domestica,

¹⁴⁸ V., sul punto, l'Art. 19 della *Convenzione penale*. Cfr., sul punto, l'Art. 5 della *Convenzione Ocse* e i §§ 78dd-1(a) ss. del FCPA. In argomento, v., anche, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 530 in cui l'A. sottolinea che la *Convenzione Ocse* impegna i paesi aderenti all'equivalenza funzionale delle disposizioni interne adottate secondo criteri di autonomia, e non a riprodurre fedelmente le disposizioni contenute dal testo pattizio. Tuttavia, le restrizioni contenute già nel testo e l'accumularsi di raccomandazioni, come sottolinea l'A., hanno infine determinato un progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali al testo convenzionale, con l'eliminazione delle peculiarità normative dei singoli Stati a favore di discipline interne ricalcate sul modello convenzionale.

¹⁴⁹ V., sul punto, l'Art. 17 della *Convenzione penale*. Cfr., sul punto, l'Art. 4 della *Convenzione Ocse*.

e nelle sue molte forme quali, ad esempio, il traffico di influenze, attribuendo alla manifestazione transnazionale rilevanza senz'altro residuale e quindi marginale. Si tratta di intenti divergenti che inevitabilmente riflettono, sul piano interno, una minore attenzione della politica criminale nazionale nei confronti della corruzione internazionale dell'impresa multinazionale, focalizzata per lo più sul mercimonio della funzione commesso dal funzionario italiano ⁽¹⁵⁰⁾.

Al netto degli aspetti di criticità sopra riportati, le Convenzioni di Strasburgo consentirono comunque un progressivo rafforzamento delle politiche anticorruzione all'interno dei paesi aderenti, anche in materia di corruzione internazionale. Se è vero, come si è accennato, che l'adozione di un testo ampio mirava a colpire anzitutto il maggior numero di forme di manifestazione del fenomeno, e quindi non risultava focalizzato unicamente sulla corruzione internazionale, è pur vero che il testo pattizio rivolge attenzione anche alla dimensione transnazionale della corruzione, peraltro con un approccio meno legato alla tutela degli interessi di mercato. Infatti, i contorni della fattispecie incriminatrice, disegnata dalla *Convenzione penale*, risultano persino più ampi ed inclusivi rispetto alla *Convenzione Ocse*, e quindi in astratto maggiormente repressivi. Nel contesto della *Convenzione penale*, infatti, l'incriminazione riguarda la condotta finalizzata al conseguimento di qualsiasi vantaggio indebito, mentre risulta assente dagli elementi costitutivi il nesso della condotta con una operazione economica internazionale. Inoltre, in senso maggiormente repressivo, la *Convenzione penale* obbliga i paesi aderenti a prevedere anche la perseguibilità della corruzione passiva, disincentivando con ciò la condotta del pubblico funzionario straniero, rimasta invece scevra di contrasto in seno alla

¹⁵⁰ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 529 in cui l'A. sottolinea la visione economico-commerciale su cui si fonda la *Convenzione Ocse*, mirata a logiche di efficienza economica nel contesto attuale caratterizzato dalla globalizzazione economica e dalla progressiva integrazione tra i mercati, per cui assume ruolo centrale la salvaguardia della correttezza nelle transazioni economiche internazionali, tralasciando invece aspetti di tutela della funzione pubblica – tanto del funzionario coinvolto dalla corruzione domestica, tanto dal pubblico ufficiale straniero parimenti escluso dagli obblighi di incriminazione – giacché la finalità precipua contempla la costruzione di un mercato in cui le imprese multinazionali operano in condizioni di parità, e senza il ricorso a facilitazioni economiche che distorcono la concorrenza e l'allocazione delle risorse.

Convenzione Ocse ⁽¹⁵¹⁾.

Due aspetti meritano di essere sottolineati. Anzitutto, va osservato come il testo persegua, tanto con riguardo alla corruzione domestica, quanto con riguardo alla corruzione internazionale, la finalità di tutelare la trasparenza e lealtà del processo decisionale della pubblica amministrazione cui appartiene il funzionario infedele. Se ciò risulta conforme ed in sintonia con la disciplina interna in materia di corruzione domestica, al contempo rappresenta un considerevole elemento di innovazione nell'ambito della repressione della corruzione internazionale.

Il testo convenzionale, infatti, prevedendo la criminalizzazione della corruzione passiva del pubblico agente straniero, se da un lato persegue la finalità precipua alla base della fattispecie, ovvero la correttezza delle operazioni economiche internazionali, dall'altro mira ad estendere alla fattispecie transnazionale la tutela del bene giuridico proprio della corruzione domestica. Ciò, se da un lato costituisce un elemento di innovazione rispetto alla *Convenzione Ocse*, apparentemente in grado di offrire maggior efficacia general preventiva, al contempo conferma un elemento di criticità cui si è sopra fatto riferimento, e che risulterà ben visibile nella disciplina interna in materia, ossia la tendenza ad accomunare le due figure delittuose, precisamente cioè accomunando la manifestazione transnazionale del fenomeno alla corruzione domestica.

Tale aspetto merita di essere sottolineato giacché costituisce un profilo di criticità, unitamente ad alcuni altri, in grado di spiegare l'inefficacia delle disposizioni interne in materia. Inoltre, esso si lega al secondo elemento di interesse, ossia la perseguibilità in concreto della corruzione passiva del funzionario pubblico straniero. La stessa, sebbene in astratto risulti orientata ad incrementare l'efficacia delle disposizioni normative, è idonea ad

¹⁵¹ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 488 in cui l'A. sottolinea come nell'ambito della *Convenzione penale*, il testo privilegia elementi costitutivi, nozioni e fattispecie più ampie, al fine di carpire non solo le più diverse forme di manifestazione del fenomeno corruttivo, ma altresì nel tentativo di non consentire che le diversità ordinamentali, ovvero le oggettive difficoltà definitorie, specie in un contesto giuridico caratterizzato da una moltitudine di ordinamenti di origine, possano mandare esente da incriminazione e, quindi, da pena condotte che debbono ritenersi incluse nella categoria del reato in parola.

ingenerare, ancor più della perseguibilità dell'operatore economico internazionale, un conflitto politico con l'ordinamento di appartenenza del funzionario, e quindi cagionare l'ineffettività delle disposizioni. In altre parole, un elemento astrattamente di maggior tutela rischia di produrre l'effetto opposto, poiché gli ordinamenti nazionali potrebbero avere interesse politico-istituzionale contrario al perseguimento della corruzione internazionale che coinvolge funzionari pubblici governativi od in posizioni apicali nell'amministrazione pubblica di uno Stato estero⁽¹⁵²⁾.

I due aspetti critici sopra evidenziati richiamano una considerazione di ordine più generale. In effetti, nell'*animus* della *Convenzione penale*, l'impostazione apparentemente più ampia e severa orienta il testo verso una più efficace repressione del fenomeno, tanto nella sua dimensione interna, quanto nella sua manifestazione transnazionale. Eppure, lo scarso successo, all'infuori degli Stati Uniti, dell'azione di contrasto al fenomeno della corruzione internazionale dell'impresa multinazionale, quantomeno in questo specifico settore, induce a differenziare il giudizio sulle previsioni normative in astratto rispetto alla idoneità delle stesse ad avere efficacia ed applicazione concreta. In particolare, alla prova dei dati, come vedremo, risulta che il tentativo di superare il modello americano, attraverso – tra le altre – le Convenzioni di Strasburgo, non solo non abbia prodotto i risultati auspicati, ma abbia invece finito per indebolire l'applicazione del modello recepito nella *Convenzione Ocse*, lasciando – come si vedrà – agli Stati Uniti il terreno fertile per l'allargamento indiscriminato dei tentacoli del FCPA nella lotta alla corruzione internazionale delle imprese multinazionali, soprattutto straniere ed europee⁽¹⁵³⁾.

¹⁵² V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 491 in cui l'A. illustra la duplice prospettiva che avvince la disposizione in materia di corruzione internazionale, dettata nella *Convenzione penale*, in funzione della quale sarebbero giustificate da un lato la scelta di perseguire la corruzione passiva, dall'altro l'eliminazione del nesso funzionale con l'operazione economica internazionale.

¹⁵³ V., sul punto, MARIANI, *L'adesione dell'Italia alla Convenzione Civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione: la tutela privatistica dei diritti lesi da pratiche corruttive*, cit. *supra* nota 137, p. 461, in cui l'A. sottolinea la significativa innovazione rappresentata dalla *Convenzione civile*, la quale prende atto – implicitamente – della impossibilità, per il sistema penale, di soddisfare a pieno le esigenze di tutela in ambito corruttivo, affiancando alla tradizionale pena detentiva un nuovo modello sanzionatorio basato sul *private enforcement*. Nella filosofia della *Convenzione*

Prima di analizzare le risultanze applicative insoddisfacenti e di comprenderne le ragioni, occorre però terminare l'esposizione degli strumenti convenzionali in materia che hanno contribuito, sotto il profilo delle previsioni normative, a completare il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale. In quest'ambito, come si dirà nel paragrafo seguente, è intervenuta anche l'Unione Europea.

3.3. *La Convenzione UE*

Il fenomeno corruttivo ha interessato le politiche e, del pari, gli interessi economici dell'Unione europea, quantomeno sin dagli anni Novanta. È, difatti, del 1996 il primo Protocollo alla Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione che impegnava gli Stati ad introdurre sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive verso i pubblici funzionari che sollecitavano o ricevevano vantaggi di qualsiasi natura, per compiere od omettere atti, in modo contrario ai doveri d'ufficio, lesivi o in grado di ledere gli interessi dell'Unione ⁽¹⁵⁴⁾. Le norme, tuttavia,

civile, infatti, si prende atto che la minaccia e persino l'applicazione della sanzione penale non ristorano completamente le vittime della corruzione, intese sia come l'apparato pubblico cui appartiene il funzionario infedele, sia come moltitudine di soggetti privati che subiscono gli effetti negativi della condotta corruttiva. Su tali premesse, la Convenzione fonda un nuovo strumento sanzionatorio – di *private enforcement* – basato sul diritto per il danneggiato di ottenere un risarcimento economico proporzionato ed eguale al danno subito. L'ordinamento italiano complessivamente già includeva disposizioni sostanziali e processuali, sia in ambito civilistico sia in ambito penalistico, idonee a soddisfare tale requisito, per cui – come notato dall'A. – il recepimento della *Convenzione civile*, sul punto, non ha necessitato modifiche normative. Difatti, l'azione civile per danni da atto illecito, come noto, è spiegabile sia con citazione civile, sia con la costituzione civile nell'ambito del processo penale, peraltro vigendo la responsabilità solidale tra gli autori, i soggetti in posizione apicale che hanno omesso il controllo, ed in ultimo lo Stato, chiamato sia dalla giurisprudenza interna, sia dalla *Convenzione civile* a rispondere dei danni causati dal funzionario. Va osservato, in particolare, che lo Stato si potrà trovare nella condizione di essere danneggiato esso stesso dal reato commesso dagli autori della corruzione (ad es. per il danno patrimoniale e di immagine), eppure chiamato a rispondere in solido con essi dei danni causati a terzi. L'Art. 5 della *Convenzione civile* impone, infatti, allo Stato, nelle sue articolazioni, di rispondere dei danni causati dalla condotta corruttiva, ad esempio ai concorrenti esclusi illegittimamente da una procedura di gara, per cui esso potrà risultare danneggiante e danneggiato nell'ambito della stessa vicenda.

¹⁵⁴ La Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee è stata adottata con Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, (in G.U. C 316 del 27.11.1995, pag. 48-

sebbene rivolte a tutelare gli interessi comunitari, e comprendenti anche il mercimonio della funzione pubblica del funzionario comunitario, si rivolgevano per lo più alla repressione sì uniforme su scala europea, ma per lo più della corruzione domestica o in ogni caso intracomunitaria, ancora una volta individuata come bersaglio principale della disciplina in materia, dunque con limitati ambiti di transnazionalità ⁽¹⁵⁵⁾.

Del pari, anche il successivo Protocollo addizionale in materia di responsabilità delle persone giuridiche, adottato a completamento della tutela spiegata dal primo Protocollo, muove sulle medesime basi, ossia si rivolge esclusivamente alla corruzione intracomunitaria ed in lesione degli interessi dell'Unione, escludendo invece la tipizzazione di una condotta ampia volta alla repressione della corruzione del pubblico funzionario straniero ⁽¹⁵⁶⁾.

Non di meno, anche il testo convenzionale elaborato sulla base di tali protocolli proseguì lungo il binario già tracciato dagli stessi. Difatti, l'anno seguente, fu approvata la *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o*

57), entrata in vigore il 17 ottobre 2002, unitamente al protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia. Il primo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee è stato, invece, introdotto con Atto del Consiglio del 27 settembre 1996 (in G.U. n. C 313 del 23/10/1996 pag. 1-10), e stabilisce obblighi di incriminazione per le condotte corruttive ed i soggetti autori dell'illecito (tanto il pubblico funzionario quanto il corruttore).

¹⁵⁵ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 478 in cui l'A. sottolinea che la repressione della condotta corruttiva, rivolgendosi tanto al pubblico funzionario dello Stato membro, quanto al funzionario pubblico dell'Unione (all'epoca Comunità Europea), interessava i fatti lesivi o potenzialmente lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, non ogni condotta di corruzione internazionale. V., sul punto, anche MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, cit. *supra* nota 62, p. 210; nonché CALDERONE, *La lotta alla corruzione in campo comunitario e internazionale*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2001, p. 607 in cui l'A. sottolinea l'intento di estendere i cardini della tutela interna anche agli interessi economici di rilevanza sovranazionale.

¹⁵⁶ Il secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee è stato, invece, introdotto con Atto del Consiglio del 19 giugno 1997 (in G.U. n. C. 221 del 19/07/1997 pag. 11-22), e impegna gli Stati a precedere la responsabilità per le persone giuridiche, tra gli altri, per il delitto di corruzione di un funzionario pubblico di uno Stato membro, ovvero di un funzionario comunitario, sia quando commessa da un componente dell'Ente in posizione apicale, sia quanto sia stata dallo stesso incentivata, tollerata ovvero l'omessa vigilanza ne abbia consentito la perpetrazione.

degli Stati membri dell'Unione europea (*Convenzione UE*) ⁽¹⁵⁷⁾. Il testo, benché adottato nella veste formale della convenzione, come si è anticipato, non presenta rilevanti aspetti di novità, giacché fu modellato sulla base del primo Protocollo sopra citato, invero ampliando unicamente l'ambito di applicazione dell'obbligo di incriminazione, e precisamente alle condotte corruttive anche insuscettibili di ledere gli interessi dell'Unione.

Non si tratta di una modifica irrilevante sotto il profilo criminologico. A differenza del Protocollo, la *Convenzione UE* impegna gli Stati a sanzionare le condotte corruttive che coinvolgono *sic et simpliciter* pubblici funzionari dei singoli paesi aderenti all'Unione, ovvero dei funzionari comunitari, indipendentemente dagli effetti che la corruzione provoca o è idonea a provocare negli interessi finanziari dell'Organizzazione. In questo modo, pertanto, essa amplia il catalogo dei beni giuridici protetti dalla disposizione, giacché mediante l'eliminazione del nesso con gli interessi finanziari, la *Convenzione UE* obbliga gli Stati ad offrire tutela penale al regolare funzionamento dell'apparato amministrativo dell'Unione ⁽¹⁵⁸⁾.

Tuttavia, ai fini della presente indagine, va rimarcato come il testo, sebbene provi definitivamente la presa di coscienza, da parte degli governi europei, che la corruzione presenta, sempre più, elementi di transnazionalità e, nel contempo, costituisce un elemento di preoccupazione per la comunità economica ed istituzionale europea, difetta della matrice e della visione economica, per cui risulta prevalente, al pari di quanto osservato

¹⁵⁷ La Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea è stata adottata con Atto del Consiglio, del 26 maggio 1997, (in G.U. n. C 195 del 25/06/1997 pag. 2 - 11), ed è entrata in vigore il 28 settembre 2005.

¹⁵⁸ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 478 in cui l'A. sottolinea la peculiare differenza tra il testo del Protocollo ed il testo della *Convenzione UE*, per il resto pressoché sovrapponibili, da individuarsi nell'eliminazione, nel testo convenzionale, del riferimento alla lesione degli interessi finanziari dell'Unione, quale elemento che amplia la gamma dei beni giuridici, valorizzando le esigenze di tutela non solo delle risorse economiche dell'Unione, ma anche del buon andamento e della imparzialità dell'amministrazione europea. In argomento, specificamente, v. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 57 in cui l'A. sottolinea come operando un ampliamento dell'ambito applicativo della disposizione, la *Convenzione UE* rimuoveva «l'ingiustificata ed irragionevole limitazione» contenuta nel primo Protocollo.

per la *Convenzione penale*, l'intento di reprimere l'infedeltà del pubblico agente nazionale o comunitario, piuttosto che la condotta attiva del corruttore internazionale, lesiva degli interessi economici generali e di mercato ⁽¹⁵⁹⁾.

In apparente controtendenza rispetto a quanto sino ad ora evidenziato, si registra l'attenzione dell'Unione per la corruzione tra privati, anch'essa parimenti lesiva della correttezza del mercato. La criminalizzazione della corruzione tra privati, come si è sopra accennato, è risultata una delle principali innovazioni contenute nella *Convenzione penale*. Al pari del Consiglio d'Europa, anche il legislatore dell'Unione è intervenuto dettando una disciplina propria in questa materia. Precisamente, si tratta della Decisione quadro 2003/568/GAI con cui gli Stati membri sono chiamati ad introdurre fattispecie incriminatrici che puniscano chi sollecita o riceve vantaggi indebiti al fine di compiere od omettere un atto in violazione dei propri doveri, e del pari la condotta attiva del corruttore, peraltro espressamente prevedendo che del reato possano essere chiamate a rispondere le persone giuridiche nel cui interesse è avvenuta la condotta, ovvero laddove avvenuta anche a causa della omessa vigilanza da parte delle stesse, in maniera del tutto analoga a quanto stabilito nella *Convenzione penale* ⁽¹⁶⁰⁾.

Si tratta, però, anche in questo caso di disposizioni di respiro marcatamente intracomunitario, giacché se, da un lato, l'Art. 7 della

¹⁵⁹ V., sul punto, SPENA, *La corruzione: paradigmi e strategie di lotta alla normazione inter- e sovra-nazionale*, AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, p. 974, in cui l'A. sottolinea come – a differenza della *Convenzione Ocse*, in cui si affrontano tematiche ancillari come la tenuta dei libri contabili, ovvero la *Convenzione penale*, in cui parimenti si affronta il tema delle false comunicazioni sociali, unitamente alla corruzione nel settore privato, al riciclaggio ed al traffico d'influenze – nella *Convenzione UE* appare assente ogni pretesa di completezza, affrontando la stessa unicamente il tema della corruzione del soggetto pubblico, con esclusione delle ulteriori forme di manifestazione del fenomeno corruttivo che, come si è visto, possono concorrere a ledere il bene giuridico complessivamente inteso del buon andamento della pubblica amministrazione e, se si vuole, in misura ancor più rilevante, della concorrenza tra i soggetti economici.

¹⁶⁰ La Decisione quadro 2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, è stata adottata con Atto del Consiglio del 22 luglio 2003 (in G.U. n. L 192 del 31/07/2003 pag. 54 – 56), ed è entrata in vigore il 31 luglio 2003. In ordine alla corruzione attiva e passiva v. l'Art. 2 lett. a) e b); con riguardo, invece, all'obbligo di prevedere la responsabilità dell'ente v. l'Art. 5.

Decisione dispone che gli Stati riconoscano la propria giurisdizione non solo laddove la condotta è avvenuta interamente od in parte nel territorio nazionale, ma anche quando la stessa sia commessa all'estero da un proprio cittadino, ovvero a vantaggio di una persona giuridica avente sede principale nel territorio di uno Stato membro, dall'altro il secondo comma dell'Art. 7 dispone che le anzidette disposizioni in materia di giurisdizione siano suscettibili di riserva, a discrezione degli Stati, con ciò di fatto relegando tali disposizioni ad una applicazione domestica, ovvero potenzialmente pregiudicando l'introduzione di disposizioni di portata ed efficacia generale.

A differenza della corruzione pubblica disciplinata dalla *Convenzione UE*, tuttavia, la dimensione transnazionale della corruzione privata appare maggiormente valorizzata nella Decisione quadro. Al netto dei profili di criticità relativi alle norme in materia di giurisdizione, di cui si è appena detto, la struttura e la filosofia degli obblighi di incriminazione si rivolgono nella direzione di una repressione ampia e capillare delle condotte corruttive del settore privato, tanto di società europee quanto di società straniere. E, difatti, mentre a norma della *Convenzione UE*, la corruzione pubblica rilevante concerne solo l'ufficiale di uno Stato membro, ovvero il funzionario comunitario, nella corruzione privata di cui alla Decisione quadro la condotta corruttiva può astrattamente interessare un soggetto di diritto extra-europeo, sia esso un cittadino straniero ovvero una società di diritto straniero. Sotto tale profilo emerge una illogicità nel confronto tra le discipline dell'Unione relative alla corruzione nel settore pubblico e nel settore privato, ed una evidente contraddittorietà rispetto agli stessi preamboli della Decisione quadro.

Anzitutto, per quanto si è appena sottolineato, è di tutta evidenza che l'ambito di applicazione delle disposizioni sulla corruzione privata risulti più esteso: la criminalizzazione del mercimonio della funzione dei soli funzionari nazionali e comunitari punisce la corruzione intracomunitaria od importata, e non anche quella di esportazione, come invece avviene a norma della disciplina in materia di corruzione tra privati. In secondo luogo, nel contesto della Decisione quadro, appare perciò contraddittoria l'equiparazione della corruzione tra privati con quella del settore pubblico, laddove la prima disciplina risulta più severa, o meglio più ampia rispetto alle norme in materia di corruzione del pubblico agente. Tali aspetti sono

sintomatici della diversità d'impostazione nell'azione di contrasto al fenomeno della corruzione pubblica transnazionale, nell'ambito del contesto europeo, caratterizzato da una irragionevole timidezza, accompagnata probabilmente da una scarsa volontà politica di combattere efficacemente una delle forme più gravi della corruzione, ossia la corruzione internazionale dell'impresa multinazionale, che – in effetti – avvantaggia le imprese nel mercato globale.

Timidezza ed opportunismo sono probabilmente le ragioni alla base dell'approdo mancato ad opera delle giurisdizioni e delle convenzioni europee, a tratti anche apparentemente più severe, o più ampie e cogenti sotto il profilo delle disposizioni di legge, ma – come vedremo – per lo più risultate inefficaci dal punto di vista della loro concreta applicazione, evidenziandosi con ciò una considerevole discrasia tra il piano normativo (“*provisions*”) e quello applicativo (“*enforcement*”).

In questo senso, di recente, analoga timidezza si scorge nella c.d. “Direttiva PIF” che impegna gli Stati a criminalizzare anche la corruzione del pubblico funzionario straniero, e quindi extra-europeo, laddove sia idonea a ledere gli interessi finanziari dell'Unione. Ancora una volta, si registra un timido allargamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni anticorruzione di matrice europea, ora suscettibili di includere nel novero dei soggetti sottoposti alla sanzione penale, per condotte di corruzione internazionale, non solo i funzionari pubblici nazionali o comunitari, bensì astrattamente anche i pubblici ufficiali di paesi diversi dagli Stati membri, e con costoro anche i corruttori stranieri e domestici, autori della condotta attiva ⁽¹⁶¹⁾.

Va osservato come la Direttiva europea impegni gli Stati membri ad estendere l'incriminazione alle condotte di corruzione che coinvolgono

¹⁶¹ La Direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, è stata adottata con Atto del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017 (in G.U. L 198/29 del 28.7.2017), ed è entrata in vigore il 17 agosto 2017. Va osservato che l'Art. 4, par. 4, lett. b) della Direttiva include espressamente nella nozione di «funzionario pubblico» qualunque persone a cui siano assegnate o che eserciti funzioni di pubblico servizio che implicino la gestione degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero decisione che riguardino gli interessi finanziari dell'Unione, anche se si tratta di soggetti che esercitano tali funzioni in paesi esterni all'Unione.

funzionari pubblici stranieri, con ciò elidendo il confine ideale sino ad ora rigorosamente osservato nelle disposizioni europee in materia di corruzione, rappresentato dai margini territoriali dell'Unione. La norma, tuttavia, non si spinge sino a criminalizzare la corruzione del pubblico funzionario straniero *tout court*, bensì – come si è detto – limita la sfera applicativa alle sole forme di manifestazione del fenomeno corruttivo che ledano o siano idonee a ledere gli interessi finanziari dell'Unione. Da un lato, perciò, si registra un progressivo ampliamento della criminalizzazione verso forme corruttive a maggiore coefficiente di transnazionalità. Dall'altro, si osserva il permanere di una estrema prudenza, in ambito UE, verso l'adozione di disposizioni che impegnino gli Stati a prevedere la perseguibilità della corruzione attiva e passiva del pubblico funzionario straniero.

Ciò appare, invero, in controtendenza rispetto alle politiche anticorruzione condivise, sul piano internazionale, anche dai paesi europei singolarmente. Si pensi, anzitutto, alla sottoscrizione della *Convenzione Ocse* da parte dei singoli Stati membri dell'Unione. Lo stesso, inoltre anche rispetto alle politiche in materia di corruzione intra-europea che, come si è visto, si caratterizzano senz'altro per maggiore severità e rigore. La sensazione è che se, da un lato, vi sia una dichiarata volontà di combattere efficacemente la corruzione, e con essa anche la corruzione internazionale, dall'altro si tenda a conservare – escludendoli dagli obblighi di incriminazione di matrice europea – margini di corruttibilità del funzionario straniero, evidentemente allo scopo di non interferire con gli affari esteri delle imprese multinazionali del vecchio continente, per cui il diritto dell'Unione rimane effettivamente escluso dal novero degli strumenti di lotta della corruzione internazionale nel suo complesso, con buona probabilità proprio in ragione del grado di vincolatività che gli è proprio, dal quale difficilmente residuerebbero margini di impunità.

In argomento, va sottolineato che della corruzione, anche di carattere transnazionale, il diritto dell'Unione si occupa – come si è visto – con molti strumenti normativi: la *Convenzione UE*, la Decisione in materia di corruzione tra privati, da ultimo la Direttiva sugli interessi finanziari dell'Unione. Eppure, l'ambito di applicazione degli obblighi di incriminazione non risulta mai sufficientemente esteso da includere, nel suo complesso, anche la corruzione del funzionario straniero da parte

dell'impresa multinazionale, che invero costituisce il punto di partenza e di arrivo non solo della disciplina in commento, ma anche del presente elaborato e – con esso – delle prospettive di riforma e di *compliance* tanto da parte degli ordinamenti nazionali, quanto da parte dei modelli di organizzazione, gestione e controllo delle imprese multinazionali, in particolar modo europee.

È pur vero che le istituzioni dell'Unione non hanno lesinato sforzi in materia di cooperazione e di incremento delle politiche anticorruzione. Si pensi, da ultimo, alla formale adesione da parte dell'organizzazione europea alla Convenzione delle Nazioni Unite, di cui si dirà nel paragrafo seguente. Va osservato, tuttavia, come la stessa sia stata autorizzata limitatamente alle sfere di competenza della organizzazione europea, e cioè con riguardo agli aspetti concernenti la prevenzione e repressione della corruzione relativa alla propria amministrazione, ivi compresa l'elaborazione di codici di condotta, al fine di tutelare il mercato interno. Anche in questo caso, è assente, giacché ritenuto espressamente al di fuori delle competenze dell'Unione, ogni pretesa di completezza relativamente alle condotte corruttive di carattere transnazionale, e precisamente di quelle concernenti la corruzione di un pubblico funzionario straniero, da parte delle imprese multinazionali, sebbene tuttavia i vantaggi economici impropri, in termini di accrescimento patrimoniale, di know-how e di immagine, dell'impresa multinazionale europea siano astrattamente idonei a cagionare disallineamenti nel mercato europeo, in danno delle imprese concorrenti che, nello stesso mercato, operano e si contendono l'aggiudicazione delle commesse.

Non si tratta, a ben vedere, di meri riflessi indiretti nelle sfere di competenza dell'Unione. Difatti, la società esclusa dalla commessa internazionale, in ragione della corruzione commessa da un'altra società concorrente, è, allo stesso tempo, un operatore economico del mercato europeo. Perciò, anche in quel mercato si riflettono gli effetti della corruttela. In maniera del tutto analoga si riflettono le conseguenze del consolidamento economico della società aggiudicataria del beneficio improprio, anche qualora alcuna altra società operante nel mercato europeo sia stata esclusa per effetto della corruzione. In altre parole, gli effetti della distorsione nel mercato, a causa della corruzione del funzionario straniero, si esplicano tanto sul piano internazionale, quanto sul piano interno all'Unione. Per tale

ragione, in definitiva, non può ritenersi convincente la prospettiva entro cui l'Unione si è sino ad ora approcciata alle politiche anticorruzione, con riguardo alle manifestazioni del fenomeno aventi più marcato carattere di transnazionalità.

In argomento si tornerà al termine dell'esposizione del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, allorquando si potranno tracciare alcune provvisorie conclusioni, ma non prima di aver richiamato l'ultimo importante e significativo strumento sovranazionale in materia, costituito dalla c.d. Convenzione di Merida, adottata dalle Nazioni Unite.

3.4. La Convenzione Onu

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale ha visto almeno due tappe fondamentali celebrarsi all'interno della più importante e rappresentativa organizzazione internazionale, ossia l'Organizzazione delle Nazioni Unite⁽¹⁶²⁾.

Come si è sopra accennato, i primi passi per l'adozione di un modello anticorruzione condiviso, su scala globale, furono infatti mossi dagli Stati Uniti proprio nell'ambito delle Nazioni Unite. Addirittura, ben prima della stessa approvazione del FCPA, in seno al Congresso americano, l'Assemblea generale dell'Onu, sulla scia degli scandali dell'epoca *Watergate*, aveva approvato una Risoluzione di espressa condanna delle pratiche corruttive delle multinazionali nei confronti di pubblici funzionari stranieri⁽¹⁶³⁾. Pertanto, allorquando la legge statunitense venne alla luce, l'Onu parve l'ambiente ideale in cui coltivare l'ambizione di esportare il modello americano, fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti, mediante l'adozione

¹⁶² V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 556 in cui l'A. espone una panoramica dell'azione di contrasto al fenomeno corruttivo messa in campo dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, sottolineandone l'importanza sotto il profilo criminologico e la rilevanza in termini di diffusione geografica del precipitato della predetta azione.

¹⁶³ V., sul punto, la già citata Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3514 (XXX) del 15 dicembre 1975, recante l'espressa condanna di tutte le pratiche corruttive.

di un testo convenzionale condiviso.

Come si è visto, contrariamente alle aspettative, tale ambizione trovò numerose resistenze all'interno dell'organizzazione, al pari di quanto avvenne di lì a poco all'interno della ICC, per cui il processo di criminalizzazione proseguì – all'epoca – nel diverso contesto dell'Ocse, in seno alla quale nacque la già menzionata Convenzione contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali⁽¹⁶⁴⁾.

Nel tempo, tuttavia, l'impegno dell'organizzazione, nel contrasto alla corruzione internazionale, anche dopo il fallimento del progetto convenzionale, abortito nella seconda metà degli anni Settanta per le ragioni di cui si è detto, non è affatto venuto meno. Al contrario, già nel 2000, l'Assemblea Generale dell'Onu approva una Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale nella quale, prevedendo – tra gli altri – dei puntuali obblighi di incriminazione per la corruzione attiva e passiva, invita altresì gli Stati a valutare la possibilità di estendere la perseguibilità di tali condotte anche alla corruzione del funzionario straniero⁽¹⁶⁵⁾.

Invero, com'è evidente, non si tratta di un obbligo di incriminazione di natura cogente, giacché è rimessa ai paesi aderenti la possibilità di valutare l'opportunità di includere tali forme di manifestazione del fenomeno corruttivo tra le condotte penalmente perseguibili a norma dei rispettivi ordinamenti. Tuttavia, va osservato che la formula discrezionale, se da un lato non raggiunse l'obiettivo immediato di rendere la corruzione internazionale illecita su scala globale, dall'altro però consentì di superare l'*impasse* in cui la disciplina si trovava, in ambito Onu, sin dal tentativo di *legal transplant* fallito negli anni Settanta. Con ciò, inoltre, non solo l'organizzazione tornò a svolgere un ruolo attivo e da protagonista

¹⁶⁴ V., sul punto, *supra* § 3.1.

¹⁶⁵ V., sul punto, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, approvata con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/RES/55/25 del 15 novembre 2000, è entrata in vigore il 29 settembre 2003, e reca all'Art. 8 un obbligo di incriminazione della corruzione attiva e passiva dei pubblici funzionari, invitando altresì gli Stati aderenti a valutare l'opportunità di rendere penalmente perseguibili, al pari della corruzione domestica, anche la condotta corruttiva del pubblico funzionario straniero.

nell'ambito della lotta alla corruzione, ma – ben più importante – l'adozione della Convenzione sul crimine organizzato transnazionale diede un nuovo e definitivo impulso al processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, che troverà definitivo approdo tre anni più tardi.

Il 31 ottobre 2003, difatti, l'Assemblea generale dell'Onu approva la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (*Convenzione di Merida* o *Convenzione Onu*), nella quale la repressione della corruzione del pubblico funzionario straniero diviene parte centrale degli obblighi di incriminazione vincolanti per tutti i paesi aderenti ⁽¹⁶⁶⁾.

Una approfondita analisi della *Convenzione di Merida* esula dalla presente indagine ⁽¹⁶⁷⁾. In questa sede, basti osservare che il testo si compone di tre pilastri, corrispondenti ai tre obiettivi che la convenzione si propone di raggiungere, ossia il rafforzamento delle misure di contrasto e repressione della corruzione, il consolidamento della cooperazione internazionale, il miglioramento delle politiche concernenti l'integrità dei pubblici funzionari. Nucleo centrale della *Convenzione Onu* è, senz'altro, il terzo capitolo, recante disposizioni in materia di incriminazione, individuazione e repressione delle condotte illecite. Nel capitolo, oltre agli obblighi di incriminazione della corruzione domestica e transnazionale, sono contenute anche disposizioni in materia di fattispecie ancillari come il riciclaggio,

¹⁶⁶ V., sul punto, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, approvata con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 58/4 del 31 ottobre 2003, è entrata in vigore il 15 dicembre 2005, conta l'adesione di 187 Stati, e pertanto costituisce il testo convenzionale in materia di corruzione con la più ampia ed uniforme condivisione globale. V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 557 in cui l'A. sottolinea la vocazione transnazionale del fenomeno corruttivo, recepita nella *Convenzione Onu*.

V., inoltre, ROSE, KUBICIEL, LANDWEHR (edited by), *The United Nations on convention against corruption*, Oxford University Press, 2019, p. 1 ss. per un approfondito commento alla Convenzione. V., anche, *Legislative Guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*, UN Office on Drugs and Crime, New York, 2006, p. 1 ss.; VLASSIS, PILGRIM, *The United Nations Convention against Corruption: a framework for addressing common challenges in identifying incentives for private sector integrity*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 253.

¹⁶⁷ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 556 in cui l'A. espone una approfondita analisi della struttura e delle disposizioni contenute nella *Convenzione Onu*.

l'abuso d'ufficio, il millantato credito e la corruzione tra privati, per cui è evidente che il testo pattizio miri a disciplinare l'azione di contrasto alla corruzione nel suo complesso, comprendendovi le più diverse forme di manifestazione del fenomeno, nonché le fattispecie collaterali ed ancillari⁽¹⁶⁸⁾. In questo senso, la *Convenzione Onu* contiene i tratti essenziali della *Convenzione penale*, con la quale peraltro condivide la scelta della criminalizzazione della corruzione passiva del funzionario straniero, al pari della condotta attiva⁽¹⁶⁹⁾.

L'Art. 16, par. 1, della *Convenzione Onu*, difatti, dispone anzitutto che «ciascuno Stato Parte adotta le misure legislative e le altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando gli atti sono stati commessi intenzionalmente, al fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale straniero o ad un funzionario di un'organizzazione internazionale pubblica, direttamente od indirettamente, un indebito vantaggio, per se stesso per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali, al fine di ottenere o conservare un'attività commerciale od un altro indebito vantaggio in relazione ad attività di commercio internazionale».

Specularmente, al par. 2, «ciascuno Stato Parte considera l'adozione di misure legislative o delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando gli atti sono stati commessi intenzionalmente, al fatto, per un pubblico ufficiale straniero od un funzionario di un'organizzazione internazionale pubblica, di sollecitare o di accettare, direttamente od indirettamente, un indebito vantaggio per se stesso o per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali».

Nella scelta di includere nel testo convenzionale anche la corruzione passiva del funzionario straniero, risulta evidente la finalità sopra menzionata di migliorare le politiche nazionali concernenti l'integrità dei funzionari, congiuntamente alla tutela degli interessi di mercato e della libera competizione tra le imprese operanti nel contesto economico globalizzato.

¹⁶⁸ V., sul punto, gli Artt. 15 ss. della *Convenzione di Merida*.

¹⁶⁹ V., sul punto, l'Artt. 16 della *Convenzione di Merida*.

Ciò, come si è anticipato, accomuna la visione della *Convenzione Onu* a quella sublimata nella *Convenzione penale*, nella quale è per l'appunto previsto che gli Stati adottano misure necessarie a sanzionare come reato la condotta di mercimonio del pubblico agente. Tuttavia, va osservato che, a differenza della *Convenzione penale*, nella *Convenzione di Merida* rimane prevalente la tutela degli interessi economici, dal momento che la scelta di incriminare anche la corruzione passiva del funzionario straniero non costituisce un vero e proprio obbligo cogente per gli Stati, i quali sono chiamati solo a «considerare» la possibilità di criminalizzare la condotta passiva dell'agente pubblico. Difatti, mentre con riguardo alla corruzione attiva i paesi aderenti sono chiamati ad «adottare» disposizioni che stabiliscano l'illiceità penale della condotta corruttiva del funzionario estero, la perseguibilità della condotta passiva è invece rimessa alla libera determinazione dei singoli Stati, sebbene evidentemente caldeggiata dal testo pattizio. Risulta allora evidente che la prospettiva pubblicistica predominante nel contesto della *Convenzione penale* ispira ma non prevale nel contesto delle disposizioni contenute nella *Convenzione Onu*, in cui risulta invece dominante la prospettiva originaria della *Convenzione Ocse* di tutela della concorrenza e del mercato⁽¹⁷⁰⁾.

Nel confronto, perciò, emerge una netta distinzione tra la filosofia ispiratrice dei due testi convenzionali: nella *Convenzione Onu* la prospettiva pubblicistica trova invero spazio considerevole, ma pur sempre in una

¹⁷⁰ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 558 secondo cui, nella *Convenzione Onu*, la prospettiva pubblicistica risulterebbe invece più marcatamente affermata, con ciò accomunando il testo in commento alla *Convenzione penale*, più che alla visione economicistica della *Convenzione Ocse*.

In proposito, va senz'altro riconosciuto come, nell'ambito della *Convenzione Onu*, la prospettiva pubblicistica trovi ampia dimora, dal momento che il miglioramento delle politiche di integrità dei pubblici agenti costituisce uno dei pilastri fondamentali dell'intero testo. L'elaborazione convenzionale perciò non si limita agli approdi della *Convenzione Ocse*, dal momento che la prospettiva pubblicistica risulta evidente già dalla struttura del documento pattizio.

Tuttavia, del pari, va sottolineato che la scelta di non prevedere uno specifico obbligo di incriminazione, bensì di rimettere alla libera scelta dei paesi aderenti la perseguibilità della corruzione passiva internazionale, specie in epoca successiva all'adozione della *Convenzione penale* del Consiglio d'Europa non può che risultare, ai nostri fini, un arretramento rispetto alla prospettiva pubblicistica ivi contenuta, e dunque un riaffermarsi della concezione economica e di mercato delle politiche di contrasto alla corruzione internazionale.

struttura dettata ed ispirata a logiche di tutela del mercato ⁽¹⁷¹⁾.

L'arretramento della concezione pubblicistica, rispetto al riaffermarsi della prospettiva di mercato non deve però essere considerata un approdo mancato, giacché l'arretramento in verità è relativo unicamente al confronto con la struttura della *Convenzione penale*, mentre rispetto alla *Convenzione Ocse* si registra un complessivo consolidamento della tutela degli interessi pubblici, unitamente alla tutela degli interessi di mercato. Perciò, sebbene la condotta passiva dell'agente rimanga – nella *Convenzione Onu* – estranea agli obblighi di incriminazione in senso stretto, si deve considerare pienamente raggiunto l'approdo della criminalizzazione della condotta attiva. Le fondamenta del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale possono, perciò, dirsi definitivamente consolidate con la *Convenzione Onu*, nella quale trova definitiva dimora un obbligo pressoché globale (per via dell'ingente numero dei paesi aderenti) di istituire sanzioni penali efficaci nei confronti dell'agente corruttore del funzionario pubblico straniero, dia che si tratti di un corruttore – persona fisica, sia che si tratti di un corruttore – persona giuridica ⁽¹⁷²⁾.

La disamina delle disposizioni in materia di corruzione internazionale contenute nelle convenzioni sopra citate, in parte ispirate al FCPA di matrice statunitense, ha consentito di scorgere alcune fondamentali differenze rispetto al modello originario. Nei paragrafi che seguono, si cercherà di ricomporre il complesso sistema di fonti internazionali in materia, illustrandone in un unico quadro le caratteristiche principali. La disamina, da un lato, consentirà di cogliere più efficacemente le differenze tra i vari *modelli*, e dunque di abbozzare alcune provvisorie conclusioni riguardo le possibili cause dei risultati deludenti, in termini di effettività, dall'altro,

¹⁷¹ V., sul punto, v. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 66.

¹⁷² V., sul punto, l'Art. 26 della *Convenzione Onu* il quale prevede che ciascun paese aderente adotta le misure necessarie al fine di stabilire la responsabilità delle persone giuridiche che «partecipano» ai reati stabiliti in conformità al testo pattizio, sia essa di natura civile, penale od amministrativa, ed invita altresì gli Stati a garantire che le sanzioni applicate ed applicabili, di natura penale o non penale, siano efficaci, proporzionate e dissuasive, comprese le sanzioni di carattere pecuniario.

consentirà di individuare la corrispondenza delle *disposizioni interne*, recepite, introdotte e modificate proprio in base alle convenzioni internazionali nel tempo sottoscritte e ratificate dall'Italia.

3.5. I modelli convenzionali a confronto

Il punto di partenza del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale è stato, come si è visto, il FCPA, quale primo strumento normativo che ha sanzionato specificamente la corruzione del pubblico funzionario straniero da parte, specialmente, dell'impresa multinazionale. La corruzione e la sua manifestazione transnazionale erano state a lungo trascurate dagli ordinamenti nazionali, occupati più che altro a reprimere la corruzione domestica, e con essa l'infedeltà dei propri pubblici funzionari.

Gli scandali degli anni Settanta avevano però posto la comunità internazionale, specialmente gli Stati Uniti, nella prospettiva di dover rispondere alla dilagante piaga corruttiva delle multinazionali, ragion per cui da un lato approvarono il FCPA, dall'altro si fecero promotori dell'esportazione di questo modello fuori dai confini nazionali, consapevoli che solo una azione di contrasto comune, uniforme e globale poteva avere opportunità di successo.

Come si è visto, il tentativo di esportare il modello americano incontrò numerose battute di arresto e resistenze da parte degli Stati esteri, a loro volta consapevoli che la criminalizzazione della corruzione internazionale poteva impattare negativamente sulla capacità delle imprese nazionali di accaparrarsi commesse nel contesto economico globale. Nonostante le resistenze sopra descritte, sotto l'impulso statunitense vennero alla luce numerose convenzioni internazionali, largamente ispirate proprio al modello originario costituito dal FCPA, con l'obiettivo di reprimere la corruzione, anche nella sua manifestazione transnazionale.

Nelle stesse, tuttavia, troveranno spazio disposizioni divergenti, ovvero talvolta non completamente coincidenti, che contribuiranno al progressivo affastellarsi di regole solo in parte comuni e condivise tra i vari paesi. Per cui se, da un lato, potrà essere identificato un *global framework* di disposizioni comuni, dall'altro non si potrà fare a meno di notare che tali disposizioni non risultano effettivamente riconducibili ad una cornice

unitaria, scorgendosi invece una *molteplicità di modelli*, tutti ispirati dal FCPA, ma ciascuno con peculiarità proprie che distanziano il testo convenzionale dal modello originario ⁽¹⁷³⁾.

La scelta, operata nel senso di un progressivo rafforzamento delle politiche di contrasto alla corruzione internazionale, anziché un punto di forza, si rivelerà probabilmente un punto di debolezza in termini generali, giacché nella stratificazione di disposizioni differenti, e nel contesto di una tutela multilivello degli interessi sottesi alle esigenze di incriminazione, le politiche dei legislatori nazionali si troveranno a far fronte ad un compito assai arduo, se non impossibile, ossia quello di recepire all'interno dell'ordinamento nazionale input talvolta divergenti.

Un secondo aspetto altrettanto rilevante riguarda le visioni prospettiche che tali divergenze sottendono. Difatti, ammesso che sia possibile adempiere ad obblighi di incriminazione ed input di differente natura, nell'ordinamento destinatario del *legal transplant* residuano insanabili tracce di schizofrenia normativa, che dirigono la volontà punitiva dello Stato verso risultati contraddittori. Si pensi, ad esempio, agli effetti che una differente nozione di pubblico agente, tra due diverse convenzioni, può comportare in termini di tassatività. Oppure ancora, ai risultati che una differente descrizione del fatto perseguibile, può comportare in termini di precisione. Od infine, alle conseguenze che divergenti connotazioni dell'elemento soggettivo possono comportare in termini di determinatezza.

Un terzo aspetto, anch'esso di rilievo, conseguente alla mancanza di unicità nel modello di disposizioni contro la corruzione internazionale, è l'effetto collaterale che tale diversità provoca nel recepimento degli obblighi di incriminazione. Non è illogico attendersi, con queste premesse, che il legislatore nazionale finisca per guardare più che altro alla disciplina interna per ancorarvi la codificazione della fattispecie incriminatrice di stampo internazionale. Infatti, da un lato la prospettiva multilivello, dettata da

¹⁷³ V., sul punto, v. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 68 in cui l'A. menziona la *Convenzione Onu* come simbolo dello sforzo di codificazione dei passi compiuti, a livello globale, nel processo di criminalizzazione della corruzione internazionale.

diverse convenzioni, ciascuna delle quali vincolante per gruppi diversi di paesi aderenti, dall'altro le diversità di ciascun modello proposto, rischiano di produrre un effetto straniamento per il legislatore nazionale, che lo conduce a replicare i connotati delle disposizioni interne, in materia di corruzione domestica, adattandoli se del caso alla condotta transnazionale.

Allo stesso tempo, nel tentativo di adeguarsi agli impegni assunti in sede internazionale, la disposizione corre il rischio di frammentarsi in più fattispecie, ciascuna delle quali rischia invano di afferrare le prospettive di questa o quella convenzione senza riuscirvi pienamente, oppure – per quel che è peggio – senza offrire un sufficiente livello di tutela al bene giuridico in gioco. Come si vedrà, questo è – in parte – quanto accaduto nel contesto italiano, e spiega non solo le difficoltà applicative in sede giurisdizionale, ma altresì le divergenti conclusioni raggiunte dai procedimenti interni ed alcuni procedimenti all'estero, concernenti le stesse ipotesi delittuose: non è infrequente, infatti, che il Pubblico Ministero, in Italia, non riesca ad ottenere una sentenza di condanna, laddove all'estero, invece, e precisamente nel contesto giuridico statunitense, è la stessa multinazionale che accetta di buon grado (si fa per dire) l'applicazione di una sanzione ⁽¹⁷⁴⁾.

Le divergenze di risultato tengono conto, senz'altro, come si vedrà, anche del procedimento di applicazione della sanzione, che in Italia è costituito da un processo, con i limiti propri e le garanzie nello stesso riconosciute, mentre nel contesto statunitense si tratta di una negoziazione, come se il provvedimento dipendesse dalla natura del procedimento. Nel prosieguo dell'elaborato si cercherà di comprendere quanto dell'efficacia del modello statunitense sia dovuta ai particolari strumenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale. Tuttavia, è innegabile che

¹⁷⁴ V., sul punto, il recente caso *ENI-Saipem*, in Algeria, per cui alla sentenza assolutoria della Corte di Appello di Milano si contrappone un accordo statunitense in cui la multinazionale accetta di pagare una somma, quale sanzione per una condotta analoga contestata a norma delle disposizioni statunitensi. Cfr., sul punto, *Order*, SEC v. ENI S.p.A., No. 88677, April 17, 2020 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 10/09/2020); Corte di appello di Milano, Sez. II penale, Sent. 15 aprile 2020 (Ud. 15 gennaio 2020), n. 286, Presidente Ondei, Relatore Boselli, in *Giur. Pen. Web* con nota di SCOLLO, *I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria*, fasc. 5, 2020, p. 1 ss.

contino anzitutto le differenze di ordine sostanziale, ed è da queste che occorre partire per discernere i caratteri essenziali del *global framework* entro cui le legislazioni nazionali, compresa quella italiana, si sono mosse per criminalizzare la corruzione dei pubblici funzionari stranieri.

3.5.1. La struttura «monosoggettiva» delle fattispecie incriminatrici

Il primo elemento di confronto riguarda la concezione e la costruzione generale della fattispecie incriminatrice. Difatti, nel contesto delle fattispecie di corruzione è rilevante il rapporto sinallagmatico tra il corruttore ed il corrotto cui può essere dato rilievo, nella codificazione del reato, attraverso l'introduzione di un'unica fattispecie plurisoggettiva, ovvero di più fattispecie monosoggettive.

Nel caso della *Convenzione Ocse*, il testo impegna i paesi a criminalizzare la corruzione internazionale con l'introduzione di una fattispecie monosoggettiva, in cui è punito «offrire, promettere o dare» somme non dovute o altri vantaggi ad un pubblico ufficiale straniero ⁽¹⁷⁵⁾.

La condotta, a norma della convenzione, deve essere senz'altro direzionata all'adozione od omissione di un atto d'ufficio, ma né l'accettazione del pubblico funzionario (dell'offerta, della promessa, o della dazione), né il verificarsi dell'eventuale adempimento richiesto dal corruttore sono menzionati nella disposizione, per cui sono assenti i caratteri minimi della fattispecie plurisoggettiva. Ciò risponde, evidentemente, all'esigenza di ampliare le possibilità di successo dell'incriminazione, a fronte delle prevedibili difficoltà di provare l'esistenza di un accordo circa la prestazione richiesta al corrotto, nel contesto in cui ci muoviamo.

L'impostazione della *Convenzione Ocse* segue l'impostazione del FCPA, in cui il divieto è rivolto alla condotta del corruttore. Difatti, conseguentemente, tanto la prima, quanto il testo americano, escludono dall'alveo di rilevanza penale il pubblico funzionario straniero coinvolto nella corruttela.

¹⁷⁵ V., sul punto, l'Art. 1 della *Convenzione Ocse*.

Prospettiva diversa si ravvede, invece, nella successiva *Convenzione penale* in cui, anche dal punto di vista terminologico, il divieto è rivolto alla «promessa, l’offerta o la dazione», non direttamente alla persona che pone in essere la condotta. È pur vero che alla condotta attiva e alla condotta passiva vengono riservate due differenti disposizioni, come a voler descrivere singolarmente le due fattispecie, circostanza che potrebbe far propendere verso una costruzione di fattispecie monosoggettive. Tuttavia, le condotte descritte dall’Art. 2 e dall’Art. 3 della *Convenzione penale* sono assolutamente speculari, e per di più quando la convenzione, negli articoli seguenti, ed in particolare nell’Art. 5 che riguarda proprio la corruzione internazionale, richiama i due articoli precedenti, espressamente si riferisce alla «condotta» descritta in tali articoli, evidenziandone – con il singolare – il carattere evidentemente unitario della struttura della fattispecie ⁽¹⁷⁶⁾. Tuttavia, lo stesso Consiglio d’Europa, ha chiarito che sebbene si tratti di condotte assolutamente speculari e, apparentemente, convergenti, esse sono di norma considerate due fattispecie differenti, ciascuna perseguibile indipendentemente dalle sorti dell’altra ⁽¹⁷⁷⁾.

Ciò fa il pari, come vedremo, con la criminalizzazione della condotta passiva del funzionario straniero, che contraddistingue la *Convenzione penale* e la differenza dalla *Convenzione Ocse*, con ciò esplicitandosi la concezione pubblicistica e non unicamente economicistica del testo di matrice europea ⁽¹⁷⁸⁾. In senso analogo dispone la *Convenzione Ue*, che –

¹⁷⁶ V., sul punto, gli Artt. 2, 3 e 5 della *Convenzione Ocse*.

¹⁷⁷ V., sul punto, il par. 32 dell’*Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, del 27 gennaio 1999, p. 7 (disponibile su: *coe.int* – ultimo accesso: 10/09/2020). In base a questo assunto, si è ritenuto che la *Convenzione penale* strutturi le fattispecie incriminatrici come monosoggettive. V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 491 secondo cui, l’autonomia nella perseguibilità di una condotta rispetto all’altra ne determina la struttura monosoggettiva di ciascuna fattispecie incriminatrice.

¹⁷⁸ V., sul punto, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 66 in cui l’A. sottolinea la divergenza tra i due modelli convenzionali, il primo – cui si riferisce la *Convenzione Ocse* – mirato alla tutela del corretto funzionamento del mercato, ed il secondo – cui si riferisce invece più propriamente la *Convenzione penale* – che si propone di tutelare anzitutto i valori democratici e le regole dello Stato di diritto, cui si affianca, nella prospettiva della *Convenzione Ue*, la tutela degli interessi dell’Unione.

come si vedrà – impegna gli Stati a sanzionare tanto la condotta del corruttore, quanto la condotta del pubblico funzionario infedele, sia «nazionale» che «comunitario»⁽¹⁷⁹⁾.

Tuttavia, nel contesto della *Convenzione Ue*, le due disposizioni sembrano assumere i tratti di singole fattispecie monosoggettive. Anzitutto, sia la corruzione passiva che la corruzione attiva vengono qualificate ciascuna come «condotta» da criminalizzare per come descritta nella corrispondente disposizione normativa convenzionale che la riguarda. Con ciò suggerendo agli Stati, evidentemente, di introdurre due fattispecie incriminatrici autonome, e dunque monosoggettive⁽¹⁸⁰⁾. Inoltre, il testo convenzionale, laddove si riferisce ad entrambe le fattispecie, le qualifica espressamente come «reati», e dunque ciascuna singolarmente come autonoma fattispecie, confermando l'impostazione monosoggettiva⁽¹⁸¹⁾.

Lo stesso può dirsi con riguardo alla *Convenzione Onu*, in cui il testo convenzionale impegna i paesi aderenti a «prevedere» come reato la corruzione attiva internazionale e a «valutare» di criminalizzare, altresì, la corruzione passiva internazionale, evidentemente come distinte «ipotesi di reato»⁽¹⁸²⁾.

Il quadro complessivo contiene, dunque, fatta eccezione per la *Convenzione penale*, una netta predilezione per la codificazione della corruzione internazionale come fattispecie monosoggettiva, come riassunto nella tabella seguente.

Tabella 1. – *La struttura «monosoggettiva» della fattispecie*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
fattispecie «monosoggettiva»	fattispecie «plurisoggettiva»	fattispecie «monosoggettiva»	fattispecie «monosoggettiva»

¹⁷⁹ V., sul punto, gli Artt. 2 e 3 e 4 della *Convenzione Ue*.

¹⁸⁰ V., sul punto, gli Artt. 2, par. 2 e 3, par. 2 della *Convenzione Ue*.

¹⁸¹ V., sul punto, l'Art. 4 della *Convenzione Ue*.

¹⁸² V., sul punto, l'Art. 16 della *Convenzione Onu*.

Si scorgono con chiarezza due modelli differenti. Il primo, dominante, che concepisce la disposizione incriminatrice come fattispecie monosoggettiva, sulla scia di quanto stabilito già nella *Convenzione Ocse*. Un secondo modello, invece, propende per l'incriminazione della fattispecie corruttiva come condotta convergente, sia dal lato attivo che dal lato passivo, verso un unico fatto illecito ⁽¹⁸³⁾.

Le due diverse prospettive si riflettono, solo in parte per la verità, nella decisione di criminalizzare entrambi i lati della condotta illecita, come si vedrà nel paragrafo seguente.

3.5.2. La criminalizzazione della corruzione passiva internazionale

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale poggia le sue fondamenta, come si è visto, nella necessità di «moralizzare» la condotta estera dell'impresa multinazionale, all'indomani degli scandali dell'epoca *Watergate*. In questo contesto, la criminalizzazione della corruzione passiva appariva estranea alle finalità originarie della fattispecie incriminatrice.

Tanto il FCPA, tanto – di riflesso – la *Convenzione Ocse*, che al testo statunitense si ispira largamente, escludono dagli obblighi di incriminazione la condotta del pubblico agente, sul presupposto che la stessa trova di norma repressione all'interno del paese di origine del funzionario ⁽¹⁸⁴⁾.

La *Convenzione penale* ha, invece, un approccio diametralmente opposto. Il testo approvato dal Consiglio d'Europa impone, difatti, ai paesi aderenti di sanzionare penalmente, come si è accennato, anche la corruzione

¹⁸³ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 491 in cui l'A. attribuisce alle disposizioni della *Convenzione penale* una struttura monosoggettiva, al pari delle altre convenzioni, pur riconoscendo che nella prima le due fattispecie incriminatrici risultano assolutamente speculari.

¹⁸⁴ V., sul punto, l'Art. 1, par. 1 e par. 2, della *Convenzione Ocse* che impegnano gli Stati a sanzionare penalmente la corruzione attiva internazionale (par. 1), così come il concorso nel reato (par. 2), senza tuttavia includere tra le condotte rilevanti ai fini della convenzione quella appunto del funzionario straniero corrotto.

passiva internazionale. Va, in particolare, osservato che l'obbligo di incriminazione, a differenza della *Convenzione Ue* di cui si dirà, concerne qualsiasi pubblico funzionario di uno Stato estero, e non risulta limitata alle sole parti contraenti ⁽¹⁸⁵⁾.

Si tratta di un radicale mutamento di prospettiva. Nel caso della *Convenzione Ocse*, infatti, la tutela dell'integrità della funzione pubblica risulta estranea alla fattispecie, essendo la stessa strutturata in modo da garantire esclusivamente la tutela della concorrenza tra le imprese nel mercato internazionale. Con la criminalizzazione della condotta passiva, invece, la *Convenzione penale* si colloca molto al di là della prospettiva ispiratrice della *Convenzione Ocse*, ritenendo che la trasparenza e la correttezza nel processo decisionale dell'amministrazione pubblica straniera non siano più un affare esclusivamente domestico, nel contesto economico globalizzato, caratterizzato dall'azione senza confini delle imprese multinazionali ⁽¹⁸⁶⁾.

In linea con la tutela degli interessi pubblici di cui alla *Convenzione penale*, sebbene limitata alle sole condotte idonee a ledere l'imparzialità ed il buon andamento dell'apparato amministrativo dell'Unione, risulta la *Convenzione Ue* a norma della quale gli Stati sono chiamati a criminalizzare tanto la condotta attiva, quanto la corruzione passiva internazionale. La disposizione limita la perseguibilità della corruzione passiva ai soli funzionari nazionali, ovvero quelli «comunitari», con ciò escludendosi l'applicazione dell'obbligo di incriminazione alla corruzione extra-europea. Tuttavia, come si è avuto modo di osservare, la Direttiva relativa alla frode che lede gli interessi dell'Unione, senza approdare alle disposizioni della *Convenzione penale*, ha ulteriormente esteso l'obbligo di incriminazione per i paesi Ue nei confronti di quei pubblici ufficiali, anche non europei, a cui sono affidate mansioni che incidono sugli interessi dell'Unione ⁽¹⁸⁷⁾.

¹⁸⁵ V., sul punto, l'Art. 5 della *Convenzione penale* che impone agli Stati aderenti di adottare le misure legislative necessarie a punire come illecito penale la condotta corruttiva che coinvolge un funzionario pubblico di qualsiasi altro Stato.

¹⁸⁶ V., sul punto, i par. 47 e 48 dell'*Explanatory Report*, cit. *supra* nota 177, p. 10.

¹⁸⁷ V., sul punto, l'Art. 4 della Direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, cit. *supra* nota 161.

La prospettiva della *Convenzione Onu*, sull'argomento, risulta invece più prudente. Nel disporre un obbligo di incriminazione della corruzione attiva internazionale, la *Convenzione di Merida* rende «facoltativa» e non obbligatoria l'incriminazione della corruzione passiva internazionale, arrivando ad una mediazione tra la prospettiva della *Convenzione Ocse* e quella della *Convenzione penale* che taluni paesi, difatti, come gli Stati Uniti non hanno ancora ratificato ⁽¹⁸⁸⁾.

Anche in questo caso, emergono due differenti modelli, polarizzati rispettivamente sull'approccio contenuto nella *Convenzione Ocse* e quello della *Convenzione penale*, per cui rispettivamente risulta esente e risulta penalmente rilevante la condotta passiva del pubblico funzionario straniero. Nella tabella seguente, si riassume tale differente prospettiva di azione.

Tabella 2. – *La criminalizzazione della corruzione passiva internazionale*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
corruzione attiva	corruzione attiva corruzione passiva	corruzione attiva corruzione passiva limitate ad agenti Ue o affidatari di decisioni che incidono sugli interessi Ue	corruzione attiva corruzione passiva «facoltativa»

La diversità delle disposizioni, in questo caso, rende particolarmente evidente la tutela multilivello degli interessi sottesi alla fattispecie corruttiva che, se da un lato trasmette l'impressione di una massiva lotta alla piaga corruttiva, dall'altro rischia, tuttavia, di creare una molteplicità di modelli con prospettive in parte divergenti e conflittuali, da cui residuano margini di impunità, a discapito di condotte che risultano invece meritevoli di sanzione

¹⁸⁸ V., sul punto, l'Art. 16 della *Convenzione Onu*. Tra i paesi che non fanno parte del Consiglio d'Europa e che pure hanno sottoscritto la *Convenzione penale* vi sono, tra gli altri, proprio gli Stati Uniti d'America, che tuttavia non hanno mai dato seguito alla sottoscrizione con la ratifica del trattato.

penale. Ma le divergenze più significative, come si vedrà nel paragrafo seguente, riguardano la descrizione del fatto ⁽¹⁸⁹⁾.

3.5.3. La descrizione del fatto

Le forme di manifestazione del fenomeno corruttivo, complice la sofisticazione degli strumenti tecnologici e delle procedure pubbliche e di contrasto alla corruzione, introdotte nel corso del tempo, hanno assunto caratteristiche tali da rendere sfuggente la condotta di mercimonio alle fattispecie incriminatrici classiche, incentrate sullo scambio tra utilità patrimoniali e l'atto d'ufficio.

In risposta all'evoluzione fenomenologica anzidetta, si sono registrate, da un lato, una progressiva rarefazione degli elementi costitutivi, specie in sede interpretativa, e, dall'altro, l'introduzione di fattispecie incriminatrici moderne, ancillari alle ipotesi delittuose tradizionali, e maggiormente in grado di afferrare quei comportamenti che rischiavano, invece, di sfuggire alle maglie larghe della tipicità tradizionalmente intesa ⁽¹⁹⁰⁾.

Questo fenomeno ha interessato significativamente l'ordinamento italiano ⁽¹⁹¹⁾. Tuttavia, esso appare riconducibile anzitutto alla tutela multilivello, cui si è fatto diffuso rinvio lungo questo percorso di analisi.

¹⁸⁹ V., sul punto, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 66 in cui l'A. sottolinea la molteplicità dei modelli normativi creati dai diversi strumenti internazionali.

¹⁹⁰ V., sul punto, MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, p. 1126 in cui l'A. sottolinea, con preoccupazione, la progressiva «erosione della tipicità», quale presidio indefettibile del sistema penale moderno, che rischia di venire meno alla rincorsa di un diritto penale che rivolge lo sguardo con maggior interesse al sospetto, anziché limitarsi alla sanzione del fatto di corruzione.

¹⁹¹ V., per l'appunto, MANES, *Corruzione senza tipicità*, cit. *supra* nota 190, p. 1129 in cui l'A. osserva come l'erosione della «tipicità» sia stato il prezzo pagato scientemente dal legislatore per innescare una rivoluzione culturale, od almeno il tentativo di farlo, nella erronea convinzione che i principi cardini del diritto penale possano costituire un limite in prospettiva, tutto sommato, valicabile. V., sul punto, anche GARGANI, *Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il "sentiero interrotto" della tipicità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1033.

Infatti, nelle convenzioni adottate in materia di corruzione internazionale, la descrizione della fattispecie ha progressivamente visto l'erosersi degli elementi costitutivi, od anche – nel tempo – l'eliminazione di alcuni elementi caratterizzanti, con l'effetto di ampliare massimamente l'ambito di applicazione della disposizione normativa, nell'intento di attribuirle maggiore efficacia.

Il modello che più si avvicina alla struttura del FCPA è, senz'altro, la *Convenzione Ocse*.

L'Art. 1 della Convenzione così recita:

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

La disposizione, perciò, stabilisce che debba costituire reato «offrire, promettere o dare» qualunque somma «non dovuta» ovvero «altri vantaggi» ad un pubblico ufficiale straniero, perché agisca od ometta di agire «nell'adempimento dei doveri d'ufficio» ed allo scopo di «ottenere o mantenere affari» o altri «vantaggi impropri» nell'ambito di affari internazionali.

Il raffronto, nello schema seguente, tra le due disposizioni è utile a comprendere la prospettiva solo in parte coincidente tra il testo licenziato dall'OCSE ed il modello ispiratore statunitense.

FCPA	<i>Convenzione Ocse</i>
It shall be unlawful [...] to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay,	Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue

<p>or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to—</p> <p>(1) any foreign official [...]</p> <p>(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office [...]</p> <p>(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 [...]</p> <p>(A) - (i) influencing any act or decision of such [official] in his official capacity, (ii) inducing such [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</p> <p>(B) inducing such [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,</p> <p>in order to assist such [person] in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;</p>	<p>pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to—</p> <p>a foreign public official, for that official or for a third party,</p> <p>in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties,</p> <p>in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business</p>
---	--

La mera lettura delle due disposizioni a confronto consente di constatare, anzitutto, la natura assai più dettagliata del FCPA che si contrappone, invece, ad una descrizione più ampia e generale della *Convenzione Ocse*.

Il fatto è descritto in maniera radicalmente diversa. La *Convenzione*

Ocse non limita alla commissione mediante specifiche modalità la perseguibilità della condotta illecita, giacché viene difatti proposta l'incriminazione per il soggetto che «offre, promette o eroga» la tangente con qualsiasi modalità, dunque si registra un ampliamento della fattispecie rispetto al modello statunitense.

Di converso, però, nel testo pattizio, la dazione pecuniaria è qualificata, e precisamente deve risultare «indebita». Tale attributo è, invece, assente nel FCPA, per cui non è necessario dimostrare la natura della elargizione o della promessa, essendo sufficiente che siano avvenute. Invero, il testo pattizio menziona anche «vantaggi» di qualsiasi natura, e dunque non necessariamente patrimoniale. Per cui, se da un lato la disposizione convenzionale risulta apparentemente più stringente, dall'altro estende la perseguibilità a qualunque tipo di vantaggio, patrimoniale o non patrimoniale, risultando così pressoché coincidente il prezzo del reato.

Va osservato, almeno dal punto di vista del dato letterale, che un restringimento della fattispecie si registra con riguardo ai soggetti destinatari della corruzione, dal momento che né i partiti politici, né eventuali terzi facilitatori risultano espressamente inclusi nella disposizione pattizia.

Invero, il testo della convenzione prevede, con apposita disposizione, anche la criminalizzazione dei concorrenti, con ciò includendovi anche i facilitatori. Sprovvista di espressa tutela rimane, invece, la corruzione dei partecipi politici, vero cardine della disciplina statunitense, come si è visto nella narrazione dell'antefatto storico e politico all'adozione del FCPA. La *Convenzione Ocse* non esclude che la stessa possa avere rilevanza penale all'interno degli ordinamenti nazionali, a norma alle disposizioni introdotte in base alla convenzione. Tuttavia, la perseguibilità dipenderà dalla sussunzione nella nozione di pubblica funzione della funzione espletata dall'esponente, dal candidato o dal partito politico, secondo le disposizioni nazionali ⁽¹⁹²⁾.

¹⁹² V., sul punto, l'Art. 1, par. 2, della *Convenzione Ocse*, il quale dispone che «Each Party shall take any measures necessary to establish that complicity in, including incitement, aiding and abetting, or authorization of an act of bribery of a foreign public official shall be a criminal offence. Attempt and conspiracy to bribe a foreign public official shall be criminal offences to the same extent as attempt and conspiracy to bribe a public official of that Party».

Un punto di divergenza sostanziale concerne la tipizzazione del ruolo degli intermediari. Entrambi i testi consentono la criminalizzazione della corruzione «indiretta», commessa cioè tramite un terzo che funge da tramite fra il corruttore ed il pubblico funzionario straniero. Tuttavia, il testo pattizio appare più stringente rispetto al modello statunitense, giacché mentre quest'ultimo si limita a richiedere la prova che l'offerta, la promessa o la dazione siano effettuate «nella convinzione» che, almeno in parte, interesseranno il pubblico agente, la *Convenzione Ocse* impone di dimostrare che la corruttela sia rivolta effettivamente a quest'ultimo, e dunque – in buona sostanza – che la triangolazione sia avvenuta col consenso di questi ⁽¹⁹³⁾.

Non si tratta di una differenza esclusivamente semantica o terminologica, bensì di una diversa opzione piuttosto rilevante in termini di prova. Sul punto va osservato che, se, da un lato, la *Convenzione Ocse* appaia più ossequiosa del principio di determinatezza, dall'altro, essa rischia di pretendere dall'accertamento giudiziario uno *standard* probatorio pressoché inesigibile, posto che il contesto fattuale in cui opera l'intermediario è artatamente concepito proprio per rendere meno visibile ed immediato il collegamento tra il corruttore ed il funzionario straniero.

In questi termini, perciò, la scelta della *Convenzione Ocse* di irrigidire, dal punto di vista probatorio, la dimostrazione del sinallagma, non convince sino in fondo e rischia di produrre effetti esogeni rispetto alla finalità perseguita dalla fattispecie, rischia cioè di pretendere una prova difficilmente raggiungibile in giudizio, proprio a causa delle peculiarità della condotta transnazionale ⁽¹⁹⁴⁾.

In particolare, in materia di criminalizzazione della corruzione di candidati, esponenti o partiti politici, v. *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, § 16, p. 12 (disponibile su: oecd.org – ultimo accesso: 10/09/2020).

¹⁹³ V., sul punto, 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(3), 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3) i quali contemplano l'ipotesi che l'elargizione o la promessa venga effettuata ad un terzo, nella consapevolezza che questi ne girerà almeno una parte al funzionario; v., inoltre, l'Art. 1 della *Convenzione Ocse*, in cui espressamente viene previsto che l'offerta, la promessa o la dazione possa essere effettuata «direttamente» o «attraverso un intermediario».

¹⁹⁴ Si tratta, invero, di qualcosa di più che un mero «rischio». V., sul punto, quanto si è osservato in relazione al citato caso delle tangenti *ENI-Saipem*, in Algeria, in SCOLLO, *I limiti*

Una ulteriore diversità concerne la descrizione, nella fattispecie, dell'effetto che la condotta illecita provoca o deve provocare nello svolgimento della funzione del pubblico agente. Infatti, nel FCPA il mercimonio della funzione assume i tratti di un predicato della modalità della condotta, in termini di giudizio di idoneità degli atti a produrre quanto richiesto dalla disposizione. La condotta illecita, in altre parole, deve essere idonea ad «influenzare un atto o una decisione dell'ufficiale» nell'ambito dei suoi poteri, ovvero ad indurlo a «compiere od omettere» un atto «in violazione dei doveri di ufficio», od ancora in modo da «assicurare un indebito vantaggio», oppure infine ad «indurlo a usare la sua influenza» con un governo straniero o sua articolazione per «intaccare o influenzare» un atto o una decisione di questi ⁽¹⁹⁵⁾.

Tali declinazioni della condotta risultano assenti nell'ambito della *Convenzione Ocse*, la quale valorizza unicamente la compromissione della funzione dell'agente straniero – parimenti escludendola dagli elementi costitutivi del reato – nell'ambito dell'elemento soggettivo. Come si vedrà più approfonditamente in seguito, nella fattispecie descritta nella *Convenzione Ocse*, il fatto che il pubblico ufficiale agisca o si astenga dall'agire nell'ambito dei suoi doveri di ufficio costituisce lo scopo precipuo dell'agente ⁽¹⁹⁶⁾. Ciò che, in questa sede, occorre sottolineare è che la finalità non appare ancorata espressamente all'ipotesi di un atto ancora da compiere, o da omettere, né dal testo della disposizione emerge che si tratti di uno atto d'ufficio specifico. In questo senso, perciò, non sembra da escludere la conciliabilità della *Convenzione Ocse* tanto con la corruzione susseguente, quanto con la corruzione a futura memoria o, per usare la terminologia

sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria, cit. supra nota 174, p. 23 in cui si sottolinea che lo standard probatorio richiesto dalla fattispecie italiana risulta in contraddizione con le caratteristiche precipue dell'ipotesi concreta in cui risultano coinvolti dei terzi intermediari. Tali considerazioni sono, evidentemente, sovrapponibili alla disposizione convenzionale cui la fattispecie italiana si conforma, e sulla base delle stesse occorre auspicarsi una riforma nel senso indicato dal FCPA.

¹⁹⁵ V., sul punto, 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(2)(A) e (B), 78dd-2(a)(2)(A) e (B), 78dd-3(a)(2)(A) e (B).

¹⁹⁶ V., sul punto, l'Art. 1, par. 1, della *Convenzione Ocse*.

propria al contesto italiano, per l'esercizio della funzione ⁽¹⁹⁷⁾.

In armonia con quanto appena osservato, inoltre, va sottolineato come la formula scelta dalla *Convenzione Ocse* risulti apparentemente ampia nel contesto normativo che sanziona tradizionalmente le condotte di corruzione, dal momento che comprende qualunque tipo di iniziativa commissiva od omissiva del pubblico agente, mentre nella prospettiva del FCPA, come si è visto, particolare rilievo viene attribuito alla violazione dei doveri d'ufficio. In particolare, va osservato che la disposizione convenzionale richiede, nella prospettiva dell'agente, un collegamento di qualunque tipo con l'adempimento dei doveri in capo al funzionario, senza espressamente confinare la fattispecie alla sola corruzione per atto contrario, dal momento che nel testo non vi è alcun accenno alla violazione dei doveri d'ufficio ⁽¹⁹⁸⁾.

In ottica generale, va però tenuto presente che la disciplina statunitense sanziona anche la mera «influenza» che la corruttela può esercitare sul pubblico agente, nell'ambito del compimento delle sue mansioni, con ciò recuperando terreno rispetto all'ambito di applicazione della prospettiva *Ocse*. Inoltre, nella disposizione del FCPA appare ricompresa anche la sfera di «influenze» che il pubblico agente può esercitare sui soggetti pubblici stranieri, invero non espressamente menzionata nel testo pattizio, che effettua un generico riferimento a «parti terze» eventualmente

¹⁹⁷ V., sul punto, a confronto 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(2)(A), 78dd-2(a)(2)(A), 78dd-3(a)(2)(A), il quale contempla l'ipotesi di «securing any improper advantage» e l'Art. 1 della *Convenzione Ocse*, il quale richiede che il pubblico funzionario straniero «act or refrain», per cui si attivi in conseguenza della corruzione, con una condotta attiva od omissiva, nel perseguire, ma anche nel preservare gli interessi economici del corruttore, ad esempio mantenendo una decisione favorevole già assunta, nello schema tradizionale della corruzione susseguente.

In senso contrario, tuttavia, sia all'ipotesi della corruzione susseguente, sia della corruzione a futura memoria v. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 541. Nel senso di escludere la configurabilità della corruzione susseguente, v., anche, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 67 in cui l'A. afferma l'irrelevanza dell'utilità indebita consegnata dopo l'esercizio dei poteri d'ufficio.

¹⁹⁸ V., sul punto, ZERBES, *Article 1 – The offence of bribery of foreign public officials*, in PIETH, LOW, BONUCCI, *The OECD Convention on bribery, a commentary*, cit. *supra* nota 14, p. 168, in cui l'A. osserva che la disposizione della convenzione non richiede la violazione dei doveri d'ufficio ai fini della rilevanza penale del fatto, a norma della disposizione interna introdotta in base alla *Convenzione Ocse*.

destinatario della corruzione.

Dunque, ad una prima disamina, la *Convenzione Ocse* appare meno incisiva della disciplina statunitense di cui, evidentemente, elabora una sintesi generale, anche nella prospettiva di un più facile adattamento all'interno delle giurisdizioni estere dei modelli di fattispecie dalla stessa proposti. Ciò trova conferma nelle indicazioni pattizie in merito al recepimento degli obblighi di incriminazione che, come si è visto, impegnano gli Stati alla equivalenza funzionale delle disposizioni interne, più che alla translitterazione delle fattispecie abbozzate nella convenzione ⁽¹⁹⁹⁾.

È evidente, perciò, che nella trasposizione della prospettiva statunitense nel testo convenzionale, le esigenze di mediazione politica e di tecnica giuridica abbiano prodotto un generale abbassamento dei livelli di precisione delle fattispecie, allo scopo di rendere gli impegni comuni più facilmente recepibili negli ordinamenti nazionali.

Ciò è quanto si ravvisa anche nella *Convenzione penale* che descrive il fatto sulla scia di quanto già osservato nella *Convenzione Ocse*, come si può notare dal confronto tra le due disposizioni, nello schema che segue.

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>
Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage , whether directly or through intermediaries, to— a foreign public official, for that official or for a third party,	Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, offering or giving by any person, directly or indirectly, of any undue advantage to any [public official of any other State], for himself or herself or for anyone else,

¹⁹⁹ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 530 in cui l'A. sottolinea tale aspetto contenuti nei preamboli della *Convenzione Ocse*.

<p>in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties,</p> <p>in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business</p>	<p>for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.</p>
---	---

Il testo della *Convenzione penale*, con riguardo alla descrizione del fatto tipo, risulta pressoché sovrapponibile alla prospettiva recepita nella *Convenzione Ocse*, di cui sopra si è detto. Le differenze più rilevanti riguardano, come si vedrà di seguito, l'elemento soggettivo, a cui l'ultima parte della disposizione contenuta nella *Convenzione Ocse* assegna un importante compito di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti ⁽²⁰⁰⁾.

In questa sede, merita però di essere valorizzato un aspetto: l'influenza nello svolgimento della funzione pubblica, cui mira l'agente, nella prospettiva di entrambe le convenzioni, assume tratti diversi nei due testi pattizi. Infatti, mentre nella *Convenzione penale* l'agente agisce allo scopo di cagionare l'azione o l'omissione del pubblico funzionario straniero «nell'esercizio delle sue funzioni», e dunque negli atti che risultano propri al suo ufficio, la terminologia della *Convenzione Ocse* consente invero una criminalizzazione più ampia, richiedendo unicamente che vi sia un mero «collegamento» con i doveri d'ufficio, senza invece prospettarsi che l'azione o l'omissione ricada nel perimetro della funzione esercitata dal pubblico agente. In altre parole, a differenza della *Convenzione Ocse*, la *Convenzione penale* non include nel dolo della fattispecie incriminatrice eventuali comportamenti del pubblico agente che possono avvantaggiare il corruttore, esogeni rispetto all'ambito proprio delle sue funzioni.

In proposito, va tuttavia osservato che almeno una parte delle condotte escluse dalla formulazione stringente del dolo nella *Convenzione penale* è

²⁰⁰ Il riferimento è all'ultimo periodo dell'Art. 1 della *Convenzione Ocse* nel quale il testo pattizio limita l'ambito di applicazione della fattispecie modello alla finalità di ottenere o mantenere affari o vantaggi impropri nell'ambito del commercio internazionale («in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business»).

suscettibile di rientrare nella fattispecie incriminatrice relativa al traffico di influenze illecite, che la convenzione di stampo europeo impegna gli Stati ad introdurre nei rispettivi ordinamenti ⁽²⁰¹⁾.

La *Convenzione Ue* è pressoché sovrapponibile al testo della *Convenzione penale*, come si può notare dal raffronto delle due disposizioni in commento, nello schema che segue.

<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione Ue</i>
Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, offering or giving by any person, directly or indirectly, of any undue advantage	[Each Member State shall take the necessary measures to ensure that is made a criminal offence] the deliberate action of whosoever promises or gives, directly or through an intermediary, an advantage of any kind whatsoever
to any [public official of any other State], for himself or herself or for anyone else,	to an official for himself or for a third party
for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.	for him to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties.

Una prima differenza terminologica di rilievo attiene alla qualificazione del vantaggio, promesso od elargito al pubblico funzionario straniero, che, a norma della *Convenzione penale*, deve assumere i tratti di un vantaggio «indebito», mentre nella *Convenzione Ue*, la tutela degli interessi pubblici dell'Unione ha orientato la scelta pattizia verso una nozione apparentemente più ampia.

In secondo luogo, va osservato come la disposizione contenuta nella *Convenzione Ue* fornisca, nella descrizione dell'elemento soggettivo,

²⁰¹ V., sul punto, l'Art. 12 della *Convenzione penale*.

espressa rilevanza alle condotte tanto «in osservanza», quanto «in violazione» dei doveri d'ufficio. Precisamente, la fattispecie modello individuata nella *Convenzione Ue* impone la criminalizzazione della condotta attiva finalizzata a cagionare il comportamento commissivo od omissivo del pubblico funzionario in conformità ai suoi doveri d'ufficio, ovvero – nell'ambito delle sue precipe funzioni – il comportamento difforme dai doveri d'ufficio. Tale approfondimento nella formulazione della fattispecie non sembra, tuttavia, differenziare in misura significativa il testo in commento dalla *Convenzione penale*, in cui è presente un riferimento generico all'esercizio delle funzioni. Difatti, la disposizione contenuta nella *Convenzione Ue* sanziona *in toto* la corruzione collegata all'esercizio della funzione, dal momento che – a norma del testo pattizio – assumono rilevanza penale tanto la dazione e la promessa finalisticamente associate alla condotta conforme ai doveri d'ufficio, quanto quelle correlate alla condotta difforme ai doveri d'ufficio, nello svolgimento delle funzioni proprie del pubblico agente.

La specificazione sembrerebbe escludere unicamente la rilevanza penale delle condotte contrarie ai doveri d'ufficio che esulano dal perimetro della funzione, parimenti non considerate nella *Convenzione penale*, ed invece incluse nella definizione della *Convenzione Ocse*. In base a tale elemento di differenziazione, i tre testi sembrano descrivere tre cerchi concentrici di rilevanza penale, dei quali la *Convenzione penale* risulta il meno esteso, mentre la *Convenzione Ocse* rappresenta il più ampio.

Al netto delle considerazioni sopra riportate, le disposizioni risultano comunque riconducibili, sotto il profilo della descrizione del fatto, ad un ***modello pressoché unitario*** ⁽²⁰²⁾.

Lo stesso può dirsi anche della *Convenzione Onu*, la quale – al pari

²⁰² V., sul punto, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 67 in cui l'A. afferma, invece, che nella descrizione delle condotte l'unico elemento di reale comunione risulterebbe essere quello della «dazione», per cui le differenze lessicali e di contenuto sono suscettibili di ingenerare una pericolosa disarmonia negli indirizzi di criminalizzazione. Tale assunto risulta, invero, condivisibile non tanto con riguardo alla descrizione del fatto nella fattispecie tipo disegnata dalle convenzioni, quanto piuttosto negli elementi accessori caratterizzanti i vari modelli proposti.

della *Convenzione penale* – prevede l’incriminazione della promessa, dell’offerta o della dazione di un «vantaggio indebito» ad un pubblico funzionario straniero, come si può notare dallo schema di seguito esposto.

<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione Onu</i>
<p>Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, offering or giving by any person, directly or indirectly, of any undue advantage</p> <p>to any [public official of any other State], for himself or herself or for anyone else,</p> <p>for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.</p>	<p>Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the promise, offering or giving [directly or indirectly, of an undue advantage]</p> <p>to a foreign public official or an official of a public international organization, for the official himself or herself or another person or entity,</p> <p>in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties,</p> <p>in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business.</p>

Il testo della *Convenzione Onu*, al netto delle trascurabili e sparute differenze di formulazione, nella descrizione del fatto tipico, riproduce largamente il modello della *Convenzione penale*, e dunque risulta a sua volta non dissimile dalla *Convenzione Ocse*, con cui però condivide anche la limitazione del campo di applicazione alle sole corrottele riguardanti il commercio internazionale.

Più in dettaglio, va osservato che la *Convenzione Onu*, al pari della *Convenzione Ocse*, pone l’attenzione sulle condotte finalisticamente orientate a cagionare un comportamento commissivo od omissivo del pubblico agente straniero collegato all’esercizio dei «doveri d’ufficio». Tale elemento di differenziazione ne amplia il campo di applicazione rispetto alla

Convenzione penale, la quale invece si riferisce unicamente all'esercizio della «funzione». Infatti, sebbene la condotta risulta convergere verso un modello pressoché unitario di fattispecie tipo, la differenza terminologica appena evidenziata, usata per descrivere l'effetto auspicato dalla condotta attiva di corruzione, non risulta priva di rilievo, giacché l'ambito descritto dall'esercizio della funzione risulta invero più ristretto del catalogo dei doveri che derivano dall'ufficio, e dunque gravano sul pubblico agente anche al di fuori delle sue sfere di competenza.

In argomento, altresì, va sottolineato che l'espressione usata dalla *Convenzione Onu* («in the exercise of his or her official duties») risulta senz'altro meno ampia di quella impiegata nella *Convenzione Ocse* («in relation to the performance of official duties»), come si è già avuto modo di osservare nel confronto tra quest'ultima e l'analoga previsione della *Convenzione penale*. Tuttavia, anche in questo caso va osservato che, almeno in parte, la criminalizzazione di condotte a «connessione debole» con i doveri d'ufficio è suscettibile di essere riassorbita dalla fattispecie di traffico di influenze illecite, di cui la *Convenzione Onu* impone l'introduzione negli ordinamenti dei paesi aderenti ⁽²⁰³⁾.

La disposizione della *Convenzione Onu* annovera tra i soggetti passivi anche gli ufficiali delle organizzazioni pubbliche internazionali, invero esclusi dalla disposizione del testo europeo in commento. Tuttavia, non si tratta di una effettiva divergenza, o di un difetto di tutela, laddove si consideri che la funzione di costoro è adeguatamente menzionata in disposizioni apposite della *Convenzione penale*, la quale impegna gli Stati a criminalizzare la corruzione degli ufficiali delle organizzazioni internazionali, dei membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e degli ufficiali delle corti internazionali ⁽²⁰⁴⁾.

Dunque, entrambe le convenzioni, seppur con alcune peculiarità puntuali, che sono state sopra descritte, convergono verso ***un modello unitario di descrizione del fatto di reato***, come conferma anche lo schema seguente, che pone a confronto la *Convenzione Ocse* e la *Convenzione Onu*,

²⁰³ V., sul punto, l'Art. 18 della *Convenzione Onu*.

²⁰⁴ V., sul punto, gli Artt. 9, 10 e 11 della *Convenzione penale*.

le quali rappresentano rispettivamente il punto di inizio ed il punto di arrivo della tutela multilaterale e multilivello in materia di corruzione internazionale ⁽²⁰⁵⁾.

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione Onu</i>
<p>Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to—</p> <p>a foreign public official, for that official or for a third party,</p> <p>in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties,</p> <p>in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business</p>	<p>Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the promise, offering or giving [directly or indirectly, of an undue advantage]</p> <p>to a foreign public official or an official of a public international organization, for the official himself or herself or another person or entity,</p> <p>in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties,</p> <p>in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business.</p>

Al netto della differente scelta terminologica nella descrizione del

²⁰⁵ La lotta alla corruzione, ed in particolare alla corruzione internazionale, si caratterizza per essere fortemente condizionata e regolata dalle convenzioni multilaterali che, come si è visto, ne hanno originato e scandito il processo di criminalizzazione. Per tale motivo, non può non parlarsi di una tutela «multilaterale» dei beni giuridici sottesi alle fattispecie incriminatrici, dal momento che sono proprio il contesto e la negoziazione internazionale ad aver squarciato il velo di maya sul fenomeno corruttivo transnazionale che riguarda le imprese multinazionali. L’approccio degli Stati, all’interno delle varie organizzazioni internazionali, ha poi finito per creare un framework «multilivello», per via della differente risposta sul piano regionale e sul piano internazionale. Per tale motivo occorre parlare di tutela «multilaterale» e nel contempo «multilivello», nell’ambito delle disposizioni in materia di corruzione internazionale.

vantaggio, e della inclusione – nel testo della fattispecie della sola *Convenzione Onu* – della corruzione degli ufficiali delle organizzazioni pubbliche internazionali, il vero ambito di differenziazione tra le due convenzioni, e poi tra queste e le due di matrice europea, si registra nel contesto dell'elemento soggettivo ⁽²⁰⁶⁾.

Sul punto, la *Convenzione Ocse* presenta i caratteri di massima criminalizzazione, sia perché ammette la rilevanza penale di pagamenti atti ad ottenere comportamenti anche esogeni rispetto al ristretto ambito dei poteri del funzionario (precisamente, attraverso l'impiego della locuzione «*in relation*»), sia perché non persegue solamente i vantaggi «indebiti», bensì qualunque vantaggio possa essere definito semplicemente «improprio» ⁽²⁰⁷⁾.

La scelta della *Convenzione Onu*, perciò, anche su questo fronte, sebbene possa essere considerata un «passo in avanti» dal punto di vista della selezione dei comportamenti criminali di sicura offensività, sembra invero costituire un passo indietro dal punto di vista della repressione delle condotte corruttive, giacché discosta il modello convenzionale dalla direzione di massimo contrasto recepita nella *Convenzione Ocse*.

La tabella seguente illustra, in raffronto, le scelte terminologiche non completamente coincidenti dei vari modelli convenzionali, in materia di descrizione del fatto suscettibile di incriminazione.

Tabella 3. – *La descrizione del fatto penalmente rilevante*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
«offrire, promettere, dare»	«la promessa, l'offerta, la	«promette o da»	«la promessa, l'offerta o la

²⁰⁶ La *Convenzione Ocse* considera la corruzione degli ufficiali delle organizzazioni pubbliche internazionali parimenti rilevanti a norma della fattispecie modello, seppur non citando tali soggetti espressamente nel corpo della disposizione. Difatti, l'Art. 1, par. 4, lett. a) al pari dei soggetti che ricoprono un ufficio pubblico, ovvero che esercitano una pubblica funzione, il testo pattizio considera anche i funzionari e gli agenti delle organizzazioni pubbliche internazionali.

²⁰⁷ La nozione di vantaggio «improprio», nel contesto della *Convenzione Ocse*, risulta senz'altro più ampio del vantaggio «indebito». Il primo può essere costituito da qualunque vantaggio il destinatario non sia espressamente titolato a ricevere come dovuto. Il secondo, invece, si qualifica in termini negativi come qualunque vantaggio il destinatario non sia legalmente titolato a ricevere od accettare. V., sul punto, il par. 38 dell'*Explanatory Report*, cit. *supra* nota 177, p. 8.

	dazione»		dazione»
«direttamente o indirettamente»	«direttamente o indirettamente»	«direttamente o tramite un intermediario»	«direttamente o indirettamente»
«indebiti vantaggi patrimoniali o di altro tipo»	«di vantaggi indebiti»	«un vantaggio di qualunque tipo»	«di un vantaggio indebito»
«a un pubblico ufficiale straniero»	«a un pubblico ufficiale di un altro Stato»	«a un pubblico ufficiale [nazionale o comunitario]»	«a un pubblico ufficiale straniero»
«per sé o una terza parte»	«per sé o chiunque altro»	«per sé o per un terzo»	«per sé o un'altra persona fisica o giuridica»
«in modo che agisca o si astenga dall'agire»	«in modo che agisca o si astenga dall'agire»	«in modo che agisca o si astenga dall'agire»	«in modo che agisca o si astenga dall'agire»
«in relazione all'esercizio dei suoi doveri d'ufficio»	«nell'esercizio delle sue funzioni»	«in conformità ai suoi doveri, o nell'esercizio delle sue funzioni in violazione dei suoi doveri d'ufficio»	«nell'esercizio dei suoi doveri d'ufficio»
«al fine di ottenere o mantenere vantaggi economici o altri vantaggi impropri»			«al fine di ottenere o mantenere affari o altri vantaggi indebiti»
«nella conduzione di affari internazionali»			«in relazione alla conduzione di affari internazionali»

Il confronto delle disposizioni convenzionali pone in evidenza alcune differenze nel lessico impiegato: del loro valore in termini criminologici si è detto sopra. In questa sede, si può osservare come i testi della *Convenzione Ocse*, della *Convenzione penale*, e della *Convenzione Onu* convergono verso un unico modello di fattispecie normativa contro la corruzione internazionale, avente le medesime caratteristiche, come si può notare nella seguente tabella.

Tabella 4. – *La fattispecie modello*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
condotta a forma libera con oggetto qualificato	condotta a forma libera con oggetto qualificato	condotta a forma libera (non contempla l'offerta)	condotta a forma libera con oggetto qualificato

		con oggetto non qualificato	
--	--	-----------------------------	--

La *Convenzione Ocse*, la *Convenzione penale* e la *Convenzione Onu* convergono verso una fattispecie che punisce la promessa, l'offerta o la dazione, eseguita con qualunque forma, di un vantaggio indebito, individuando così un modello di disposizione a forma libera con oggetto qualificato. Da tale modello diverge unicamente la *Convenzione UE*, la quale non include l'offerta tra le condotte illecite, tuttavia ampliando la gamma dei vantaggi suscettibili di rilievo penale, poiché non richiede che debbano qualificarsi come «indebiti».

Le differenze più marcate, tuttavia, come si evince dalla tabella precedente, trovano sede nella costruzione dell'elemento soggettivo cui è assegnato un compito di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti, come si vedrà nel paragrafo seguente.

3.5.4. *L'elemento soggettivo*

L'elemento soggettivo costituisce probabilmente uno dei punti di maggiore divergenza tra i modelli proposti dalle convenzioni internazionali in commento, come si è avuto modo di anticipare nei paragrafi precedenti.

Il legislatore internazionale – in alcuni di questi modelli in modo particolarmente significativo – assegna all'elemento soggettivo il compito di eseguire una cospicua selezione dei comportamenti criminali rilevanti, escludendone molti altri dall'ambito di applicazione della fattispecie, come può notarsi anche dallo schema seguente che pone le disposizioni a confronto.

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>
<p>in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties,</p> <p>in order to obtain or retain business or other improper advantage in the</p>	<p>for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.</p>

conduct of international business	
<i>Convenzione Ue</i>	<i>Convenzione Onu</i>
for him to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties.	in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties, in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business.

Il quadro di raffronto pone in luce come il modello emergente dalla *Convenzione Ocse* e dalla *Convenzione Onu* consti di un elemento soggettivo effettivamente più strutturato ed articolato, costituito in particolare da **due finalità concorrenti** che devono sussistere simultaneamente per consentire al fatto concreto integrare la fattispecie tipo.

La *Convenzione penale* e la *Convenzione Ue*, in questo senso, risultano invece più stringate, e ne contengono solamente una delle due, ossia quella concernente il comportamento del pubblico funzionario auspicato dal corruttore, che è comune a tutti i testi esaminati.

Cominciando l'analisi da quest'ultima finalità, di cui si è diffusamente parlato nel paragrafo precedente, si possono richiamare anzitutto le differenze terminologiche e contenutistiche tra le varie convenzioni, le quali tuttavia sono state sopra ampiamente descritte («in relation», «in the exercise», «in accordance»). Premesso quanto si è già detto, merita particolare approfondimento e riflessione, in questa sede, il ruolo di selezione dei comportamenti rilevanti, affidato a tale elemento della fattispecie. Infatti, le diverse locuzioni ora limitano la tutela ai soli comportamenti che rientrano nella sfera di competenza dell'agente, ora ampliano la tutela sino a ricomprendervi una parte od anche tutti i comportamenti che esulano dalla funzione e che concernono in generale doveri d'ufficio, ora estendono la tutela persino ai comportamenti ad essi latamente collegati, come può notarsi dalla tabella che segue.

Tabella 5. – *L'effetto auspicato sul comportamento del funzionario*

<i>Convenzione Oese</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
comportamento commissivo od omissivo	comportamento commissivo od omissivo	comportamento commissivo od omissivo	comportamento commissivo od omissivo
tutela non limitata alla funzione, bensì estesa ai doveri d'ufficio, ed ai fatti collegati	tutela strettamente limitata alla funzione	tutela non limitata alla funzione, bensì estesa ad una parte doveri d'ufficio	tutela non limitata alla funzione, bensì estesa ai doveri d'ufficio

Emerge, in questo contesto, una pluralità di modelli che approntano una tutela progressiva, che parte dalla sfera di competenze del pubblico agente straniero, sino a ricomprendervi i comportamenti anche debolmente collegati con l'esercizio dei doveri d'ufficio.

Un aspetto ulteriore, particolarmente significativo, emerge dalla formulazione della disposizione: la fattispecie non richiede che l'atto d'ufficio, l'azione o l'omissione del pubblico agente vengano ad esistenza, giacché nel modello convenzionale tali fattori non assurgono mai al grado di elementi costitutivi del reato. Essi, infatti, ne caratterizzano unicamente il *dolo specifico* che deve avvicinare la condotta attiva, per cui risulta evidente che devono sussistere, nella prospettiva dell'agente, la convinzione e la volontà di turbare la funzione o i doveri esercitati dal pubblico ufficiale, e dunque di cagionarne un comportamento attivo od omissivo, senza che assuma rilievo se poi esso si verifica ⁽²⁰⁸⁾.

La norma non sembra richiedere neppure che l'agente riceva alcuna conferma, implicita od esplicita, dal funzionario pubblico straniero, né tantomeno che sussista un accordo tra le parti, essendo al più sufficiente – ciò, nel contesto della *Convenzione penale* – che il pubblico agente abbia contezza del pagamento, e non anche della finalità dello stesso ⁽²⁰⁹⁾. La disposizione, infatti, mira a sanzionare la condotta anche in assenza di accettazione da parte del pubblico funzionario, purché sia dimostrabile –

²⁰⁸ V., sul punto, il par. 32 dell'*Explanatory Report*, cit. *supra* nota 177, p. 8 in cui si reputa «irrelevante» se il pubblico ufficiale abbia poi agito o meno nel senso auspicato dal corruttore.

²⁰⁹ V., sul punto, il par. 36 dell'*Explanatory Report*, cit. *supra* nota 177, p. 8.

anche da circostanze oggettive – la volontà dell’agente ⁽²¹⁰⁾.

In questo senso, i testi convenzionali sembrano convergere verso un unico modello, che non attribuisce alcuna rilevanza all’accordo, bensì anticipa la tutela al pagamento, all’offerta o alla promessa, ed alle intenzioni sottese, reputando del tutto irrilevante la reazione alle stesse da parte del pubblico funzionario straniero, come illustrato nella tabella seguente ⁽²¹¹⁾.

Tabella 6. – *L’irrilevanza del comportamento del pubblico agente*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
irrilevanza dell’accettazione e dell’accordo	irrilevanza dell’accettazione e dell’accordo	irrilevanza dell’accettazione e dell’accordo	irrilevanza dell’accettazione e dell’accordo

Invero, il modello del FCPA – su questo punto – risulta anticipare la tutela ancor più del modello convenzionale, dal momento che assume rilevanza penale, nel contesto statunitense, anche la mera finalità di «influenzare» le decisioni del pubblico funzionario, e non solo di «cagionare» il comportamento attivo od omissivo di questi, con ciò espandendo i confini della disposizione anticorruzione ⁽²¹²⁾.

In argomento, va osservato che la scelta di limitare espressamente la perseguibilità alla sola condotta attiva avente finalità di «influenzare» ⁽²¹³⁾ o di «causare» ⁽²¹⁴⁾ il comportamento infedele del pubblico agente non convince sino in fondo sul piano criminologico e sistematico, specie nei contesti

²¹⁰ V., sul punto, il par. 198 della *Legislative Guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*, cit. *supra* nota 166, p. 83.

²¹¹ Per tale ragione si è fatto riferimento, in questo contesto, alla «disposizione» al singolare, giacché la stessa unitaria prescrizione appare replicarsi in tutti e quattro i testi pattizi esaminati.

²¹² V., sul punto, 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1)(A)(i) – (2)(A)(i) – (3)(A)(i), 78dd-2(a)(1)(A)(i) – (2)(A)(i) – (3)(A)(i), 78dd-3(a)(1)(A)(i) – (2)(A)(i) – (3)(A)(i) in cui si prevede l’illiceità della condotta commessa anche al fine di «influenzare un atto o decisione di un funzionario straniero nell’ambito delle sue capacità».

²¹³ Secondo il modello del FCPA.

²¹⁴ Secondo il modello convenzionale.

normativi, come la *Convenzione Ocse*, la *Convenzione penale* o la *Convenzione Onu*, in cui il vantaggio rivolto al pubblico agente è espressamente qualificato come «indebito».

Tale requisito, infatti, anziché svolgere la funzione di selezionare i soli comportamenti realmente offensivi del bene giuridico, rischia invece di costituire un inutile limite processuale all'accertamento del fatto, dal momento che – in assenza di altri indici – finirà per richiedere la prova negativa della presenza di altre finalità. Ciò, anche in considerazione del fatto che il rapporto economico del privato con il soggetto pubblico, indipendentemente che si tratti di una persona fisica o di una persona giuridica, di norma, intercorre tra lo stesso e l'amministrazione, non certamente con l'ufficiale in persona, per cui non si ravvede quale altra e diversa finalità potrebbe avere il pagamento di una somma di denaro, specie se ingente, da parte, ad esempio, di alcune imprese multinazionali operanti nel settore petrolifero, al ministro dell'energia di un paese ricco di idrocarburi, od ancora da alcune imprese operanti nell'importazione di frutta al presidente di una Repubblica che ha appena introdotto tasse salate sull'esportazione di prodotti agricoli, od infine da parte di una multinazionale operante nel settore delle infrastrutture, al ministro dei trasporti di un paese africano che ha appena bandito una gara per una imponente autostrada.

In sintesi, perciò, la prospettiva del modello convenzionale risulterebbe sufficientemente espressa nella qualificazione del vantaggio come «indebito», senza necessitare di una ulteriore limitazione di questo tipo che agisce per lo più ad ostacolare l'accertamento del fatto sul piano probatorio. Ad ogni modo, pure con tale contesto normativo, risulta senza dubbio assente la necessità di provare un *accordo* tra le parti a giustificazione del pagamento indebito, dal momento che è quest'ultimo a costituire l'oggetto della fattispecie, ed inoltre che l'accordo non è contemplato nella descrizione del fatto tipo.

Il *secondo elemento* che contribuisce alla selezione dei comportamenti penalmente rilevanti è presente unicamente nella *Convenzione Ocse* e nella *Convenzione Onu*. A differenza delle convenzioni di matrice europea, difatti, esse richiedono che la condotta sia stata commessa al fine di «ottenere o mantenere affari od altri vantaggi in operazioni commerciali internazionali». Tale prescrizione, perciò, esclude dall'ambito

di applicazione della fattispecie modello la corruzione esogena rispetto al contesto commerciale ed economico di rilievo globale.

La norma, invero, non richiede che la condotta attiva sia finalizzata all'aggiudicazione della commessa internazionale, ben potendo risultare sufficiente ad integrare la fattispecie il perseguimento di un mero vantaggio ad essa correlato (un vantaggio «improprio», nel caso della *Convenzione Ocse*; ovvero «indebito» per la *Convenzione Onu*). Ciò che conta è che l'affare od il vantaggio auspicato dal corruttore sia effettivamente concernente una operazione commerciale di rilievo internazionale, in essere o futura.

Sul punto, la prescrizione contenuta nella *Convenzione Onu* risulta ancora più ampia. Difatti, mentre a norma della *Convenzione Ocse* lo scopo di perseguire un affare o un vantaggio deve espressamente riguardare una operazione commerciale, per la *Convenzione di Merida* invece è sufficiente un collegamento anche labile per integrare la fattispecie tipo, con ciò espandendo la possibile applicazione della fattispecie ad una categoria più ampia di comportamenti.

Dunque, se da un lato la *Convenzione Onu* risulta più rigida nel selezionare il vantaggio per il corruttore suscettibile di avere rilevanza penale, dall'altro si registra un ampliamento dei confini della fattispecie con riguardo all'ambito in cui il fatto deve avvenire.

L'elemento comune che va sottolineato in questa sede è che entrambi i testi si occupano di sanzionare solo la corruzione di considerevole entità, tralasciando quindi le piccole corrottele, le quali evidentemente non alterano il corretto svolgimento della competizione tra le imprese nel commercio internazionale. Sul punto, va peraltro osservato che la *Convenzione Onu* lascia liberi i paesi aderenti di escludere dalla soglia di rilevanza penale i c.d. «small payments», che possono al più facilitare l'esecuzione di un atto conforme ai doveri d'ufficio, ma non certamente incidere in operazioni economiche di rilievo internazionale. Nello stesso senso si muove la *Convenzione Ocse*, a norma della quale gli «small payments» devono ritenersi esclusi dalla nozione di pagamenti rilevanti ⁽²¹⁵⁾.

²¹⁵ V., sul punto, l'Art. 30, par. 9, della *Convenzione Onu* il quale dispone che «nothing

Il dolo specifico di matrice commerciale costituisce probabilmente l'elemento distintivo della fattispecie di corruzione internazionale, la quale nella prospettiva originaria, recepita dalla *Convenzione Ocse*, veniva concepita come presidio alla concorrenza internazionale.

La prospettiva della *Convenzione penale* e della *Convenzione Ue*, come si è visto, risulta considerevolmente diversa. In entrambi i testi da ultimo citati, difatti, alcun collegamento con il commercio internazionale è richiesto per la configurabilità del reato.

Sotto questo punto di vista emergono, perciò, due modelli di riferimento divergenti: il primo effettivamente ancorato alla matrice economica della fattispecie; il secondo, invece, strutturato a presidio degli interessi pubblicistici dell'amministrazione, come evidenzia la tabella seguente.

Tabella 7. – *Lo scopo commerciale della corruzione*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
business corruption	-	-	business corruption

È pur vero, a ben vedere, che la mancanza del secondo elemento di specificità del dolo rende, di fatto, più ampia la fattispecie incriminatrice nel caso della *Convenzione penale* e della *Convenzione Ue*. Tuttavia, va osservato che, con la scelta operata dalle convenzioni di matrice europea, le disposizioni anticorruzione mutano pelle rispetto alla prospettiva originaria, divenendo norme a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione e della corretta gestione delle funzioni pubbliche, in osservanza del principio solidaristico tra gli Stati nel contesto internazionale, cosa affatto diversa dalla tutela degli interessi economici e di mercato che, invece, costituisce l'architave su cui è costruito il modello statunitense,

contained in this Convention shall affect the principle that the description of the offences established in accordance with this Convention and of the applicable legal defences or other legal principles controlling the lawfulness of conduct is reserved to the domestic law of a State Party and that such offences shall be prosecuted and punished in accordance with that law». V., sul punto, anche il par. 9 dell'*Explanatory Report*, cit. *supra* nota 177, p. 12.

recepito nella *Convenzione Ocse*.

Ciò muta anche l'inquadramento sistematico delle fattispecie, le quali in questo modo risultano pressoché una mera estensione della corruzione interna ai fatti transnazionali. Tale prospettiva, invero, non convince sino in fondo, giacché non assicura un maggior livello di efficacia della disciplina e, dunque, dell'azione di contrasto alla corruzione internazionale, e nel contempo rischia di focalizzare l'attenzione su una categoria più ampia di comportamenti, per cui vi è il rischio di perdere l'obiettivo di sanzionare la «*big corruption*»⁽²¹⁶⁾.

Non può revocarsi in dubbio che un restringimento delle maglie della repressione di fatti corruttivi sia idoneo a sanzionare un maggior numero di comportamenti illeciti e, probabilmente, a diffondere un clima di minore tolleranza verso il fenomeno corruttivo. Ma, a ben vedere, ciò non sembra il compito proprio delle fattispecie di corruzione internazionale, non solo per via delle fondamenta di ordine storico e politico che sono alla base del processo di criminalizzazione, ma soprattutto perché da quella cornice di partenza non si registrano ancora mutamenti tali del contesto da rendere non più attuale la prospettiva iniziale.

In altre parole, il progressivo aumento del volume della corruzione internazionale, registrato in termini assoluti, non è solo l'indice del fallimento, ad oggi, delle politiche di contrasto adottate dai singoli paesi, e non si spiega unicamente con l'incremento delle transazioni commerciali di rilievo internazionale, bensì risulta evidentemente collegato anche all'emersione della cifra oscura. Ciò comporta che oggi, come all'epoca dell'introduzione del FCPA, vi è ancora la stessa necessità di combattere – se non più efficacemente di prima – la corruzione «imponente» che attiene alle grandi commesse internazionali e che, per sofisticazione dei mezzi, e disponibilità di risorse, consente alle imprese multinazionali di sfuggire alla sanzione degli ordinamenti nazionali.

In sintesi, l'ampliamento della fattispecie a fatti di corruzione avulsi

²¹⁶ La prospettiva iniziale delle disposizioni in materia di corruzione internazionale, come si è accennato sopra, concerne la corruzione relativa alla conduzione di affari di rilievo globale, avente perciò entità rilevante, sia in termini di entità del prezzo, sia in termini di entità del profitto della corruzione, e concernente principalmente le imprese multinazionali.

dal contesto commerciale internazionale rischia, non solo di snaturare i caratteri essenziali della disciplina originaria, ma in realtà anche di produrre un indebolimento generale della stessa, poiché il sistema non sarà più focalizzato sulle forme di manifestazione del fenomeno maggiormente lesive del bene giuridico, bensì avrà il compito di presidiare più beni giuridici diversi da una sfera assai più ampia di comportamenti, aventi un differente grado di offensività. Tale diversa prospettiva, non solo risulta non perfettamente coerente con il modello originario, ma altresì, pure essendo animata dalla volontà di rafforzare le politiche di contrasto alla corruzione, rischia di perdere pezzi importanti lungo il cammino, specie in un contesto caratterizzato da risorse limitate che, dunque, potrebbero risultare insufficienti.

Inoltre, tale nuovo modello sembra orientarsi più marcatamente verso la perseguibilità dei «corrottori internazionali» anziché verso la repressione della «corruzione internazionale». Il dolo specifico di matrice commerciale, difatti, seleziona i pagamenti illeciti che concernono commesse o affari di rilievo internazionale, mentre in assenza di tale precisazione, rientrano nella fattispecie tipo anche condotte a basso coefficiente di transnazionalità ed internazionalità, ad esempio la corruzione commessa dal privato in danno di una piccola amministrazione di uno Stato estero, a cavallo tra il paese di origine ed il paese del funzionario infedele. In contesti come questo, difetta invero la rilevanza internazionale della corruzione, e la tutela penale dei beni giuridici di riferimento potrebbe essere apprestata dalle disposizioni in materia di corruzione domestica.

L'impressione è, allora, che tale modello tenda ancora una volta alla repressione della corruzione domestica, sebbene commessa dal corruttore internazionale, anziché occuparsi della corruzione internazionale in senso proprio. Tale prospettiva è, peraltro, la stessa verso cui – come vedremo – rischia di deviare la prassi applicativa della disciplina statunitense, con la differenza che quest'ultima mantiene, almeno sino ad ora, l'obiettivo di sanzionare unicamente la «big corruption», di per sé largamente ascrivibile alla nozione di corruzione (di rilievo) internazionale.

L'analisi dell'elemento soggettivo delle fattispecie convenzionali consente di scorgere nitidamente l'esistenza di *due diversi modelli*, il primo focalizzato sulla corruzione internazionale in senso proprio, ossia collegata

alla conduzione di affari di rilevanza globale, il secondo – invece – onnicomprensivo e meno focalizzato sulla prospettiva di matrice statunitense. Ciascuna delle convenzioni afferenti ai due modelli, come si è visto, presenta delle peculiarità personalizzanti, ma in termini generali esse convergono verso un modello ben riconoscibile: è evidente la comune struttura della *Convenzione Ocse* e della *Convenzione Onu*; così come è riconoscibile l'identità unitaria della *Convenzione penale* e della *Convenzione Ue*.

I due modelli divergono su un punto essenziale, giacché la diversa descrizione del dolo specifico ne comporta un diverso ambito di applicazione, più esteso nel caso del modello di matrice europea, meno esteso ma probabilmente più efficace nel caso del modello di matrice multilaterale.

Le divergenze tra i due modelli, come si è visto, sono suscettibili di produrre effetti non solo in termini di trasposizione o recepimento delle fattispecie incriminatrici, ma soprattutto nella visione prospettica della lotta alla corruzione, e dunque dal punto di vista applicativo, esponendo in particolare il modello di matrice europea ad una eccessiva rarefazione della capacità punitiva.

L'elemento soggettivo, come si è detto, è senza dubbio un punto di divergenza cruciale tra i vari modelli proposti, ma non costituisce l'unico punto di cesura tra le convenzioni in commento, le quali divergono anche in relazione alla nozione di pubblico ufficiale, come si potrà notare nel paragrafo seguente, con non pochi effetti sul piano pratico e dell'applicazione delle disposizioni che alle stesse si ispirano.

3.5.5. La nozione di pubblico ufficiale straniero

La fattispecie di corruzione internazionale – classicamente intesa – si differenzia dalla corruzione domestica, anzitutto, per l'estraneità del pubblico agente rispetto all'ordinamento di provenienza del corruttore. La stessa costituisce una caratteristica imprescindibile per escludere il fatto dall'ambito di applicazione della corruzione nazionale. Non potrebbe parlarsi propriamente di corruzione internazionale, difatti, quando gli elementi di transnazionalità avessero a che vedere unicamente con le modalità od il luogo di commissione del fatto tipo, essendo invece sia il corruttore che il corrotto

appartenenti allo stesso ordinamento di origine. A norma della fattispecie, perciò, la corruzione deve concernere un pubblico ufficiale «straniero». Per tale motivo, la nozione di funzionario straniero assume una funzione attiva nella selezione dei comportamenti penalmente rilevanti.

La *Convenzione Ocse* fissa, in proposito, dei criteri molto ampi per descrivere la nozione di pubblico funzionario straniero, utilizzando due canoni alternativi, uno di carattere *formale*, che pone attenzione all'ufficio, uno di carattere *sostanziale*, che pone l'accento sulla funzione esercitata dal pubblico agente. L'Art. 1 del testo pattizio, infatti, dispone che per pubblico funzionario straniero, a norma della convenzione, debba intendersi «ogni persona che ricopre un ufficio legislativo, amministrativo o giudiziario, sia per nomina che per elezione», nonché «ogni persona che eserciti una funzione pubblica per un paese straniero, un ente pubblico o una impresa pubblica», includendovi, tra l'altro, anche «ogni ufficiale o agente di una organizzazione pubblica internazionale»⁽²¹⁷⁾.

La *Convenzione Ocse*, sul punto, mira a prevedere una nozione autonoma di pubblico agente, in base ai criteri dalla stessa enucleati, per impedire che la disciplina interna dei paesi aderenti, specie quelli più tolleranti rispetto a pratiche corruttive transnazionali, possa garantire margini di impunità, rendendo meno efficaci le disposizioni introdotte in osservanza degli impegni pattizi⁽²¹⁸⁾.

²¹⁷ V., sul punto, l'Art. 1, par. 4, lett. a) della *Convenzione Ocse*, il quale dispone che «for the purpose of this Convention: a) “foreign public official” means any person holding a legislative, administrative or judicial office of a foreign country, whether appointed or elected; any person exercising a public function for a foreign country, including for a public agency or public enterprise; and any official or agent of a public international organization».

²¹⁸ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 533 in cui l'A. osserva l'intento della *Convenzione Ocse* di fornire una nozione autonoma di pubblico ufficiale straniero, in modo da garantire un campo di applicazione alla fattispecie incriminatrice sufficientemente ampio da impedire che la disciplina dei paesi meno interessati alla lotta alla corruzione possano, con la propria normazione interna, preservare sacche di impunità in questo settore.

L'A. sottolinea, altresì, come la scelta della *Convenzione Ocse* garantisca ai paesi aderenti minori *standard* probatori, dal momento che il procedimento di applicazione della sanzione penale non sarà chiamato ad accertare la qualifica del percettore della corruzione in base alla disciplina di origine, bensì il giudice potrà valutarne le qualità in base ai criteri – peraltro ampi – del testo pattizio, per come recepiti nell'ordinamento interno. Sul punto, però, ritiene che, pur con tale impostazione, l'ordinamento non possa prescindere dalla *lex loci*, quantomeno con riguardo all'accertamento delle

La prospettiva della *Convenzione penale*, invece, risulta diametralmente opposta. Difatti, l'Art. 1 del testo pattizio dispone, anzitutto, che il termine «pubblico ufficiale» debba essere inteso dalle parti contraenti secondo la definizione che ne dà il diritto interno, ossia l'ordinamento dello Stato presso cui l'ufficiale esercita le sue funzioni, prevedendo così l'applicazione della *lex loci*. Inoltre, esso stabilisce che la condotta potrà essere perseguita all'estero soltanto laddove la *lex loci* del funzionario sia compatibile con la nozione di pubblico agente in vigore nello Stato procedente, così aggiungendo un ulteriore limite all'applicazione della sanzione ⁽²¹⁹⁾.

In base a quanto si è appena richiamato, risulta allora evidente che le due convenzioni internazionali si orientano verso modelli divergenti nella lotta alla corruzione internazionale e che, in particolare, la prospettiva della *Convenzione penale*, sul punto, appare assai meno ampia della prospettiva della *Convenzione Ocse*.

In proposito, tuttavia, va osservato, che la *Convenzione penale* non esime dalla criminalizzazione le condotte che non dovessero rientrare nell'ambito di applicazione della fattispecie più ampia, per via della nozione più restrittiva di pubblico ufficiale che la stessa fornisce, come si è sopra osservato. La *Convenzione penale*, difatti, tra gli obblighi di incriminazione contempla anche la corruzione tra privati, per cui ciò che esorbita dalla pubblica funzione può sempre rientrare nella fattispecie ancillare ⁽²²⁰⁾.

Va osservato, sul punto, che la fattispecie di corruzione tra privati, disegnata dalla convenzione del Consiglio d'Europa, risulta invero ancorata alla «violazione dei doveri d'ufficio», mentre la corruzione pubblica – nello

regole che «disciplinano lo svolgimento delle attività e i poteri appartenenti al soggetto».

In effetti, tale aspetto assume rilevanza cruciale nella determinazione delle qualità dei soggetti meno «istituzionalizzati» ed eventualmente coinvolti in una ipotesi di corruzione internazionale. La ricostruzione delle attività e dei poteri esercitati, al fine di valutarne la sussunzione nella nozione di funzione pubblica non può che essere ricostruita in base alla disciplina locale, che consente di comprendere quali sono i margini di azione del funzionario, specie in un modello convenzionale in cui sono esenti da obblighi di incriminazione quelle figure ancillari alla corruzione pubblica internazionale come il traffico di influenze illecite e la corruzione tra privati.

²¹⁹ V., sul punto, l'Art. 1, par. 1, lett. c) della *Convenzione penale*.

²²⁰ V., sul punto, l'Art. 7 della *Convenzione penale*.

stesso testo – riguarda genericamente «l’esercizio della funzione». L’ambito di applicazione della fattispecie privata risulta, perciò, assai più limitato rispetto alla fattispecie tipo della corruzione internazionale, prevista dalla *Convenzione Ocse*, che dunque appare il modello preferibile per una più efficace e meno difficoltosa applicazione della norma penale ⁽²²¹⁾.

La *Convenzione Ue* converge verso il modello della *Convenzione penale*. Difatti, l’Art. 1 del testo pattizio assegna particolare rilevanza alla *lex loci* del funzionario. Va osservato, tuttavia, che la convenzione detta due criteri differenti, a seconda che si tratti di un funzionario «comunitario» ovvero di un funzionario «nazionale». Nel primo caso, in particolare, sono previsti sia un criterio **formale**, basato sulla derivazione del contratto dallo «*Statuto dei funzionari delle Comunità europee*», sia un criterio **sostanziale**, basato sulle funzioni in concreto esercitate dal pubblico agente, laddove le stesse siano corrispondenti a quelle dei funzionari o altri agenti delle Comunità europee. Va osservato, però, che entrambi i criteri non convergono verso un modello autonomo di definizione del pubblico agente, giacché entrambi convergono verso la *lex loci*, che – in questo caso – è quella europea. Nel secondo caso, a norma della convenzione, un soggetto è considerato funzionario nazionale, in base a quanto stabilito dall’ordinamento in cui esercita le sue funzioni. Pertanto, anche in questo caso è rilevante l’ordinamento di appartenenza, non la nozione o i criteri definitori dettati dalla *Convenzione Ue*, in questo caso assenti ⁽²²²⁾.

Pertanto, come nel caso della *Convenzione penale*, la *Convenzione Ue* stabilisce che laddove il procedimento penale sia avviato da un altro Stato membro, la nozione di pubblico ufficiale dello stato estero si applica solo in quanto compatibile con la definizione interna, così ponendo un limite analogo all’applicazione della sanzione penale per la condotta corruttiva internazionale ⁽²²³⁾.

²²¹ Cfr., sul punto, gli Artt. 2, 5 e 7 della *Convenzione penale* e l’Art. 1, par. 4, lett. a) della *Convenzione Ocse*.

²²² V., sul punto, l’Art. 1, par. 1, lett. (a), lett. (b) e lett. (c) della *Convenzione Ue*.

²²³ V., sul punto, l’Art. 1, par. 2, della *Convenzione Ue*. Cfr. l’Art. 1, par. 1, lett. c) della *Convenzione penale*.

La *Convenzione Onu*, invece, converge verso il modello della *Convenzione Ocse*. L'Art. 1 del testo pattizio, infatti, dispone che nella nozione di pubblico ufficiale straniero rientra ogni persona che ricopre un ufficio legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario di un paese straniero se nominato o eletto, nonché ogni persona che esercita una funzione pubblica per un paese straniero, inclusi gli enti pubblici e le imprese pubbliche, come si può notare dalla tabella che segue ⁽²²⁴⁾.

Tabella 8. – *La nozione di pubblico funzionario straniero*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
autonoma	<i>Lex loci</i>	<i>Lex loci</i>	autonoma

Emergono, da quanto si è sopra osservato, due modelli a confronto, il primo ispirato alla logica della «autonomia», il secondo – invece – ancorato all'applicazione della *lex loci* nella determinazione dei confini della nozione del pubblico funzionario straniero.

In questo contesto, le due convenzioni di matrice extra-europea convergono verso un unico modello più severo ed efficiente nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale, con la differenza che, nell'ambito della *Convenzione Onu*, la repressione alle varie forme di corruzione si estende anche alla criminalizzazione delle condotte ancillari, quali ad esempio la corruzione tra privati ⁽²²⁵⁾.

La *Convenzione Onu*, sotto questo profilo, sembra perciò approntare una tutela ancor più efficiente al bene giuridico tutelato dalla fattispecie, giacché da un lato prevede fattispecie incriminatrici ausiliarie del reato principale, dall'altro estende l'ambito di applicazione di quest'ultimo, prevedendo una nozione autonoma di pubblico agente straniero e non richiedendo che la stessa sia disciplinata dalla legislazione nazionale, bensì

²²⁴ V., sul punto, l'Art. 1, par. 1, lett. (b), della *Convenzione Onu*. Cfr. l'Art. 1, par. 4, lett. a) della *Convenzione Ocse*.

²²⁵ V., sul punto, l'Art. 21 della *Convenzione Onu*.

richiedendo alla legislazione nazionale di adeguarsi alla convenzione.

In questo contesto, dunque, la *Convenzione Onu* sembra affermarsi come il modello più solido ed efficace nell'azione di contrasto alla lotta alla corruzione internazionale, ispirata alla *Convenzione Ocse* e «contaminata» da alcuni elementi di interesse contenuti nelle convenzioni di matrice europea, ed in particolare dalla *Convenzione penale*, da cui mutua la criminalizzazione di altre fattispecie penali «ancillari» rispetto al reato di corruzione internazionale, come si avrà modo di osservare nel prossimo paragrafo ⁽²²⁶⁾.

3.5.6. La codificazione di fattispecie incriminatrici ancillari

Le forme di manifestazione del fenomeno corruttivo, come si è sottolineato, sono oramai molteplici. Conseguentemente, le possibilità di catturare le più disparate fisionomie di mercimonio della funzione, attraverso una sola disposizione penale onnicomprensiva, risultano in effetti sempre più limitate.

La codificazione di ipotesi delittuose eccessivamente ampie, nel contempo, rischia di determinare un *vulnus* di precisione nelle fattispecie, motivo per il quale la codificazione di fattispecie incriminatrici ancillari risulta la direzione preferibile al fine di impedire che peculiarità e

²²⁶ V., sul punto, il par. 206 della *Legislative Guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*, cit. *supra* nota 166, p. 85 in cui si sottolinea che non sarebbe adeguato subordinare la configurabilità del reato di corruzione internazionale alla nozione «domestica» di pubblico agente, ed al contrario risulta adeguato che le legislazioni nazionali si conformino alla convenzione, su questo punto.

Nello stesso punto, la Guida osserva inoltre che l'Art. 16 della *Convenzione Onu* non richiede neppure, per la perseguibilità del fatto, che lo stesso costituisca reato ai sensi dell'ordinamento del pubblico ufficiale.

Tale impostazione conferma la consistenza delle disposizioni anticorruzione contenute nella *Convenzione Onu*, consolidate e maturate nel tempo, attraverso il lungo percorso di criminalizzazione della corruzione internazionale, di cui la convenzione può essere considerata il precipitato. La stessa, difatti, sembra prendere dai rispettivi modelli precedenti le soluzioni più efficaci, unificandole sotto un unico testo convenzionale di rilevanza ed adesione globale, rappresentando un vero e proprio modello dominante nella lotta alla corruzione internazionale.

sofisticazioni del fatto consentano l'impunità dell'agente.

In termini generali, in base a tali premesse, la scelta di prevedere un armamentario di disposizioni anticorruzione risulta perciò comprensibile in termini di politica criminale e di efficacia dell'azione di contrasto al fenomeno corruttivo. Occorre tuttavia verificare – per quel che rileva ai fini del presente scritto – se la frammentazione delle fattispecie contribuisca al rafforzamento della lotta alla corruzione internazionale, ovvero se finisca per indebolirla.

In questo contesto, si registrano modelli divergenti. È noto, anche per quanto si è sopra più volte osservato, che il modello della legge statunitense si concentra specificamente sulla repressione della corruzione internazionale. Del pari, la *Convenzione Ocse* che – più di tutti – ne recepisce l'architettura e l'ispirazione replica essenzialmente il suo contenuto, limitandosi a prevedere, oltre alla fattispecie di corruzione internazionale, una disposizione specifica che sanziona il riciclaggio dei proventi della stessa e una disposizione sulla corretta tenuta dei libri contabili, figure che costituiscono il momento antecedente e susseguente alla fattispecie tipo ⁽²²⁷⁾.

Va osservato che, in questo caso, non si tratta di vere e proprie figure ancillari, ossia fattispecie che si differenziano per specificazione, per aggiunta o per consunzione, ma piuttosto di figure delittuose che concorrono a presidiare gli stessi beni giuridici della fattispecie modello. In altre parole, si tratta di norme incriminatrici che possono concorrere alla qualificazione giuridica dei fatti di reato, e dunque non alternative alla fattispecie di corruzione internazionale.

Viceversa, tanto nella *Convenzione penale* quanto nella *Convenzione Onu*, alla fattispecie di corruzione internazionale si affiancano figure delittuose di vario tipo che concernono, ad esempio, la corruzione domestica, la corruzione tra privati, il traffico di influenze illecite, l'abuso d'ufficio e l'arricchimento illecito ⁽²²⁸⁾.

Tali figure, a ben vedere, non si concentrano intorno alla fattispecie di

²²⁷ V., sul punto, gli Artt. 7 e 8 della *Convenzione Ocse*.

²²⁸ V., sul punto, gli Artt. 2, 3, 4, 7, 8 e 12 della *Convenzione penale*, nonché gli Artt. 15, 18, 19, 20 e 21 della *Convenzione Onu*.

corruzione internazionale. Al contrario, esse risultano orientate a completare, anzitutto, la tutela penale nei confronti dei fenomeni di corruzione domestica. Nel quadro della *Convenzione penale* e della *Convenzione Onu*, difatti, la corruzione internazionale costituisce senz'altro una figura di primo piano e centrale, ma allo stesso tempo la sua criminalizzazione è considerata alla stregua se non conseguente alla corruzione nazionale. Essa stessa, in altre parole, appare ancillare alla fattispecie principale, relativa alla corruzione domestica.

Tale elemento risulta particolarmente evidente nella *Convenzione penale*, in cui – ad esempio – la fattispecie di corruzione internazionale è descritta con rinvio alla disposizione in materia di corruzione domestica ⁽²²⁹⁾. Nella *Convenzione Onu*, la fattispecie in commento ha, invece, un suo contenuto specifico che, peraltro, diverge dalla figura delittuosa in materia di corruzione domestica per l'elemento del dolo specifico di matrice economica e commerciale. Tuttavia, essa appare comunque una fattispecie di contorno che concorre, unitamente alle altre, alla repressione del fenomeno nelle sue molteplici forme di manifestazione ⁽²³⁰⁾.

La posizione ricoperta dalla fattispecie nel contesto convenzionale ha, invero, scarsa rilevanza in termini concreti, posto che – qualunque sia la loro collocazione – gli obblighi di incriminazione vanno adempiuti da parte dei paesi aderenti e, dunque, laddove la fattispecie sia stata adeguatamente strutturata, la presenza o meno di fattispecie incriminatrici ancillari non incide sul rafforzamento o indebolimento della tutela penale. Tuttavia, tale elemento non risulta privo di significato, sotto il profilo criminologico, giacché è indice sintomatico della centralità rivestita – ancora oggi – dalla repressione della corruzione domestica, in alcuni modelli convenzionali più che in altri.

²²⁹ V., sul punto, l'Art. 5 della *Convenzione penale*.

²³⁰ V., sul punto, l'Art. 16 della *Convenzione Onu*.

Tabella 9. – *La centralità della fattispecie internazionale*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
centrale	ancillare	ancillare	ancillare

Sul punto, va osservato che il modello verso cui converge la *Convenzione Ocse* attribuisce rilevanza, sul piano internazionale, alla corruzione del pubblico funzionario straniero, tralasciando invece la corruzione priva di tale elemento di transnazionalità. Viceversa, il modello verso cui convergono sia la *Convenzione penale* sia la *Convenzione Onu* sembra partire dal presupposto che la corruzione nazionale è, anzitutto, un affare internazionale.

Tale secondo aspetto esula dall'indagine del presente elaborato, ancorché le dimensioni del fenomeno, in termini assoluti, sembrano consolidare tale assioma. Ciò che invece occorre sottolineare in questa sede è che la centralità della corruzione domestica, nel modello convenzionale, limita l'applicazione delle fattispecie ancillari ai fatti avente carattere di transnazionalità.

Sul punto, va osservato che solo la *Convenzione penale* include, con riguardo alla sola fattispecie di traffico di influenze illecite, la perseguibilità di fatti di rilievo internazionale. L'Art. 12 della Convenzione, infatti, persegue chiunque promette, elargisce od offre, direttamente o indirettamente, un vantaggio indebito a chiunque affermi o si confermi avere la capacità di esercitare una impropria influenza sul processo decisionale tanto del pubblico funzionario nazionale, quanto del pubblico funzionario straniero, di un membro di una assemblea parlamentare straniera o internazionale, di un ufficiale di una organizzazione internazionale, di un giudice o un ufficiale di una corte internazionale ⁽²³¹⁾.

Di converso, la *Convenzione penale* tace sulla perseguibilità della corruzione tra privati avente carattere di transnazionalità. L'Art. 7 della

²³¹ V., sul punto, l'Art. 12 della *Convenzione penale*. Cfr. gli Artt. 5, 6, 9, 10 e 11 della *Convenzione penale*.

Convenzione, infatti, sanziona la violazione dei doveri del soggetto che opera per conto di un «ente privato», senza specificare che debbano intendersi ricomprese le società estere. Nel silenzio della disposizione, il mancato richiamo di elementi di transnazionalità, invece espressamente inclusi nella fattispecie di traffico di influenze illecite, porta ad escludere che la figura delittuosa di corruzione tra privati possa sanzionare la corruzione privata transnazionale. Ciò, va rimarcato, assume rilevanza ancor più significativa in un modello che, come si è visto, valorizza la *lex loci* nella nozione di pubblico funzionario straniero, così restringendo considerevolmente il campo di applicazione della fattispecie tipo.

Lo stesso può dirsi della *Convenzione Onu*, in cui risultano assenti elementi che depongano a favore di una estensione delle fattispecie di reato a fatti di carattere transnazionale, questa volta, non solo in relazione alla figura delittuosa di corruzione tra privati, descritta in maniera del tutto analoga alla *Convenzione penale*, ma anche alla fattispecie di traffico di influenze illecite ⁽²³²⁾.

L'esclusione del traffico di influenze assume anch'essa portata significativa, se si considera che una delle principali differenze dal modello statunitense, sopra sottolineata, è proprio l'esclusione, dalla fattispecie modello, della perseguibilità della dazione al soggetto terzo, nella convinzione che almeno in parte il denaro verrà destinato al pubblico agente. Entrambe le forme di influenza del funzionario straniero risultano perciò sprovviste di sanzione penale.

In ultima analisi, quindi, la frammentazione delle fattispecie, non adeguatamente accompagnata dall'applicabilità delle stesse, laddove compatibili, anche ai fatti di carattere transnazionale, rischia di confinare il reato di corruzione internazionale ai margini della lotta alla corruzione, benché la stessa si caratterizzi, ormai sempre con maggiore rilevanza, di elementi di transnazionalità.

In questo ambito, l'unica convenzione che converge verso un modello maggiormente efficiente risulta essere, come si è visto, la *Convenzione penale*, come rimarcato dallo schema seguente.

²³² V., sul punto, gli Artt. 18 e 21 della *Convenzione Onu*.

Tabella 10. – *La frammentazione delle fattispecie*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
fattispecie ancillari assenti	fattispecie ancillari «rafforzano» l'azione di contrasto	fattispecie ancillari assenti	fattispecie ancillari «non rafforzano» l'azione di contrasto

La mancanza di fattispecie alternative che concorrano a presidiare gli stessi beni giuridici può essere considerata, al più, un dato neutro, suscettibile semmai di porre in luce alcune lacune nel processo di criminalizzazione.

La presenza di fattispecie ancillari prive di rilevanza nel contesto della lotta alla corruzione internazionale, come nel caso della *Convenzione Onu*, invece, non contribuisce a rafforzarne l'azione di contrasto. Al contrario, la frammentazione delle fattispecie risulta un elemento che indebolisce l'efficienza del modello convenzionale, giacché pone in luce una diversa severità nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale, rispetto alla corruzione domestica.

Per tale motivo, tra le scelte convenzionali, quella operata dalla *Convenzione Onu* appare la meno opportuna e, senz'altro, la più problematica.

Tra le peculiarità comuni alle convenzioni sopra menzionate vi è, invece, la responsabilità delle persone giuridiche, vero punto nevralgico della lotta alla corruzione internazionale nell'impresa multinazionale, come si vedrà nel seguente paragrafo.

3.5.7. *La responsabilità delle persone giuridiche*

La corruzione internazionale ha raggiunto, negli ultimi decenni, una dimensione macroscopica, in termini di valori assoluti, ed a tratti sconvolgente. Il dato, da un lato influenzato dall'emersione della cifra oscura, non può non risultare collegato alla crescita degli scambi economici tra i paesi ed alla globalizzazione delle imprese commerciali che hanno assunto la forma multinazionale. In questo contesto, la lotta alla «big corruption» risulta imprescindibilmente collegata alla responsabilità delle

persone giuridiche, dal momento che – come risultò evidente già dagli scandali dell'epoca *Watergate* – è per lo più attraverso e per causa dell'attività estera dell'impresa multinazionale che le condotte corruttive vengono perpetrate.

Le Convenzioni in commento, ciascuna con differenti peculiarità, recepiscono questa prospettiva, impegnando i paesi contraenti a prevedere la responsabilità delle imprese, per le condotte corruttive.

La *Convenzione Ocse*, ad esempio, sulla scia della legge statunitense, impegna formalmente i paesi aderenti ad assumere le misure necessarie, in conformità al diritto interno, per prevedere la responsabilità degli enti per la corruzione dei pubblici funzionari stranieri ⁽²³³⁾.

L'Art. 2 della Convenzione non stabilisce il tipo di responsabilità da imputare all'ente, se penale o di altra natura – ad esempio, civile o amministrativa – , lasciando così libere di agire le parti contraenti, in base al principio di equivalenza, e cioè richiamandole ad introdurre misure che siano, in ogni caso, «effettive, proporzionate e dissuasive» ⁽²³⁴⁾.

A differenza del testo statunitense, il testo pattizio, inoltre, non illustra le caratteristiche del modello di responsabilità da introdurre negli ordinamenti nazionali. Esso, precisamente, non stabilisce se la struttura della responsabilità concepita dalla *Convenzione Ocse* debba seguire:

- a) il modello statunitense della *vicarious liability* (denominata anche *respondeat superior*), sviluppatasi a partire dal diritto civile, che non consente alla persona giuridica di essere esonerata da responsabilità, quant'anche abbia approntato un adeguato livello di prevenzione, ma semmai di ricevere per questo motivo una diminuzione delle sanzioni ⁽²³⁵⁾;

²³³ V., sul punto, l'Art. 2 della *Convenzione Ocse*.

²³⁴ V., sul punto, l'Art. 3, par. 1 e par. 2, della *Convenzione Ocse*.

²³⁵ V., sul punto, *ex multis* COFFEE, *Corporate criminal liability: an introduction and comparative survey*, in ESER, HEINE, HUBER, (edited by), *Criminal Responsibility of legal and collective entities*, Freiburg i. Br., 1999, p. 14; DiMENTO, GEIS, *Corporate criminal liability in United States*, in TULLY (Edited by), *Research handbook on corporate legal responsibility*, Cheltenham (UK)/Northampton (US), 2005, p. 159; NANDA, *Corporate Criminal liability in the United States: is a new approach warranted?*, in PIETH, IVORY (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht / Heidelberg / London / New York, 2011,

- b) ovvero, il modello inglese della *identification theory*, denominato anche *alter ego*, per cui essendovi immedesimazione tra la persona fisica che commette il delitto (considerata il braccio) e la società che ne beneficia (considerata la mente), la condotta viene automaticamente attribuita all'ente (modello, di recente, mitigato dalla possibilità di discolpa per l'ente che ha approntato adeguati livelli di prevenzione anticorruzione)⁽²³⁶⁾;
- c) il modello più recente della colpa da organizzazione (*deficiency of the company*), che consente l'attribuzione della responsabilità all'ente che espressamente, tacitamente o implicitamente ha autorizzato o permesso condotte di reato, estendendo la responsabilità anche alle ipotesi di negligenza, e così stimolando una moderna cultura di compliance e di rispetto delle norme penali⁽²³⁷⁾.

Al contrario, nel contesto della *Convenzione Ocse*, stante la formula assolutamente neutra impiegata nel testo pattizio, tutti gli approcci possibili risultano invero accettabili, purché raggiungano l'obiettivo di sanzionare

p. 63. In senso critico, con riguardo all'applicazione di tale teoria, nel caso del FCPA, v. LOW, *The global legal framework: The OECD, OAS and Council of Europe antibribery Conventions: new international standards and national anti-corruption laws: challenges for effective implementation and enforcement*, paper inedito, predisposto per una Conferenza di Parigi, 2003, p. 144; PARKER, *Doctrine for destruction: the case of corporate criminal liability*, 17 *Managerial and Decision Economics*, p. 381.

²³⁶ V., sul punto, *ex multis* STARK, *Corporate Criminal liability in Scotland: the problems with a piecemeal approach*, in PIETH, IVORY (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011, p. 117; WELLS, *Corporations and criminal responsibility*, 2d ed., Oxford, 2001, p. 93; PIETH, IVORY, *Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview*, in PIETH, IVORY (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht / Heidelberg / London / New York, 2011, p. 4.

Fondamentale, sul punto, il riferimento al caso *Tesco*, in *Tesco Supermarket, Ltd v. Nattrass*, 1972 A.C. 153, in cui viene elaborata, in termini precisi, la teoria «*directing mind*» alla base del modello di imputazione della responsabilità dell'ente per il fatto commesso materialmente da un suo agente.

²³⁷ V., sul punto, *ex multis* BEALE, *A response to the critics of corporate criminal liability*, 46 *American Criminal Law Review*, 2009, p. 1481; MAYS, *Towards corporate fault as the basis of criminal liability of corporations*, in *Mountbatten Journal of Legal Studies*, 1998, 2 (2), p. 31.

efficacemente la condotta corruttiva ⁽²³⁸⁾.

La *Convenzione penale*, invece, disciplina in modo più specifico i tratti della responsabilità dell'ente cui i paesi aderenti sono chiamati a conformarsi. L'Art. 18 del testo pattizio, infatti, stabilisce che negli ordinamenti nazionali vengano adottate misure che prevedano la responsabilità della persona giuridica per le condotte di «corruzione attiva» – intendendovi, con tale espressione, anche la corruzione attiva internazionale – commesse nell'interesse dell'ente, da soggetti in posizione apicale che abbiano i poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo. In secondo luogo, lo stesso articolo dispone altresì che la responsabilità per il fatto di corruzione possa essere attribuita all'ente anche nel caso in cui un difetto di supervisione o controllo nei confronti dei soggetti sottoposti, da parte dei predetti soggetti in posizione apicale, abbia consentito la perpetrazione della condotta, a vantaggio dell'ente ⁽²³⁹⁾.

Su queste premesse, la scelta della *Convenzione penale* risulta distante da una forma di responsabilità «autonoma» per colpa da organizzazione, incentrandosi invero sulla imputazione all'ente del fatto commesso dai soggetti in posizione apicale, ovvero dai loro sottoposti in mancanza di adeguata supervisione. Il modello di riferimento della Convenzione appare, perciò, improntato all'identificazione del soggetto apicale con l'ente.

La Convenzione, inoltre, come nel caso della *Convenzione Ocse*, non disciplina il tipo di responsabilità, ammettendo che le sanzioni possano essere di natura penale o non penale, purché siano incluse delle «sanzioni pecuniarie» e che si tratti di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» ⁽²⁴⁰⁾.

Nel contesto della normativa dell'Unione, la *Convenzione Ue*, invero,

²³⁸ V., sul punto, PIETH, *Article 2 – The responsibility of legal person*, in PIETH, LOW, BONUCCI, *The OECD Convention on bribery, a commentary*, cit. *supra* nota 14, p. 225 in cui l'A. ricostruisce sommariamente le differenze peculiari dei diversi modelli di responsabilità dell'ente emersi, nel corso del tempo, nel panorama globale.

²³⁹ V., sul punto, l'Art. 18, par. 1 e par. 2, della *Convenzione penale*. Lo stesso articolo, al par. 3, specifica che la responsabilità dell'ente per la condotta dei soggetti apicali, ovvero dei sottoposti per difetto di controllo, risulta indipendente dalle responsabilità delle persone fisiche direttamente coinvolte, anche a titolo di istigazione o concorso.

²⁴⁰ V., sul punto, l'Art. 19, par. 2, della *Convenzione penale*.

non contempla una disciplina concernente la responsabilità dell'ente. Essa, infatti, stabilisce unicamente un obbligo per le parti contraenti di prevedere che, secondo le disposizioni interne, i soggetti in posizione apicale di una persona giuridica possano essere chiamati a rispondere del fatto commesso dai propri sottoposti, nell'interesse dell'ente ⁽²⁴¹⁾.

La responsabilità dell'ente trova, invece, disciplina nel già citato secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee ⁽²⁴²⁾. L'Art. 3 del Protocollo, infatti, obbliga ciascun paese membro a prevedere la responsabilità dell'ente per la corruzione attiva commessa a beneficio dello stesso, da qualunque soggetto riversa una posizione apicale in seno alla persona giuridica, avente poteri di rappresentanza, decisionali o di controllo, ovvero quando la sorveglianza od il controllo di tali soggetti abbia consentito la perpetrazione della condotta illecita di un sottoposto ⁽²⁴³⁾.

Il Protocollo, come si è visto per la *Convenzione Ocse* e la *Convenzione penale*, non stabilisce il tipo di responsabilità, e cioè se debba trattarsi di una responsabilità penale od altro tipo, limitandosi ad affermare la necessità di prevedere sanzioni pecuniarie «effettive, proporzionate e dissuasive» ⁽²⁴⁴⁾.

Va poi osservato che, diversamente dagli altri modelli sopra menzionati, il Protocollo specifica che, unitamente alle sanzioni pecuniarie,

²⁴¹ V., sul punto, l'Art. 6 della *Convenzione Ue*.

²⁴² V., sul punto, il secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, cit. *supra* nota 156.

²⁴³ V., sul punto, l'Art. 3 del secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee. L'Art. 1, par. 1, lett. d) del medesimo Protocollo stabilisce che per «persona giuridica» debba intendersi qualsiasi entità che sia tale in forza del diritto nazionale, esclusi gli Stati, le istituzioni pubbliche nell'esercizio di pubblici poteri e le organizzazioni internazionali.

La disciplina contenuta nel citato Art. 3 è speculare a quella dettata dall'Art. 5 della Decisione quadro 2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, cit. *supra* nota 160, il quale stabilisce parimenti un obbligo per i paesi membri di prevedere la responsabilità delle persone giuridiche per i fatti di corruzione tra privati.

²⁴⁴ V., sul punto, l'Art. 4 del secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in cui si prevede che le sanzioni potranno essere sia di natura «penale» che «amministrativa».

gli Stati potranno prevedere sanzioni ulteriori come l'esclusione dal godimento di vantaggi o aiuti pubblici; divieti temporanei o permanenti di esercitare una attività commerciale; l'assoggettamento alla sorveglianza giudiziaria; lo scioglimento giudiziario dell'ente. Va sottolineato come, in questo senso, il Protocollo descriva misure suscettibili di avere particolare efficacia deterrente, e dunque particolarmente dissuasive, specie se previste congiuntamente alla sanzione pecuniaria ⁽²⁴⁵⁾.

Il campo di applicazione di tali disposizioni, tuttavia, risulta di per sé limitato alla «tutela degli interessi finanziari dell'unione», cui si rivolgono le disposizioni della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del primo e del secondo Protocollo. Pertanto, la responsabilità dell'ente – in questo caso – appare confinata alla sola corruzione domestica, ovvero intra-comunitaria, anche transnazionale, che sia però suscettibile di ledere gli interessi dell'Unione, con ciò escludendo non solo la corruzione internazionale interna all'Unione priva di tale requisito, e lesiva degli interessi economici e di mercato, ma altresì la corruzione del funzionario extra-europeo *tout court* ⁽²⁴⁶⁾.

Tale secondo aspetto è stato, invero, mitigato dalla recente Direttiva PIF cui si è sopra fatto cenno, la quale prevede l'obbligo per gli Stati membri di prevedere fattispecie incriminatrici per la corruzione di pubblici ufficiali anche extra-europei, laddove idonea a ledere gli interessi finanziari dell'Unione, prevedendo altresì che per tali fatti possa essere dichiarata responsabile la persona giuridica a vantaggio della quale è stata posta in

²⁴⁵ V., sul punto, l'Art. 4, par. 1, lett. da a) a d) del secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

²⁴⁶ V., sul punto, l'Art. 3, della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, il quale obbliga gli Stati membri a prevedere la responsabilità penale per i dirigenti delle imprese, ossia i soggetti che esercitano i poteri di decisione e controllo all'interno di un'impresa, per gli atti di frode commessi da una persona soggetta alla loro autorità, in danno «degli interessi finanziari» dell'Unione; l'Art. 3 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, il quale obbliga gli Stati a prevedere la responsabilità penale per la corruzione del funzionario «nazionale» o «comunitario» che leda o possa ledere «gli interessi finanziari» dell'Unione; l'Art. 1, par. 1, lett. c) del secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, il quale rinvia all'Art. 3 del primo Protocollo per la nozione di corruzione attiva rilevante per la costruzione della responsabilità dell'ente, a norma dell'Art. 3 del secondo Protocollo.

essere la condotta, sul modello sopra esposto ⁽²⁴⁷⁾.

Tali disposizioni rimangono, tuttavia, confinate alla sola corruzione lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, per cui non può parlarsi di un vero e proprio modello di responsabilità dell'ente per condotte di corruzione internazionale, commesse a vantaggio della persona giuridica, dal momento che le stesse assumono rilevanza solo laddove vi sia una lesione effettiva o potenziale dell'interesse finanziario protetto. La struttura della responsabilità, ad ogni modo, appare analoga a quella individuata nella *Convenzione penale*, in cui si imputa all'ente un comportamento attivo del soggetto che ricopre funzioni apicali, ovvero il difetto di controllo sui soggetti sottoposti.

La visione recepita nella *Convenzione Onu* risulta, invece, diversa e maggiormente vicina alla disciplina contenuta nella *Convenzione Ocse*. L'Art. 26 della *Convenzione Onu*, infatti, impegna gli Stati a stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per la partecipazione nelle condotte delittuose stabilite a norma del testo pattizio, e con esse – pertanto – anche la corruzione internazionale, senza tuttavia disciplinare analiticamente la struttura della responsabilità, se debba cioè trattarsi dell'imputazione di un fatto commesso da soggetti in posizione apicale, da soggetti che agiscono come mano della società, ovvero per colpa da organizzazione ⁽²⁴⁸⁾.

Il testo, inoltre, non prevede la tipologia della responsabilità dell'ente che gli Stati sono chiamati ad introdurre, stabilendo al contrario che la stessa potrà essere di natura «penale, civile o amministrativa», a discrezione dei

²⁴⁷ V., sul punto, l'Art. 4, par. 2, lett. a) e lett. b) della Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, in cui si prevede l'obbligo di criminalizzare la corruzione attiva e passiva che lede gli interessi finanziari dell'Unione. V., sul punto, anche l'Art. 4, par. 4, della stessa Direttiva, che include espressamente i funzionari dei paesi terzi nel novero dei soggetti considerati dall'obbligo di incriminazione. V., sul punto, infine, il successivo Art. 6, in cui si prevede l'obbligo per gli Stati membri di introdurre una disciplina della responsabilità dell'ente che comprenda tali fatti, laddove commessi da un soggetto in posizione apicale che abbia poteri di rappresentanza, decisione o controllo, ovvero da soggetti subordinati, nel caso in cui la mancata sorveglianza o il mancato controllo dei soggetti in posizione apicale abbia reso possibile la perpetrazione del reato, analogamente a quanto disposto dall'Art. 3 del secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

²⁴⁸ V., sul punto, l'Art. 26, par. 1, della *Convenzione Onu*.

paesi contraenti, secondo i principi di diritto interno ⁽²⁴⁹⁾.

La scelta di non tipizzare la struttura ed il tipo di responsabilità, evidentemente, risponde all'esigenza di prevedere disposizioni ampie che possano essere recepite dalle parti contraenti senza conflitto con i rispettivi ordinamenti, tenuto conto del numero e della diversità dei sistemi giuridici che a tali disposizioni debbono conformarsi ⁽²⁵⁰⁾. Ciò che invero conta, come nel contesto della *Convenzione Ocse*, è che le norme sulla responsabilità della persona giuridica non devono pregiudicare la responsabilità penale degli autori della corruzione, ed inoltre devono assicurare l'applicazione di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» ⁽²⁵¹⁾.

In questo contesto, emergono perciò due differenti modelli di responsabilità dell'ente. Il primo, chiaramente identificabile nella *Convenzione Ocse* e nella *Convenzione Onu* che impegna gli Stati a prevedere sanzioni efficaci, senza offrire un modello di struttura a cui uniformarsi. Il secondo, anch'esso chiaramente identificabile nella *Convenzione penale* – e ricalcato nel secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, nonché nella Direttiva PIF – che, invece, inquadra la responsabilità della persona giuridica, per lo più, come imputazione all'ente della condotta commissiva od omissiva dei soggetti in posizione apicale, come si può scorgere anche dalla tabella seguente.

Tabella 11. – *La responsabilità delle persone giuridiche*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
-------------------------	---------------------------	-----------------------	------------------------

²⁴⁹ V., sul punto, l'Art. 26, par. 2, della *Convenzione Onu*.

²⁵⁰ V., sul punto, BORLINI, *Art. 26: Liability of Legal Person*, in ROSE, KUBICIEL, LANDWEHR (edited by), *The United Nations on convention against corruption*, Oxford University Press, 2019, p. 277 in cui l'A. sottolinea come la diffusione ampia della Convenzione, per numero dei paesi aderenti, abbia contribuito alla scelta – durante i negoziati – di una formula altrettanto ampia, che potesse essere recepita senza particolari contrasti dai vari ordinamenti nazionali in cui, per la verità, nell'ambito della disciplina della responsabilità degli enti si registrano approcci anche considerevolmente differenti.

²⁵¹ V., sul punto, l'Art. 26, par. 3 e par. 4, della *Convenzione Onu*.

previsione ampia su tipo e struttura della responsabilità	previsione ampia su tipo della responsabilità	nessuna previsione	previsione ampia su tipo e struttura della responsabilità
	previsione stringente su struttura della responsabilità		

La scelta senz'altro più efficace, trattandosi di un modello convenzionale che deve trovare recepimento in ordinamenti diversi, risulta quella concepita ed inclusa nella *Convenzione Ocse* e nella *Convenzione Onu*: la formula ampia utilizzata dalle due convenzioni consente di garantire agli Stati un buon margine di azione per introdurre discipline interne in osservanza degli obblighi internazionali, senza discrasie con i principi interni dell'ordinamento. Il testo della *Convenzione penale*, invece, prediligendo un modello definito, basato essenzialmente sulla imputazione all'ente della responsabilità per fatti commessi dai vertici della società, rischia di limitare oltremodo le caratteristiche della responsabilità della persona giuridica, peraltro in una direzione disincentivante verso l'adozione e l'osservanza di adeguati sistemi di organizzazione, gestione e controllo ⁽²⁵²⁾.

3.5.8. Il legal framework emergente dai modelli convenzionali

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale è stato scandito, come si è osservato, dagli strumenti di cooperazione internazionale, e precisamente dalle convenzioni in materia che le varie organizzazioni hanno adottato nel corso del tempo, ciascuna con peculiarità proprie esposte nei paragrafi precedenti. In questo paragrafo si cercherà di individuarne i caratteri essenziali comuni, in modo da ricostruire il legal framework entro cui le disposizioni nazionali sono state implementate, così indagando le

²⁵² V., sul punto, FORTUNATO, *Misure di c.d. enforcement e disegno dei modelli aziendali di prevenzione della corruzione: esperienze estere a confronto*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 57.

cause del difetto di efficacia delle stesse.

Nella ricostruzione degli aspetti caratterizzanti, sono emersi precisamente due modelli di riferimento, il primo essenzialmente ancorato sul contenuto della *Convenzione Ocse*, il secondo pressoché circoscritto alle disposizioni della *Convenzione penale*, come si può notare dalla tabella seguente (e dall'enfasi aggiunta per evidenziarne gli aspetti comuni e le divergenze).

Tabella 12. – *I modelli a confronto: il legal framework*

<i>Convenzione Ocse</i>	<i>Convenzione penale</i>	<i>Convenzione UE</i>	<i>Convenzione Onu</i>
fattispecie «monosoggettiva»	fattispecie «plurisoggettiva»	fattispecie «monosoggettiva»	fattispecie «monosoggettiva»
corruzione attiva	corruzione attiva corruzione passiva	corruzione attiva corruzione passiva limitate ad agenti Ue o affidatari di decisioni che incidono sugli interessi Ue	corruzione attiva corruzione passiva «facoltativa»
condotta a forma libera con oggetto qualificato	condotta a forma libera con oggetto qualificato	condotta a forma libera (non contempla l'offerta) con oggetto non qualificato	condotta a forma libera con oggetto qualificato
comportamento commissivo od omissivo tutela non limitata alla funzione, bensì estesa ai doveri d'ufficio, ed ai fatti collegati	comportamento commissivo od omissivo tutela strettamente limitata alla funzione	comportamento commissivo od omissivo tutela non limitata alla funzione, bensì estesa ad una parte doveri d'ufficio	comportamento commissivo od omissivo tutela non limitata alla funzione, bensì estesa ai doveri d'ufficio
irrilevanza dell'accettazione e dell'accordo	irrilevanza dell'accettazione e dell'accordo	irrilevanza dell'accettazione e dell'accordo	irrilevanza dell'accettazione e dell'accordo
business corruption	-	-	business corruption
definizione autonoma di pubblico agente	<i>Lex loci</i>	<i>Lex loci</i>	definizione autonoma di pubblico agente
fattispecie centrale	ancillare	ancillare	ancillare
fattispecie ancillari assenti	fattispecie ancillari «rafforzano» l'azione di	fattispecie ancillari assenti	fattispecie ancillari «non rafforzano» l'azione

	contrasto		di contrasto
previsione ampia sul tipo di responsabilità	previsione ampia sul tipo di responsabilità	nessuna previsione	previsione ampia sul tipo di responsabilità
previsione ampia sulla struttura della responsabilità	previsione stringente su struttura della responsabilità		previsione ampia sulla struttura della responsabilità

La tabella sottolinea un nucleo di caratteristiche comuni che costituiscono l'intelaiatura del *legal framework* in materia di corruzione internazionale.

Si tratta, precisamente, dei seguenti aspetti:

- a) la perseguibilità della corruzione attiva internazionale;
- b) la costruzione di una condotta a forma libera concernente la promessa e la dazione ⁽²⁵³⁾;
- c) l'inserimento del comportamento del pubblico agente nell'elemento soggettivo, anziché tra gli elementi costitutivi;
- d) l'irrilevanza, ai fini della configurabilità della fattispecie, dell'accettazione del pubblico agente o dell'accordo con quest'ultimo, con riguardo alla corruttela;
- e) l'introduzione della responsabilità penale, civile o amministrativa dell'ente, per i fatti di corruzione internazionale ⁽²⁵⁴⁾.

Tali cinque elementi costituiscono i tasselli inderogabili del modello di contrasto alla corruzione internazionale. Sul punto, va particolarmente evidenziato che assume carattere centrale – come si scorge da quanto si è

²⁵³ La *Convenzione Ocse*, la *Convenzione penale* ed infine la *Convenzione Onu* contemplano anche l'offerta, invero esclusa dalla sola *Convenzione Ue*.

²⁵⁴ La tabella non riporta alcuna previsione in materia di responsabilità dell'ente nella colonna relativa alla *Convenzione Ue giacché la disciplina della responsabilità della persona giuridica è invero affrontata dal* secondo Protocollo addizionale alla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, di cui si è sopra discusso.

In tema di confisca, nel panorama della tutela multilivello, v. PISTORELLI, *La confisca dei proventi della corruzione nelle convenzioni internazionali e nel diritto dell'Unione*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 189.

sino ad ora osservato – l’esclusione dei comportamenti esteriori assunti dal pubblico agente, sia nei confronti del corruttore (ad es. l’accettazione), sia nei confronti dell’amministrazione cui appartiene (ad es. l’adozione di un atto), ai fini della perseguibilità della condotta attiva. Assume rilevanza cruciale, in proposito, l’esclusione dell’accordo dagli elementi costitutivi della fattispecie tipo, giacché consente di anticipare la tutela ad un momento nel quale il comportamento attivo dell’agente ha esplicito tutta la sua offensività potenziale, configurando perciò la struttura dell’illecito come reato di pericolo.

I modelli, tuttavia, divergono con riguardo ad elementi di altrettanta rilevanza, nella individuazione di un *legal framework* in materia di corruzione internazionale.

Si tratta, in particolare, dei seguenti aspetti:

- f) la perseguibilità della corruzione passiva internazionale ⁽²⁵⁵⁾;
- g) l’estensione della tutela oltre i limiti della funzione, per ricomprendervi i doveri d’ufficio in generale ⁽²⁵⁶⁾;
- h) la rilevanza della corruzione priva di matrice commerciale ⁽²⁵⁷⁾;
- i) l’autonomia della nozione di pubblico agente ⁽²⁵⁸⁾;
- j) la centralità della fattispecie di corruzione internazionale, nell’ambito dell’azione di contrasto approntata dal modello ⁽²⁵⁹⁾;

²⁵⁵ La perseguibilità della corruzione passiva internazionale è esclusa nella *Convenzione Ocse* ed è meramente a discrezione dei paesi aderenti nel contesto della *Convenzione Onu*. Essa, invece, costituisce uno specifico obbligo di incriminazione nella *Convenzione penale* che, come si è visto aggiunge una matrice pubblicistica a quella economicista delle altre due convenzioni.

²⁵⁶ La *Convenzione Ocse*, sotto questo profilo, mira ad estendere quanto più possibile la tutela penale approntata dalla fattispecie, non limitando – come nel caso della *Convenzione penale* – la rilevanza della condotta auspicata al solo collegamento con la funzione del pubblico agente, così escludendo *in re ipsa* un collegamento finalistico con atti e comportamenti che esulano dalla funzione.

²⁵⁷ La *Convenzione penale* e la *Convenzione Ue* non concentrano la repressione della corruzione internazionale ai soli fatti aventi rilievo commerciale, in danno della concorrenza e del mercato internazionali.

²⁵⁸ La *Convenzione penale* e la *Convenzione Ue* non propendono verso una nozione autonoma di pubblico funzionario, con ciò limitando considerevolmente il campo di applicazione della fattispecie di corruzione internazionale.

²⁵⁹ La presenza di un nucleo di disposizioni relative a fattispecie ancillari, come si è visto,

- k) la struttura della responsabilità della persona giuridica, se di matrice oggettiva, ovvero per «colpa da organizzazione» ⁽²⁶⁰⁾.

Va osservato, in proposito, che il modello della *Convenzione Ocse* appare quello maggiormente indirizzato verso una più efficace repressione della corruzione internazionale, su cui concentra in modo puntuale l'attenzione, attribuendo rilevanza specificamente alla corruzione di matrice economica e commerciale, finalizzata all'adozione di qualunque comportamento correlato alla conduzione degli affari, ed in cui la fattispecie assurge a elemento centrale del modello.

Su tale modello, in particolare, convergono pressoché tutte le altre convenzioni, con riguardo a due ulteriori aspetti:

- l) la fisionomia monosoggettiva della fattispecie ⁽²⁶¹⁾;
m) la qualificazione del vantaggio rivolto al pubblico agente ⁽²⁶²⁾.

Tali aspetti contribuiscono a garantire maggiore efficacia nella individuazione e repressione dei comportamenti offensivi. Difatti, la struttura monosoggettiva della fattispecie contribuisce ad escludere che eventuali aspetti concernenti la figura del pubblico agente possano limitare l'applicazione della sanzione al corruttore, mentre, la qualificazione del

non rappresenta necessariamente un incremento di tutela per i beni giuridici protetti dalla fattispecie di corruzione internazionale, dal momento che essa può distogliere l'attenzione dello strumento verso una molteplicità di interessi, tutti egualmente rilevanti, da perseguire simultaneamente, a parità di risorse pubbliche (e private) a disposizione.

²⁶⁰ La *Convenzione Ocse* e la *Convenzione Onu*, trattandosi di testi destinati ad essere recepiti da un maggior numero di ordinamenti nazionali, hanno adottato formule più ampie con riguardo alla disciplina relativa alla responsabilità dell'ente. Ciò, se da un lato appare preferibile giacché garantisce maggiore capacità di recepimento, dall'altro può risultare scarsamente incisivo sul livello di *enforcement* della disciplina interna. Proprio la mancanza di linee generali presenti negli strumenti internazionali ha consentito la permanenza di modelli divergenti. Di converso, la scelta operata dalla *Convenzione penale* rischia di risultare eccessivamente rigida in un contesto normativo in costante evoluzione.

²⁶¹ La *Convenzione penale*, diversamente dalle altre, sembra strutturare le fattispecie attiva e passiva come speculari e convergenti verso un unico fatto di reato, così in quadrando la fattispecie come plurisoggettiva, prevedendone altresì la perseguibilità di entrambi i soggetti coinvolti.

²⁶² Ad eccezione della *Convenzione Ue*, gli altri testi pattizi qualificano il vantaggio elargito, promesso od offerto al pubblico agente straniero come «indebito».

vantaggio come «indebito» contribuisce a selezionare i soli comportamenti idonei ad offendere significativamente il bene giuridico protetto dalla fattispecie, senza ricomprendervi comportamenti che non risultano formalmente vietati al pubblico agente, e di riflesso all'operatore economico internazionale.

L'ordinamento italiano recepisce solo in parte gli indirizzi più efficaci forniti dal *legal framework* internazionale, e sopra richiamati. Perciò, le ragioni dell'insoddisfacente livello di *enforcement* della disciplina italiana possono, in una certa misura, essere rintracciate nel difetto di implementazione delle disposizioni interne, rispetto ai canoni contenuti nelle convenzioni internazionali, come si vedrà nel paragrafo seguente.

4. IL RECEPIMENTO DEI MODELLI CONVENZIONALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Il lungo percorso del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale ha interessato gli Stati, dapprima, sul piano della cooperazione e, in seguito, sul piano del recepimento degli obblighi assunti in sede sovranazionale ⁽²⁶³⁾.

L'Italia ha dato esecuzione agli impegni pattizi con più leggi di recepimento puntuali, ed in momenti diversi, senza perciò preferire un intervento organico sull'intera disciplina, ancorché le convenzioni internazionali in materia siano, in gran parte, coeve ⁽²⁶⁴⁾.

²⁶³ V., sul punto, MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, cit. *supra* nota 46, p. 1 ss.; ID., *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, ibidem, 9 ottobre 2014, p. 1 ss. (disponibile su: penalecontemporaneo.it – ultimo accesso 8/10/2020). V., anche, TORRES-FOWLER, *Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration*, 52 Va. J. Int'l L. 995, 2012, p. 995 in cui l'A. descrive l'impatto della tutela multilivello nei procedimenti arbitrari.

²⁶⁴ V., sul punto, PUSTORINO, *In tema di applicazione nell'ordinamento italiano delle Convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 473; RINOLDI, *Corruzione pubblica e privata: ancora sull'adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina internazionale ed europea di contrasto*, in AA.VV. *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, (Napoli, 23-23 April 2010), Editoriale scientifica, Napoli

Il punto di partenza del processo interno di criminalizzazione è la l. 29 settembre 2000, n. 300 con cui il legislatore, da un lato, introduce la fattispecie incriminatrice di corruzione internazionale all'Art. 322 *bis* del Codice penale e, dall'altro, delega il governo ad adottare un decreto legislativo in materia di responsabilità dell'ente, il quale – come noto – verrà emanato l'anno successivo ⁽²⁶⁵⁾.

Precisamente, la legge cit. dava esecuzione alla *Convenzione Ocse* e alla *Convenzione Ue* di cui si è detto. La ratifica e l'esecuzione della *Convenzione penale*, invece, avverranno molti anni più tardi ⁽²⁶⁶⁾, persino

2011, p. 459.

²⁶⁵ V., sul punto, la legge 29 settembre 2000, n. 300 (in Suppl. ordinario n. 176/L, alla Gazz. Uff. n. 250, del 25 ottobre 2000) recante «Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'Art. 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». V., inoltre, il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (in Gazz. Uff., 19 giugno 2001, n. 140) recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300».

In argomento, *ex multis*, v. SACERDOTI, *La Convenzione OCSE e la sua laboriosa attuazione in Italia*, in SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, cit. *supra* nota 119, p. 71 ss.; nonché, MAGRINI, *L'attuazione della Convenzione OCSE contro la corruzione: il quadro comparato*, in SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, cit. *supra* nota 119, p. 95 ss.

²⁶⁶ V., sul punto, la legge 28 giugno 2012, n. 110 (in Gazz. Uff., 26 luglio 2012, n. 173) recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999». La *Convenzione civile* è stata invece ratificata con legge 28 giugno 2012, n. 112 (in Gazz. Uff., 27 luglio 2012, n. 174) recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione civile sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 4 novembre 1999».

In argomento v. MARIANI, *L'adesione dell'Italia alla Convenzione Civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione: la tutela privatistica dei diritti lesi da pratiche corruttive*, cit. *supra* nota 137, p. 453. V., sul punto, anche MANGANARO, *La corruzione in Italia*, Foro Amm. (II), fasc. 6, 2014, p. 1861.

dopo il recepimento della *Convenzione Onu*, cronologicamente successiva alla *Convenzione penale* ⁽²⁶⁷⁾.

In mancanza di un intervento organico, l'evoluzione storica che ha interessato la disposizione normativa, più volte riformata nel corso del tempo, ha rischiato di comprometterne ulteriormente la coerenza interna, già messa a dura prova dalla tutela multilivello dei beni giuridici sottesi alla fattispecie incriminatrice. In questa sede, l'analisi dell'evoluzione storica del testo normativo esula dall'ambito di indagine. Tuttavia, alcuni interventi di riforma che hanno interessato, ad esempio, l'estensione della perseguibilità della condotta passiva ad alcune categorie di pubblici funzionari stranieri, ovvero la recente eliminazione della connotazione commerciale che limitava la corruzione attiva extra-europea penalmente perseguibile, meritano di essere brevemente evidenziati come sintomatici della direzione percorsa dal legislatore italiano, e della sempre maggiore distanza del testo di legge dalla prospettiva statunitense ⁽²⁶⁸⁾.

Nel paragrafo seguente, in particolare, l'indagine si soffermerà sulla struttura della fattispecie incriminatrice italiana, evidenziandone le divergenze dal modello convenzionale dominante, e precisamente dal *legal framework* internazionale le cui caratteristiche sono state sopra indicate, al

²⁶⁷ V., sul punto, la legge 3 agosto 2009, n. 116 (in Gazz. Uff., 14 agosto, n. 188) recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale».

In argomento, v. BORLINI, MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, cit. *supra* nota 131, p. 15.

²⁶⁸ I pericoli cagionati dalla mancanza di un intervento organico e coordinato, in materia, venivano accennati già all'indomani dal deposito del progetto di legge che prevedeva l'introduzione dell'Art. 322 *bis* c.p., giacché nel frattempo, dopo la *Convenzione Ocse* e la *Convenzione Ue*, la disciplina in materia era divenuta oggetto di un ulteriore testo pattizio, ossia la *Convenzione penale*, portatore di nuovi e specifici interessi di cui occorreva tenere conto nel recepimento degli obblighi internazionali. V., sul punto, MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, cit. *supra* nota 62, p. 337 in cui l'A. opportunamente osserva che occorreva tenere conto delle nuove o diverse esigenze di tutela emergenti dalla Convenzione da ultimo citata, invece di provvedere successivamente all'introduzione della fattispecie.

In argomento, v. BORLINI, MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, cit. *supra* nota 131, p. 15.

fine di individuare i profili critici di ordine sostanziale che, da un lato, hanno contribuito a cagionare il fallimento del *legal transplant* e, dall'altro, hanno inciso negativamente sul grado di effettività della disposizione.

4.1. La fattispecie incriminatrice italiana di corruzione internazionale, i limiti sostanziali dell'Art. 322 bis c.p. e le prospettive di riforma

L'Art. 322 bis c.p. ha introdotto, nell'ordinamento italiano, la fattispecie di corruzione internazionale. Un commento analitico della disposizione esula dall'ambito di indagine del presente elaborato, che invece si concentrerà con particolare attenzione sui profili di criticità della stessa, rinviando – per l'analisi della fattispecie e della sua evoluzione – all'ampia letteratura in materia ⁽²⁶⁹⁾.

In questa sede, ai fini del presente elaborato, sarà sufficiente accennare brevemente ai cardini della disposizione, la quale – oggi – al **primo comma** dispone la perseguibilità di una nutrita categoria di pubblici funzionari stranieri per fatti di corruzione, e precisamente, vi rientrano:

- a) **in ambito UE**, i membri degli organi dell'Unione europea (Commissione, Parlamento, Corte di Giustizia, Corte dei

²⁶⁹ V., sul punto, *ex multis*, MANACORDA, *Corruzione internazionale e tutela penale degli interessi comunitari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 4, p. 410; *ID.*, *Corruzione internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 7, p. 893; PELISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, cit. *supra* nota 65, p. 1009; SEMINARA, *La Corruzione: problemi e prospettive nella legislazione italiana vigente*, in FORNASARI, LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 145; PATALANO, *Profili problematici della corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 65, p. 391; DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 73; EPIDENDIO, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, 2, p. 69; GENTILONI SILVERI, *Il reato di corruzione internazionale: tra globalizzazione del diritto penale e (difficile) adattamento all'ordinamento interno*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 2182; MUSELLA, *Corruzione internazionale, responsabilità delle società e modelli organizzativi di prevenzione del reato*, in *Società*, 2013, 11, p. 1206; ROSI, *Corruzione transnazionale e/o corruzione internazionale: una breve riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8, p. 51; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 231; *ID.*, *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 10, p. 1320; *ID.*, *Corruzione internazionale e mercimonio di un atto conforme ai doveri d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 12, p. 1621; SCOLETTA, *Sulle sanzioni interdittive per gli enti responsabili di corruzione internazionale e gli incerti confini del principio di tassatività*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 12, p. 1421.

conti); i funzionari e gli agenti dell'Unione europea, nonché ai soggetti che svolgono tale funzione sotto la direzione degli Stati membri, o di un ente pubblico o privato; i membri o funzionari di enti costituiti sulla base dei Trattati istitutivi dell'Unione europea;

- b) ***negli Stati Membri dell'UE***, i soggetti che svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelli di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio;
- c) ***in ambito corti internazionali***, in generale i giudici ed i funzionari; nonché giudici, procuratori, funzionari, agenti e soggetti assimilati della Corte penale internazionale;
- d) ***in ambito organizzazioni internazionali***, i soggetti che svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelli di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, ed i membri delle assemblee parlamentari internazionali;
- e) ***in ambito Extra-UE***, i soggetti che svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelli di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, qualora il fatto leda gli interessi finanziari dell'Unione;

mentre, al ***secondo comma***, dispone la perseguibilità della corruzione attiva internazionale che coinvolge:

- a) i soggetti sopra elencati;
- b) in generale, i soggetti che svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelli di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nell'ambito di uno Stato estero.

La disposizione è stata più volte modificata ed ampliata nel corso degli anni, rispetto alla sua originaria formulazione ⁽²⁷⁰⁾. Tuttavia, sono rimaste

²⁷⁰ L'Art. 322 *bis* c.p. è stato oggetto di numerosi interventi di riforma che ne hanno modificato la struttura, oltre che l'ambito di applicazione con riguardo ai soggetti qualificati suscettibili di essere chiamati a rispondere dal reato proprio. *In primis*, la l. 6 novembre 2012, n. 190 che ne vi ha incluso un espresso riferimento al reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'Art. 319 *quater* c.p. Successivamente, la l. 20 dicembre 2012, n. 237 con riguardo alla Corte penale internazionale. In seguito, un ulteriore intervento di modifica concernente la corruzione

pressoché immutate le divergenze rispetto al modello convenzionale dominante, come si potrà notare nei paragrafi seguenti.

4.1.1. Divergenze in tema di centralità della fattispecie

La disposizione italiana, sin dall'origine, non recava una disciplina specificamente limitata ai soli fatti di corruzione del pubblico agente straniero, bensì prendeva in considerazione (e tutt'oggi prevede) più delitti contro la pubblica amministrazione, nella loro manifestazione transnazionale, attribuendovi rilievo penale ⁽²⁷¹⁾. Essa, inoltre, tutt'ora non fornisce una descrizione autonoma del fatto suscettibile di incriminazione, bensì si limita unicamente ad estendere l'ambito di applicazione delle fattispecie generali, e di matrice interna, anche alle condotte con profili di transnazionalità di carattere soggettivo, e precisamente che si distinguono per il coinvolgimento del pubblico agente straniero, con ciò assimilando le tutele apprestate ai beni giuridici nazionale ed internazionale ⁽²⁷²⁾.

La scelta di una mera estensione del campo di applicazione della

di membri di corti, assemblee parlamentari o organizzazioni pubbliche internazionali è intervenuto ad opera della l. 9 gennaio 2019, n. 3. La stessa legge ha inoltre eliminato ogni riferimento alla matrice economica della corruzione attiva internazionale penalmente rilevante, a norma del comma secondo della disposizione. V., sul punto, GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2019, p. 44 ss. Infine, il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 che ne ha ampliato ulteriormente l'ambito di applicazione alle condotte commesse in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea ad opera di funzionari stranieri.

²⁷¹ L'Art. 322 *bis* c.p. non prende in considerazione unicamente la condotta corruttiva, essendo al contrario rivolto a perseguire le condotte di peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità che concernono un pubblico agente straniero.

²⁷² V., sul punto, MANACORDA, *Corruzione internazionale e tutela penale degli interessi comunitari*, cit. *supra* nota 269, p. 410 in cui l'A. afferma una preferenza per una diversa tecnica legislativa, comportante l'equiparazione tra il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio nazionali e i corrispondenti soggetti esteri. V., sul punto, anche MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 239 in cui l'A. afferma, invece, una preferenza verso la costruzione di una fattispecie autonoma, in ragione delle divergenze rispetto alla fattispecie domestica, e precisamente per via della perseguibilità della sola condotta attiva, per la matrice economica della condotta, per il bene giuridico tutelato. Va osservato, in proposito, che tra tali componenti della fattispecie – peraltro, soggetti a modifiche normative dalla sua introduzione ad oggi – l'oggettività giuridica costituisce senz'altro il fulcro su cui basare il ragionamento.

fattispecie interna, invero, non appare coerente con il quadro giuridico di matrice internazionale, di cui si è sopra parlato. Infatti, sebbene – come si è visto – i testi pattizi come la *Convenzione Ocse* ispirino l'azione di recepimento alla «equivalenza funzionale», per cui tale meccanismo di recepimento risulterebbe in astratto consentito, la scelta operata dal legislatore italiano ha, tuttavia, con ciò escluso ogni prospettiva concreta di autonomia e *centralità* della fattispecie in commento, nell'azione di contrasto al fenomeno corruttivo di matrice internazionale. Tale opzione, infatti, oltre a comportare, come vedremo, notevoli conseguenze sul piano applicativo, costituisce anzitutto un arretramento simbolico – quindi, emblematico – della fattispecie di corruzione internazionale, rispetto alla corruzione domestica, di cui costituisce una mera estensione ⁽²⁷³⁾.

4.1.2. Divergenze in tema di compatibilità della fattispecie

Un ulteriore aspetto di criticità concerne la compatibilità stessa, con il *legal framework* sopra delineato, della fattispecie domestica, estesa per effetto dell'Art. 322 *bis* c.p. ad alcune categorie di ufficiali stranieri, sino ad allora esclusi dalla tutela penalistica ⁽²⁷⁴⁾.

Sul punto, occorre sottolineare come la disciplina interna e la sua interpretazione giurisprudenziale divergano in maniera significativa dal

²⁷³ La centralità della fattispecie di corruzione internazionale all'interno dell'azione di contrasto al fenomeno corruttivo, nelle sue molteplici manifestazioni, come si è sopra osservato, costituisce uno degli elementi caratterizzanti del *legal framework* internazionale, in materia. L'assenza di centralità nella codificazione dell'illecito penale, sia sotto il profilo della mancanza di una autonoma descrizione del fatto di reato, sia per averlo accomunato ad altre fattispecie, come il peculato e la concussione, in una certa misura, impatta la materia sul piano prasseologico, contribuendo a marginalizzare l'esigenza di combattere la corruzione internazionale.

²⁷⁴ V., sul punto, LEVI, *Diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 341; BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temì*, 1968, p. 568; PARISI, *Organizzazione internazionale e lotta alla corruzione: questioni introduttive*, in PARISI, RINOLDI (a cura di), *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, 1996, p. 11; PATALANO, *Profili problematici della corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 65, p. 397; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 237; DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 75.

quadro giuridico di matrice internazionale, improntato anzitutto alla perseguibilità della condotta attiva. La formulazione dell'Art. 322 *bis* c.p., invece, come si è visto, capovolge la prospettiva del modello convenzionale dominante, privilegiando la tutela degli interessi pubblicistici che trovano immediata protezione nel comma primo della disposizione, laddove viene codificata la corruzione internazionale di matrice europea ⁽²⁷⁵⁾.

Inoltre, sempre in tema di compatibilità, va osservato che divergono gli elementi costitutivi del reato. Nel modello di fattispecie tipo, individuato dal *legal framework*, il comportamento esteriore del pubblico agente, sia nei confronti del *extraneus* corruttore, sia nei confronti dell'amministrazione di appartenenza, come si è sopra accennato, non ha alcuna rilevanza ai fini della applicazione della fattispecie di corruzione attiva, giacché la stessa risulta chiaramente focalizzata verso la repressione del comportamento illecito del privato che tende a turbare la libera concorrenza tra gli operatori economici nel mercato internazionale. Infatti, nella prospettiva sovranazionale, non risulta necessario né l'accordo con il pubblico agente, né l'accettazione della corruttela da parte di questi, ed il comportamento attivo od omissivo del funzionario straniero rappresenta unicamente la finalità perseguita dall'agente, trovando perciò dimora nell'elemento soggettivo del dolo specifico, e non tra gli elementi costitutivi. Al contrario, nel contesto della corruzione domestica, estesa per effetto dell'Art. 322 *bis* c.p. ai pubblici funzionari stranieri, le fattispecie attiva e passiva convergono verso un unico fatto illecito in cui l'accettazione dell'offerta, della promessa o della dazione, e dunque l'accordo, assumono rilevanza determinante ai fini della consumazione del reato ⁽²⁷⁶⁾.

²⁷⁵ V., sul punto, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 79 in cui l'A. sottolinea l'«asimmetria interna» alla disposizione che contiene due differenti e divergenti fattispecie penali, dovendosi riscontrare nella prima, ossia quella di matrice «europea» la tutela degli interessi pubblici europei.

²⁷⁶ V., sul punto, in materia di corruzione domestica, la nota sentenza sul caso *Mills*, in Cass., Sez. Un. Penali, 25/02/2010, (ud. 25/02/2010, dep. 21/04/2010), n. 15208 in *Cass. pen.*, 2010, 9, p. 2995 con nota di FERRARI, in cui il Supremo Collegio ha osservato che «*Il delitto di corruzione, dunque, si può realizzare con una forma ordinaria "promessa seguita dalla dazione" e una forma contratta o sussidiaria "promessa non seguita dalla dazione". Secondo lo schema principale, il reato si realizza attraverso due essenziali attività, legate tra loro e l'una funzionale all'altra:*

Si tratta, com'è evidente, di una divergenza di ordine sostanziale pressoché dirimente nell'inquadramento dell'approccio interno di politica criminale al tema della corruzione internazionale. Difatti, mentre la fattispecie italiana, a causa della tecnica di recepimento per assimilazione, si concentra sul rapporto sinallagmatico tra corruttore e pubblico funzionario straniero, al pari della corruzione domestica, il *legal framework* internazionale descrive i confini di una fattispecie tipo che anticipa la tutela, focalizzandosi intorno alla condotta attiva, e rendendo perciò idealmente superfluo accertare che vi sia stata adesione da parte del pubblico agente ⁽²⁷⁷⁾.

L'effetto che ne deriva comporta, invero, un arretramento nel livello di tutela approntata in favore del bene giuridico protetto dalla fattispecie, dal momento che – a norma della disposizione italiana – appaiono suscettibili di avere rilievo penale i soli fatti che cagionano un comportamento attivo del pubblico agente, quantomeno nei confronti del corruttore, comportamento che, dunque, necessita di puntuale ed insidioso riscontro probatorio ⁽²⁷⁸⁾.

l'accettazione della promessa e il successivo ricevimento dell'utilità. Quest'ultimo tratto di condotta cristallizza nel tempo la consumazione del reato, che assume caratteristiche assimilabili a quelle del reato progressivo, verificandosi una sorta di passaggio necessario da un minus (la promessa) ad un maius (la dazione), e risultando offeso con gravità crescente un medesimo bene giuridico. La promessa accettata, quando è seguita dalla dazione - ricezione, resta assorbita in questa e perde la sua autonomia. E pur vero che la dazione non presuppone necessariamente la promessa, ma è altrettanto vero che, se le parti scelgono di percorrere l'iter promessa - dazione, la prima diventa un atto prodromico della seconda e ad essa si salda e con essa si confonde, concorrendo sostanzialmente entrambe, in progressione, al completamento della fattispecie criminosa in tutti i suoi aspetti. Può quindi affermarsi che il legislatore ha inteso punire, in primo luogo, il fatto della dazione o effettiva prestazione, come momento di maggiore concretezza dell'attività corruttiva nel quale rimane assorbita e si confonde l'eventuale promessa preventiva, e soltanto in via sussidiaria, ove l'anzidetto aspetto fattuale non si verifici, la promessa accettata».

Tale interpretazione della fattispecie risulta senz'altro applicabile anche al reato di corruzione internazionale, dal momento che l'Art. 322 *bis* c.p., come si è visto, non reca alcuna autonoma descrizione del fatto tipo, rinviando al contrario alle disposizioni in materia di corruzione domestica. Peraltro, la formulazione della fattispecie non consente di scorgere riferimenti a favore di una interpretazione disancorata dalle disposizioni generali in materia di corruzione, e dunque autonoma, per cui non appare concretamente accettabile un'altra e diversa lettura della norma penale.

²⁷⁷ V., sul punto, MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, cit. *supra* nota 62, p. 338 in cui l'A. sottolinea la scelta legislativa in favore dell'assimilazione, in luogo di un più organico intervento di estensione della nozione di pubblico agente e incaricato di pubblico servizio di cui agli artt. 357 e 358 c.p.

²⁷⁸ V., sul punto, Corte di appello di Milano, Sez. II penale, Sent. 15 aprile 2020 (Ud. 15

Sul punto, non può dirsi equivalente, e dunque soddisfacente sul piano criminologico, la perseguibilità della promessa e dell'offerta non accettate, a norma dell'inclusione dell'Art. 322, primo e secondo comma, c.p. nell'Art. 322 *bis* c.p., dal momento che la disposizione espressamente richiede la prova della mancata accettazione ⁽²⁷⁹⁾. Sarebbe, perciò, auspicabile un intervento normativo di riforma nel senso di espungere dalla fattispecie di corruzione attiva internazionale ogni riferimento al comportamento assunto dal pubblico agente, attribuendovi autonoma rilevanza in quanto condotta potenzialmente lesiva del bene giuridico sotteso alla fattispecie ⁽²⁸⁰⁾.

L'attuale formulazione del fatto tipo risulta, perciò, incompatibile con il *legal framework* internazionale anche sotto il profilo della struttura monosoggettiva, contemplata nel modello convenzionale dominante. La disciplina italiana, in materia di corruzione domestica e, per effetto della sua assimilazione ed estensione, anche la fattispecie di corruzione internazionale, si caratterizzano, invece, per la natura plurisoggettiva della fattispecie, con ciò collidendo con il quadro giuridico sovranazionale di riferimento, dal quale – come si è visto – emerge una chiara preferenza verso un modello alternativo ⁽²⁸¹⁾.

gennaio 2020), n. 286, Presidente Ondei, Relatore Boselli, cit. *supra* nota 174 in cui la Corte d'Appello ha pronunciato sentenza assolutoria, in riforma della sentenza primo grado, ai sensi dell'Art. 530 co. 2 c.p.p. ravvisando l'insufficienza delle prove raccolte sulla sussistenza di un accordo che collegasse causalmente l'elargizione e il comportamento atteso del pubblico ufficiale straniero. In argomento, v. anche DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014*, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla L. n. 190 del 2012, in *Cass. Pen.*, fasc. 5, 2014, p. 1482.

in cui l'A. critica il metodo delle riforme di diritto sostanziale con prevalenti finalità processuali.

²⁷⁹ V., in senso contrario, EPIDENDIO, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti*, cit. *supra* nota 269, p. 75; in senso aderente al testo v., invece, CENTONZE, DELL'OSSO, *La corruzione internazionale Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2013, p. 194.

²⁸⁰ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 556 in cui l'A., invece, critica la disposizione interna per eccesso di tutela, già nella prospettiva attuale.

²⁸¹ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. I penale, 16/11/2016, n. 4902 in *Cass. Pen.*, 2017, 11, p. 3929 con nota di PAOLONI; Cass., Sez. III penale, 19/10/2016, n. 52378 inedita; Cass., Sez. VI penale, 17/02/2010, n. 10996 in *Cass. Pen.*, 2011, 1, p. 194; Cass., Sez. VI penale, 04/05/2006, n. 33435 in *Cass. Pen.*, 2006, 11, p. 3578 con nota di SANTALUCIA; Cass., Sez. VI penale,

Un ripensamento della struttura plurisoggettiva sarebbe, perciò, auspicabile, anche al fine di disancorare definitivamente i comportamenti del pubblico agente dai fatti realmente offensivi del bene giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice, il quale andrebbe più correttamente ricondotto alla conduzione degli affari da parte degli operatori internazionali secondo principi di correttezza.

Il tema, come si vedrà di seguito, assume rilievo determinante in termini di configurabilità del concorso degli intermediari.

Va, difatti, osservato che nel contesto della corruzione domestica, ancorché gli artt. 318 ss. del Codice penale non lo prevedano espressamente, l'interpretazione giurisprudenziale ammette che l'offerta, la promessa e la dazione possano essere veicolate mediante terzi che si frappongano tra il privato corruttore ed il pubblico agente ⁽²⁸²⁾. Ciò comporta, da un lato, la perseguibilità dei concorrenti necessari (funzionario ed *extraneus*), dall'altro la perseguibilità dell'intermediario, a titolo di concorso nel fatto connotato da unicità ⁽²⁸³⁾. La natura plurisoggettiva del reato, poi, consente di escludere il duplice concorso dell'intermediario nella corruzione attiva e passiva ⁽²⁸⁴⁾.

05/02/1996, n. 3022 in *Cass. Pen.*, 1996, p. 3310; Cass., Sez. VI penale, 26/04/1984 in *Giust. Pen.*, 1985, I, p. 65; Cass., Sez. VI penale, 19/01/1983 in *Giust. Pen.* 1983, II, p. 714.

In dottrina, v., sul punto, DELL'ANDRO, *Osservazioni in tema di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 1953, II, p. 188; VENDITTI, *Corruzione (Delitti di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 755; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, Parte Speciale*, II, Giuffrè, Milano, p. 344; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale*, I, Zanichelli, Bologna, p. 218; GROSSO, *sub artt. 318-322*, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 1996, p. 174; STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7a ed., Bologna, 2016, p. 141; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 4a ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 133; VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 195. In senso contrario, v. PAGLIARO, PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, I, Giuffrè, Milano, p. 187; PEDRAZZI, *La corruption (formes nationales)*, in *Revue Int. de Dr. Pén.*, 1982, 53, p. 328; SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 328; BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Jovene, Napoli, 2003, p. 8.

²⁸² V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. II penale, 01/10/2013, n. 712, in *Dir. Giust.*, 2014, 12 gennaio con nota di FOTI.

²⁸³ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 20/10/2016, n. 3606 in *Riv. pen.*, 2017, 3, p. 246; Cass., Sez. VI penale, 02/12/2014 (ud. 02/12/2014, dep. 02/01/2015), n. 1 inedita.

²⁸⁴ V., sul punto, Tribunale di Milano, Sez. IV penale, 29/04/2003, n. 4688, imp. Previti e altri.

Nel contesto della corruzione extraeuropea, invece, a norma dell' Art. 322 *bis* comma secondo c.p., il pubblico funzionario straniero non risulta incluso tra soggetti destinatari della norma penale ⁽²⁸⁵⁾. Conseguentemente, una diversa qualificazione di tale fattispecie come monosoggettiva, ovvero una modifica della disposizione nello stesso senso, senza un contestuale ripensamento del catalogo dei soggetti, suscettibili di essere destinatari del pagamento improprio rilevante per la norma penale, rischierebbe di creare margini di impunità verso le forme più ricorrenti di corruzione internazionale, che coinvolgo per l'appunto un intermediario, cui il denaro viene generalmente elargito allo scopo di comperare il comportamento del pubblico agente straniero ⁽²⁸⁶⁾.

L'introduzione di una fattispecie di corruzione internazionale monosoggettiva che mantenesse l'esclusione del pubblico funzionario straniero dai soggetti perseguibili, come attualmente avviene nella corruzione extraeuropea, sebbene non sembri suscettibile di comportare la depenalizzazione della corruzione «indiretta», rischierebbe tuttavia di escludere irrimediabilmente dalla tutela penale la condotta atipica del terzo che acceda unicamente alla corruzione passiva internazionale.

In tale ambito, precisamente, ricadrebbe senz'altro la figura del mero percettore delle somme illecite, nell'interesse del pubblico agente, la cui condotta accede evidentemente alla sola corruzione passiva, e non anche alla condotta dell'*extraneus*. Incerto diverrebbe, inoltre, il confine con riguardo alla perseguibilità del percettore che non si limiti a ricevere la dazione, ma che si attivi per renderla concretamente eseguibile, ad esempio rimuovendo od aggirando un ostacolo giuridico o materiale. Parimenti dubbia potrebbe risultare, infine, la figura dell'intermediario, giacché sebbene la sua condotta acceda tanto alla corruzione attiva, tanto alla corruzione passiva, risulterebbe

²⁸⁵ V., sul punto, PATALANO, *Profili problematici della corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 65, p. 401 in tema di qualificazione della fattispecie di cui all' Art. 322 *bis* c.p. come reato plurisoggettivo improprio. Nello stesso senso, v. CENTONZE, DELL'OSSO, *La corruzione internazionale Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, cit. *supra* nota 279, p. 194.

²⁸⁶ V., sul punto, PAGLIARO, PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, cit. *supra* nota 281, p. 191 secondo cui occorrerebbe accertare se, in concreto, si è verificato concorso sul fronte attivo o passivo della corruzione, non potendosi pronunciare sentenza di condanna per concorso generico.

difficile individuare, nell'attività di intermediazione, la sola porzione di contributo suscettibile di sanzione penale, oltre che distinguerne i tratti dalla mera rappresentanza del funzionario ⁽²⁸⁷⁾.

Ciò risulterebbe incoerente, anzitutto, rispetto al modello convenzionale di riferimento, nel quale è espressamente prevista la perseguibilità dei «facilitatori» della corruzione internazionale ⁽²⁸⁸⁾. In secondo luogo, risulterebbe incoerente rispetto al quadro giuridico interno, in cui – per effetto dell'inclusione, nell'Art. 346 *bis* c.p., dell'Art. 322 *bis* c.p. – è ormai pacificamente ammessa la perseguibilità dell'illecito mediatore, fuori dai casi di concorso nella fattispecie di corruzione internazionale, ossia quando la stessa risulti consumata ⁽²⁸⁹⁾.

²⁸⁷ V., sul punto, SCOLLO, *I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria*, cit. *supra* nota 174, p. 26 in cui si osserva che la figura dell'intermediario, a ben vedere, accede tanto alla corruzione attiva, tanto alla corruzione passiva. In senso contrario, v. CENTONZE, DELL'OSSO, *La corruzione internazionale Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, cit. *supra* nota 279, p. 194 secondo cui, nell'ipotesi di intermediazione, il contributo viene fornito esclusivamente alla condotta di corruzione passiva per cui, in tale contesto, non accedendo ad un fatto punibile, la condotta rimarrebbe priva di rilievo penale.

²⁸⁸ V., sul punto, l'Art. 1, par. 2, della *Convenzione Ocse*, il quale dispone che «Each Party shall take any measures necessary to establish that complicity in, including incitement, aiding and abetting, or authorisation of an act of bribery of a foreign public official shall be a criminal offence. Attempt and conspiracy to bribe a foreign public official shall be criminal offences to the same extent as attempt and conspiracy to bribe a public official of that Party»; l'Art. 15 della *Convenzione penale*, il quale dispone che «Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law aiding or abetting the commission of any of the criminal offences established in accordance with this Convention»; l'Art. 27, par. 1, della *Convenzione Onu*, il quale dispone che «Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, in accordance with its domestic law, participation in any capacity such as an accomplice, assistant or instigator in an offence established in accordance with this Convention».

²⁸⁹ V., sul punto, l'Art. 1, comma 1, lett. t) num. 1) l. 9 gennaio 2019, n. 3 (in Gazz. Uff., 16 gennaio 2019, n. 13), recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici» ha inserito nell'Art. 346 *bis* c.p. un espresso richiamo all'Art. 322 *bis* c.p., stabilendone l'applicazione fuori dai casi di concorso nel medesimo reato.

Per un commento sulla fattispecie di traffico di influenze illecite, di recente novellata v. AGRILLO, *Art. 346-bis. Traffico di influenze illecite*, in CONZ, LEVITA (a cura di), *La nuova legge anticorruzione*, Dike, Roma, 2019, p. 82; AIROLI, PIVIDORI, *Il Traffico di influenze illecite tra vecchie e nuove criticità*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2020, p. 45 ss.; CUCINOTTA, *Il reato di traffico di influenze illecite*, in ORLANDI, SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 157; DE SIMONE, *Traffico*

Un ripensamento della fattispecie di corruzione internazionale come reato monosoggettivo, in costanza di esclusione dalla norma penale del pubblico agente extraeuropeo, necessiterebbe perciò di un allargamento della fattispecie di traffico di influenze illecite, ad esempio prevedendo una circostanza aggravante per l'ipotesi in cui l'intermediazione illecita si verifici, aggiungendo al terzo comma dell'Art. 346 *bis* c.p. le parole «ovvero se avviene l'intermediazione o la remunerazione», con ciò escludendo implicitamente – in quanto incompatibile – il concorso dell'intermediario nell'Art. 322 *bis* c.p., ovvero – più coerentemente con le cornici edittali previste per la corruzione – aggiungendo all'Art. 346 *bis* c.p. un ultimo comma con cui «si applicano le pene stabilite nel primo comma, aumentate da un terzo alla metà, se l'intermediazione o la remunerazione avviene», così escludendo espressamente l'ipotesi che l'intermediario concorra nella fattispecie di cui all'Art. 322 *bis* c.p.

In proposito, va tuttavia osservato che nella prospettiva di una auspicata eliminazione del comportamento attivo del pubblico agente dagli elementi costitutivi della fattispecie in commento, la codificazione della condotta dell'intermediario troverebbe più coerente dimora non già nell'Art. 346 *bis* c.p. bensì proprio nell'Art. 322 *bis* c.p. stabilendo, al comma secondo, che le disposizioni di cui agli artt. 321 e 322 primo e secondo comma si applicano altresì anche se il denaro (o altra utilità) è dato, offerto o promesso «a chiunque, se destinato almeno in parte» agli altri soggetti indicati nell'Art. 322 *bis* comma secondo c.p., con contestuale eliminazione del riferimento alla remunerazione nell'Art. 346 *bis* c.p.

In sintesi, dunque, sarebbe auspicabile un ripensamento della fattispecie, nel senso di concentrarne il focus sulla condotta attiva, strutturandola come fattispecie monosoggettiva, ed espungendo il comportamento del pubblico funzionario dagli elementi costitutivi, attribuendovi al contrario rilevanza solo nell'ambito dell'elemento

di influenze, in DEL TUFO (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 83; MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma*, in GIAVAZZI, MONGILLO, PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 265.

psicologico del corruttore ⁽²⁹⁰⁾.

4.1.3. Diversità in tema di modalità della condotta

La disposizione penale prevede, alternativamente, l'offerta, la promessa o la dazione di denaro o altre utilità quali modalità realizzative del fatto di reato, senza elidere alcuna forma di realizzazione della condotta descritta, in maniera del tutto coerente con il *legal framework* sovranazionale. Le disposizioni convenzionali, sul punto, invero, si differenziano dal modello statunitense, che – come si vedrà più approfonditamente in seguito –, in alcuni casi, seleziona i comportamenti suscettibili di sanzione penale in base agli strumenti ed ai modi con i quali la condotta tipica viene ad esistenza, e precisamente per l'uso strumenti di comunicazione e scambio interstatali ⁽²⁹¹⁾.

La scelta, come vedremo, ha una sua puntuale rilevanza in termini di applicazione extraterritoriale della legge penale statunitense ⁽²⁹²⁾.

²⁹⁰ V., sul punto, MANACORDA, "Noli me tangere"? Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 3-4, 2018, p. 542 in cui l'A. osserva come, nella prassi giudiziaria italiana, si è verificata una sostanziale disapplicazione della fattispecie passiva prevista dal primo comma dell'Art. 322 bis c.p.

²⁹¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «issuers», 78dd-2(a) per i «domestic concerns», 78dd-3(a) per gli «others».

²⁹² V., sul punto, MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2019, p. 291 in cui l'A., focalizzandosi sulla analoga disciplina interna, stigmatizza il «pasticcio» delle recenti modifiche in materia di giurisdizione che non ricomprendono un espresso riferimento all'Art. 322 bis c.p. nel novellato Art. 9 del Codice penale, il quale oggi prevede, all'ultimo comma che «nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 320, 321, 346 bis». L'A. osserva che, per effetto del mancato richiamo dell'Art. 322 bis c.p., la corruzione internazionale commessa dal cittadino italiano in territorio estero potrebbe risultare perseguibile solo a seguito di richiesta del Ministro della Giustizia, e ciò risulterebbe ulteriormente in contraddizione con la scelta di includere il richiamo a tale articolo nel successivo Art. 10 del Codice penale, inerente il delitto comune dello straniero all'estero. Tale limite alla perseguibilità, tuttavia, potrebbe venire meno nell'ipotesi in cui la fattispecie di cui all'Art. 322 bis c.p. venisse qualificata come mera estensione soggettiva dell'Art. 321 c.p., potendosi considerare sufficiente – in tal caso – il riferimento nell'Art. 9 c.p. a tale articolo. La circostanza che un espresso riferimento all'Art. 322 bis c.p. sia invece contenuto nel successivo Art. 10 c.p. non appare sufficiente a definire tale

Ciò che, però, rileva maggiormente in questa sede è osservare che la formula usata dal FCPA consente di anticipare oltremodo la tutela, sino agli atti preparatori: ne è un esempio la perseguibilità della mera autorizzazione al pagamento di una tangente ⁽²⁹³⁾. Tale possibilità è, invero, esclusa dal nostro ordinamento giacché non rasenta neppure i termini del tentativo, tanto del reato di istigazione di cui all'Art. 322 c.p., tanto più del reato di corruzione internazionale di cui all'Art. 322 *bis* c.p. Infatti, la mera autorizzazione al pagamento di una tangente, laddove non avvenga neppure in parte la promessa o l'offerta, non consente di superare i limiti posti dagli artt. 56 e 115 c.p. dovendosi perciò escludere che il fatto possa avere rilevanza penale ⁽²⁹⁴⁾.

Il modello convenzionale emergente dal *legal framework* diverge invece dalla fattispecie interna sotto il profilo della qualificazione del vantaggio elargito, promesso od offerto al pubblico funzionario.

Le fattispecie del Codice penale, prevedono, infatti che il prezzo della corruzione possa essere costituito da «denaro o altre utilità», dovendosi intendere con tale espressione non solo utilità e vantaggi di carattere patrimoniale, ma più ampiamente qualunque vantaggio, anche morale, suscettibile di avere un valore per il pubblico agente ⁽²⁹⁵⁾.

fattispecie come autonoma, contestualmente escludendone la natura di mera estensione soggettiva.

In tema di applicazione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nello spazio, v. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2012, p. 91. Invece, riguardo al reato, v. MORONE, *Corruzione Internazionale e criteri attributive della giurisdizione italiana*, in *Giur. It.*, 2013, fasc. 4, p. 941.

²⁹³ V., sul punto, la predetta disposizione statunitense, la quale dispone che è punito «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 [any foreign official]».

²⁹⁴ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. I penale, 05/07/2013, (ud. 05/07/2013, dep. 29/08/2013), n. 35778 in cui la Suprema Corte sottolinea come la mancata realizzazione della componente oggettiva del reato impedisca di ritenere integrata una fattispecie delittuosa.

²⁹⁵ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 14/10/2014, (ud. 14/10/2014, dep. 05/11/2014), n. 45847, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2015, p. 3578 con nota critica di SCOLLO, *Pecunia obediunt omnia. L'irrelevanza penale delle utilità prive (o quasi) di valore economico*, in cui si osserva che l'interpretazione giurisprudenziale ha, nel tempo, esteso la nozione di utilità sino a ricomprendervi qualunque vantaggio di natura patrimoniale o non patrimoniale.

Diversamente, nel quadro giuridico sovranazionale, come si è visto, la corruzione deve avvenire attraverso l'offerta, la promessa o la dazione di un «vantaggio», e lo stesso deve caratterizzarsi come «indebito». A ben vedere, l'ampia interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, sembra invero far coincidere la nozione di utilità, di cui alla fattispecie italiana, con la generica ed apparentemente più ampia previsione di un «vantaggio», menzionata dalle disposizioni convenzionali. Nel contesto del *legal framework*, tuttavia, il vantaggio deve assumere una connotazione ulteriore, non prevista dal tenore letterale della disposizione italiana, ossia deve manifestarsi come «indebito», ossia come non consentito dalla legge, sia essa la legge penale o di altra natura ⁽²⁹⁶⁾. Anche in questo caso, si tratta di una norma solo apparentemente più restrittiva, dal momento che nel contesto internazionale la soglia di rilevanza penale dei pagamenti illeciti tende ad escludere i piccoli donativi, essendo idealmente strutturata per catturare la corruzione massiva, e conseguentemente consentire non solamente le regalie di modico valore, ma anche quei pagamenti definiti come «small facilitation» che per la loro natura modesta, ancorché non irrisoria, non appaiono in concreto idonei ad incidere sulla conduzione degli affari ⁽²⁹⁷⁾.

Per una disamina circa la nozione di utilità nei delitti di corruzione v. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit. *supra* nota 281, p. 66. In generale, sull'argomento, v. GIANNITI, *Il concetto di "utilità" nel diritto penale*, Giuffrè, 1967, p. 13.

In senso adesivo all'interpretazione giurisprudenziale v. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, Parte Speciale*, cit. *supra* nota 281, p. 643; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Cedam, Padova, 2001, p. 441; MAGGIORE, *Diritto penale*, II, I, 4a ed., Zanichelli, 1953, p. 156; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 179; RICCIO, *Corruzione (Delitti di)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. IV, Utet, 1959, p. 901.

In senso difforme alla prospettazione di matrice giurisprudenziale e più restrittiva, v. BETTIOL, *In tema di interesse privato in atti di ufficio*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, I, Torino, 1932, p. 279; LEVI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in FLORAN (coord.) *Trattato di diritto penale*, 4a ed., Vallardi, 1935, p. 250; MANZINI, *Trattato di dir. pen. it.*, vol. V, Utet, 4a ed., 1962, p. 185.

²⁹⁶ V., sul punto, ZERBES, *Article 1 – The offence of bribery of foreign public officials*, in PIETH, LOW, BONUCCI, *The OECD Convention on bribery, a commentary*, cit. *supra* nota 14, p. 130. Nello stesso senso, v. 37 e 38 dell'*Explanatory Report*, cit. *supra* nota 177, p. 8.

²⁹⁷ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*,

Dunque, specie a fronte dell'eliminazione di ogni riferimento agli affari di rilevanza internazionale di cui al comma secondo dell'Art. 322 *bis* c.p., la disciplina interna risulta oggi maggiormente repressiva di quanto richiesto dal quadro giuridico sovranazionale.

Tale eccessiva criminalizzazione appare, tuttavia, pressoché ingiustificata alla luce del bene giuridico protetto dalla fattispecie, tradizionalmente inteso come la tutela della concorrenza tra gli operatori economici nel mercato internazionale. Infatti, come vedremo, piccole facilitazioni, sebbene possano impattare negativamente sul buon andamento complessivo della pubblica amministrazione, appaiono tuttavia inidonee ad alterare la concorrenza internazionale, e pertanto dovrebbero rimanere escluse dall'ambito di applicazione della fattispecie ⁽²⁹⁸⁾.

Del pari, la novella intervenuta ad eliminare il doppio dolo specifico nel comma secondo della disposizione in commento ha, inoltre, ampliato anche dal punto di vista oggettivo l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice verso quei pagamenti indebiti, quandanche non irrisori o modesti, e pur tuttavia parimenti inidonei a produrre il comportamento attivo od omissivo del pubblico agente su affari di rilievo internazionale. Tale nuova prospettiva, come vedremo nei paragrafi seguenti, appare in grado di incidere sulla corretta individuazione del bene giuridico, classicamente inteso, suggerendone una sua rivisitazione.

cit. *supra* nota 119, p. 543; v., anche, ZERBES, *Article 1 – The offence of bribery of foreign public officials*, in PIETH, LOW, BONUCCI, *The OECD Convention on bribery, a commentary*, cit. *supra* nota 14, p. 171. Di converso, nella prospettiva della *Convenzione penale* solamente i donativi di modico valore risultano esclusi dalla fattispecie tipo, v., sul punto, il par. 38 dell'*Explanatory Report*, cit. *supra* nota 177, p. 8.

²⁹⁸ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 544 in cui l'A. sottolinea un richiamo sul punto da parte di organismi internazionali come il WGB e TI. Nel senso di mantenere la sanzione penale anche per i donativi di modico valore, v. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, cit. *supra* nota 62, p. 260.

4.1.4. Divergenze in tema di identità dei soggetti

L'Art. 322 *bis* c.p., nella sua originaria formulazione, prevedeva due diverse ipotesi di corruzione: la prima tipizzata al primo comma e concernente il mercimonio della funzione in ambito europeo, la seconda al comma seguente, concernente la corruzione in ambito extra europeo. Precisamente, le due disposizioni, contenute nello stesso articolo, estendevano la tutela penale già prevista per la corruzione domestica alle condotte di corruzione attiva e passiva riguardanti i funzionari europei o degli Stati membri dell'Unione, e alle condotte di corruzione attiva rivolta verso funzionari di altri Stati non appartenenti all'Unione europea ⁽²⁹⁹⁾.

Le modifiche che, come si è visto, nel corso del tempo, hanno ampliato l'ambito di applicazione della fattispecie, hanno invero scardinato tale ricostruzione dogmatica, non già verso le due divergenti prospettive contenute nella *Convenzione Ue* e nella *Convenzione Ocse*, bensì verso la criminalizzazione indiscriminata della corruzione attiva e passiva proposta dalla *Convenzione penale* ⁽³⁰⁰⁾.

Tale processo, tuttavia, è rimasto incompiuto. Difatti, sebbene il primo comma dell'Art. 322 *bis* c.p. sia stato più volte riformato per inserirvi, oltre che ai funzionari dell'area dell'Unione, anche i riferimenti alle Corti internazionali, alle assemblee parlamentari internazionali ed alle organizzazioni pubbliche sovranazionali e internazionali, le modifiche non si sono spinte sino alla integrale criminalizzazione della corruzione passiva, come espressamente previsto dalla *Convenzione penale* ⁽³⁰¹⁾.

²⁹⁹ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 242 in cui l'A. traccia i confini delle due differenti ipotesi di corruzione, la prima intesa a tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione, in sede europea, la seconda, invece, intesa a garantire la correttezza nella conduzione degli affari da parte delle imprese operanti sui mercati internazionali.

³⁰⁰ La formulazione originaria dell'Art. 322 *bis* c.p. rispondeva, in effetti, alle due convenzioni internazionali sopra citate. Precisamente, il primo comma recepiva le disposizioni contenute nella *Convenzione Ue*; il secondo comma, invece, recepiva le disposizioni contenute nella *Convenzione Ocse*.

³⁰¹ V., sul punto, il par. 107 del *GRECO Evaluation Report - Third evaluation round*, 3-7/10/2011, p. 28 che invitava l'Italia a ratificare prima possibile la *Convenzione penale* emendando, tra le altre, l'Art. 322 *bis* c.p. nel senso di prevedere, in osservanza dell'Art. 5 della Convenzione, la criminalizzazione della corruzione passiva di tutti i funzionari stranieri. L'Italia ha, invece,

Il tema, in effetti, è particolarmente spinoso, anzitutto per le difficoltà applicative che una disposizione penale, in tema di corruzione passiva internazionale, dovrebbe affrontare. Si è osservato, infatti, che la fattispecie dovrebbe fare i conti con i limiti imposti dalle regole sull'applicazione della legge penale nello spazio, ed inoltre chiamerebbe il giudice ad una difficile verifica sulle funzioni effettivamente ricoperte od esercitate dal percettore delle somme illecite, e non ultimo il carattere «indebito» della percezione secondo l'ordinamento di appartenenza del funzionario. Inoltre, una simile scelta legislativa rischierebbe di porsi in conflitto con la sovranità degli Stati esteri, creando difficoltà di ordine diplomatico. Infine, la fattispecie potrebbe poggiare su una dubbia giustificazione sul piano razionale, dal momento che la tutela del buon andamento della pubblica amministrazione «non sembra aver ancora acquisito un rango così elevato, nella coscienza internazionale, da giustificare una tutela integrale e universalistica»⁽³⁰²⁾.

ratificato la *Convenzione penale* solamente nel 2013, peraltro esprimendo espressa riserva proprio sulla criminalizzazione indiscriminata dei pubblici funzionari stranieri, non appartenenti all'Unione europea, così contravvenendo alle raccomandazioni del Rapporto GRECO del 2011. V., inoltre, DIMETTO, *La punibilità dei giudici internazionali corrotti secondo l'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Internaz.*, fasc. 2, 2020, p. 487 ss.

Va sottolineato, quanto ai soggetti, l'assenza di tutela – nell'ordinamento italiano – per l'arbitrato. Difatti, gli arbitri non sono considerati pubblici ufficiali, né con riguardo alla corruzione nazionale, né con riguardo alla corruzione internazionale. V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 22/01/2013, n. 5901. In argomento v. CRIVELLARO, *Arbitrato internazionale e corruzione*, in *Riv. Arb.*, fasc. 4, 2019, p. 663 ss. In senso contrario, v. GAMBARDELLA, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2014, p. 4027.

Sul rapporto tra disciplina statunitense e arbitrati ICSID, v. LOSCO, *Streamlining the Corruption Defense: A Proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction*, 63 *Duke L.J.* 1201, 2014, p. 1201. Più in generale, sul tema, v. SCHIMMEL, MIRENDA, TEWARIE, *Bridging the Cultural Gap in International Arbitrations Arising from FCPA Investigations*, 39 *Fordham Int'l L.J.* 829, 2016, p. 829; MAURO, *Il ruolo dell'arbitrato internazionale quale strumento di prevenzione e sanzione della corruzione, con particolare riferimento al sistema ICSID*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 401.

³⁰² Così, espressamente, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 248 in cui l'A. ricostruisce il dibattito dottrinale sull'opportunità di estendere la fattispecie a tutti i pubblici funzionari stranieri. In senso contrario alla indiscriminata criminalizzazione della corruzione passiva del funzionario straniero v., anzitutto, MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, *supra* nota 62, p. 203. V., sul punto, anche DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 78 in cui l'A. sottolinea la natura di fattispecie «polidirezionale»; GENTILONI SILVERI, *Il reato di*

Tali argomentazioni, a ben vedere, non sembrano sufficienti ad escludere l'opportunità di criminalizzare la condotta passiva di corruzione internazionale. In primo luogo, va osservato che le regole in materia di applicazione della legge penale nello spazio sono identiche a quelle che consentono la criminalizzazione della condotta attiva. Il giudice, inoltre, ha la piena facoltà di accertare le qualità e le funzioni del pubblico agente straniero attraverso l'audizione di esperti, l'acquisizione di documenti e – dunque – in maniera del tutto analoga a quanto già è chiamato ad accertare, per verificare la sussistenza degli elementi costitutivi della condotta attiva. Infine, il difetto di conoscenza della normativa estera difforme dalla normativa interna potrà avere, semmai, rilievo sul piano concreto della colpevolezza, non già della tipicità e, a ben vedere, potrebbe valere tanto per il pubblico agente, quanto per il corruttore internazionale, il quale, operando egli per definizione in una moltitudine di giurisdizioni, non necessariamente ne conosce il contenuto nei dettagli ⁽³⁰³⁾.

Inoltre, tale prospettiva sembra fondarsi sull'assunto che la fattispecie di corruzione passiva internazionale sia dettata ad esclusiva tutela degli interessi di natura pubblicistica, laddove invece la matrice pubblicistica – quantomeno, prima della riforma del secondo comma dell'Art. 322 *bis* c.p. – era suscettibile di apparire prevalente nel solo contesto della corruzione europea, dovendola invece ritenere al più concorrente con la tutela degli interessi di mercato fuori da tale ambito applicativo, così da giustificare comunque la criminalizzazione della condotta passiva, in quanto lesiva di almeno uno dei beni giuridici tutelati dalla fattispecie plurioffensiva, e

corruzione internazionale: tra globalizzazione del diritto penale e (difficile) adattamento all'ordinamento interno, cit. *supra* nota 269, p. 2187; PELISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, cit. *supra* nota 65, p. 1001; EPIDENDIO, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti*, cit. *supra* nota 269, p. 75.

³⁰³ V., sul punto, Cass., Sez. I penale, 17/09/2002, n. 38401 che valorizza il principio di colpevolezza, con argomentazioni applicabili anche al caso in esame. V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 11/02/2009, n. 12142; Cass., Sez. VI penale, 10/04/2003, n. 29702 inedita; Cass., Sez. VI penale, 11/05/2000, n. 6605 in *Cass. Pen.*, 2002, p. 3094; Cass., Sez. VI penale, 21/05/1998 n. 3089; Cass., Sez. VI penale, 16/12/1999 n. 4284. Sui doveri di diligenza, intesa come acquisizione dell'esatta conoscenza della legge v. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 1996, p. 223.

precisamente di quello avente natura prevalente ⁽³⁰⁴⁾.

Neppure l'argomento di una possibile conflittualità tra gli Stati sembra, invero, dirimente. Tale questione, infatti, è stata ampiamente superata, in vista di un interesse superiore, già all'epoca dell'approvazione del FCPA in cui – parimenti – si riteneva che la possibile applicazione extraterritoriale del testo statunitense potesse indispettire i paesi stranieri, colpendo le loro imprese multinazionali. Inoltre, proprio la mancanza di una efficace legislazione in materia di corruzione internazionale potrebbe, essa sì, creare conflitti con gli Stati in cui hanno sede le maggiori società concorrenti, eventualmente danneggiate dalla condotta illecita dell'impresa multinazionale. Inoltre, non si tratterebbe di una iniziativa unilaterale, dal momento che, come si è visto, verso tale direzione convergono le obbligazioni contenute in alcune delle principali convenzioni internazionali in materia, come la *Convenzione penale* (cui l'Italia si è sottratta, sul punto, esprimendo riserva) e la *Convenzione Onu* (che, pur rendendo la scelta facoltativa, espressamente invita i paesi aderenti ad eseguirla).

Inoltre, non sembra cogliere nel segno neppure l'argomento della superfluità. Infatti, la criminalizzazione della corruzione passiva internazionale, invero, non verrebbe ad alterare la condizione di illiceità in cui opera il funzionario straniero percettore di pagamenti indebiti, dal momento che la stessa dovrebbe essere già prevista dal suo ordinamento di origine. Se ciò non fosse vero, la superfluità sarebbe esclusa in radice. Quand'anche, poi, nel paese straniero, vi fossero disposizioni sufficienti in materia di corruzione dei pubblici funzionari locali, la disposizione di matrice internazionale risulterebbe perfettamente coerente con le finalità sottese alla legislazione interna, per cui l'eccezione di superfluità assumerebbe significato solamente nell'ipotesi in cui la stessa sottenda all'intenzione di mantenere le disposizioni interne in un regime di ineffettività, così rendendo l'introduzione di una disposizione di matrice internazionale assolutamente razionale.

³⁰⁴ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 20/12/2010, n. 256 in *Guid. Dir.*, 2011, 13, p. 70 in cui la Suprema Corte affronta, con riguardo al reato di peculato, il tema della lesività del fatto rispetto alla lesione del bene giuridico prevalente, nei reati plurioffensivi. V., in senso analogo, Cass., Sez. VI penale, 24/09/2014, n. 46282 in *Cass. Pen.*, 2015, 4, p. 1498.

Infine, anche l'argomento della mancanza di condivisione globale in merito alla necessità di tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione non sembra convincere sino in fondo. Difatti, come si è opportunamente osservato ⁽³⁰⁵⁾, la perseguibilità della corruzione domestica è principio oramai comune ed universalmente accettato, principio su cui peraltro si fonda la anzidetta eccezione di superfluità.

La prova di ciò risiede, su tutte, proprio nella *Convenzione Onu* che impegna formalmente gli Stati – numerosissimi, tanto che si parla di visione «globale» ⁽³⁰⁶⁾ – a prevedere la criminalizzazione della corruzione dei propri funzionari nazionali. Sul piano sovranazionale, pertanto, non può esservi dubbio che vi sia – almeno formalmente – una condivisione globale sull'argomento.

Lo stesso vale, *a fortiori*, sul piano interno. Difatti, la prospettiva pubblicistica non è più confinata esclusivamente all'interno dell'area europea (scelta che si giustificava, sul piano razionale, nella forte integrazione tra gli Stati membri, invece assente all'esterno dell'area UE), dal momento che la fattispecie di cui all'Art. 322 *bis* c.p. si occupa non più e non soltanto dei funzionari europei e degli Stati parte dell'Unione, disponendo oramai la criminalizzazione dei funzionari delle corti internazionali, delle organizzazioni pubbliche internazionali, delle assemblee parlamentari internazionali. Sul punto, va osservato che la scelta, senz'altro dettata anche dall'esigenza di sopperire al difetto di poteri punitivi delle organizzazioni pubbliche internazionali, in definitiva, non può reputarsi avulsa dai principi globalmente condivisi di contrasto al fenomeno corruttivo, anche nella sua manifestazione internazionale.

Dunque, per quanto si è appena osservato, la mancata adesione alla prospettiva della *Convenzione penale* da parte dell'ordinamento italiano non appare, invero, giustificata da sufficienti ragioni teoriche o di ordine applicativo, rischiando invece di apparire, per quanto si è detto, protesa alla

³⁰⁵ V., sul punto, MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, *supra* nota 62, p. 203.

³⁰⁶ V., sul punto, v. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, *cit. supra* nota 65, p. 68.

rimozione di ostacoli verso la perpetrazione dell'illecito.

Infatti, la natura illecita del pagamento e la perseguibilità della corruzione passiva, potrebbero avere efficacia deterrente tanto per il percettore delle somme, quanto per l'erogatore. Da un lato, infatti, il pubblico agente straniero sarebbe posto nella condizione di doversi assumere il rischio di una incriminazione penale, in uno Stato estero. Dall'altro, invece, il corruttore internazionale sarebbe posto nella condizione di dover valutare non solo il rischio concernente il segmento attivo della fattispecie, ma anche i rischi derivanti dalla criminalizzazione del segmento passivo. È, allora, evidente che la scelta di non perseguire il pubblico agente straniero attiene esclusivamente al livello di tutela che l'ordinamento italiano intende approntare per il bene giuridico protetto, in via diretta, dalla fattispecie. Lo stesso, come vedremo, non va identificato – quantomeno in prima istanza – nella tutela della pubblica amministrazione, nazionale, internazionale o straniera, bensì unicamente nella corretta competizione nel mercato internazionale da parte degli operatori economici.

In questo contesto, la perseguibilità anche dell'agente straniero, e con essa la tutela della pubblica amministrazione di appartenenza, risulterebbe strumentale alla tutela dell'interesse economico e di mercato, per cui la scelta di non prevederne l'inclusione nel primo comma dell'Art. 322 *bis* c.p. attiene esclusivamente al limite entro cui l'ordinamento intende spingersi per combattere efficacemente la corruzione internazionale.

Lo stesso può dirsi anche in relazione alla scelta di non recepire una nozione autonoma di pubblico agente, preferendovi al contrario un riferimento duplice all'ordinamento di appartenenza ed all'ordinamento interno, ovvero solo all'ordinamento interno, secondo il principio della corrispondenza funzionale.

L'Art. 322 *bis* c.p., infatti, richiede – pressoché per tutti i funzionari, sia nazionali che internazionali, con la sola eccezione dei funzionari dell'Unione – che vi sia corrispondenza con le funzioni esercitate dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio, a norma degli artt. 357 e 358 del Codice penale. Ciò comporta che l'attribuzione della qualità soggettiva dovrà essere oggetto di sindacato del giudice, il quale sarà chiamato in concreto a verificare se vi sia corrispondenza di funzioni e, dunque,

corruzione di un pubblico funzionario straniero ⁽³⁰⁷⁾.

La scelta operata dal legislatore si distanzia, invero, dal modello prospettato nella *Convenzione Ocse*. Tuttavia, come si è osservato, l'interpretazione ampia offerta dalla giurisprudenza in merito alla normativa interna consente di recuperare terreno rispetto al possibile restringimento della fattispecie sul punto, ed inoltre garantisce una maggiore precisione della fattispecie che, diversamente, sarebbe soggetta ad una più aleatoria ed imprevedibile interpretazione ⁽³⁰⁸⁾.

4.1.5. Divergenze in tema di finalità della fattispecie

L'Art. 322 *bis* c.p., a seguito della riforma intervenuta nel gennaio del 2019, persegue la corruzione attiva internazionale di qualunque entità, sia che riguardi il funzionario di uno Stato membro dell'Unione, sia che riguardi un funzionario di un altro Stato estero, sia – infine – che riguardi un funzionario di una organizzazione pubblica internazionale ⁽³⁰⁹⁾.

In particolare, l'eliminazione del requisito finalistico della condotta illecita, perseguibile se eseguita «per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali» ovvero «al fine di

³⁰⁷ V., sul punto, MANACORDA, “*Noli me tangere*”? *Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 290, p. 543. V., anche, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 77 in cui l'A. sottolinea, diversamente dagli altri soggetti, che per i funzionari dell'Unione è necessario un rapporto organico e di natura formale con le istituzioni europee, a nulla rilevando l'esercizio di fatto delle attività e delle funzioni.

³⁰⁸ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 275.

³⁰⁹ V., sul punto, l'Art. 1, comma 1, lett. o) num. 3) della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (in Gazz. Uff., 16 gennaio 2019, n. 13), recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici» il quale ha emendato l'Art. 322 *bis* c.p., eliminando nel comma secondo, n. 2, l'inciso «, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria». In merito alla novella, v. MANACORDA, *Corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 269, p. 893.

ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria» consente, anzitutto, di superare quel disallineamento – quantomeno apparente – tra corruzione internazionale europea e corruzione internazionale extraeuropea, che si registrava prima della riforma e che aveva indotto a ritenere diversa l'oggettività giuridica della fattispecie. In particolare, prima della recente novella, si era dubitato della perseguibilità – con riguardo ai funzionari di Stati esterni all'Unione – della corruzione propria ed impropria susseguente, e persino della corruzione impropria antecedente, facendo riferimento alla funzione finalistica o causale delle preposizioni, ovvero alla natura indebita del vantaggio auspicato dall'agente ⁽³¹⁰⁾.

Tale effetto chiarificatore può, invero, giudicarsi estremamente positivo, dal momento che, come si è visto, nel modello tratteggiato dal *legal framework* internazionale, la disposizione dovrebbe estendere la tutela penale ben oltre la funzione, anche oltre i doveri d'ufficio, ossia ai fatti in qualunque modo ad essi collegati, senza perciò limitarne l'ambito di applicazione alla sola corruzione propria antecedente. E, in questo senso, andava interpretata già prima della novella ⁽³¹¹⁾.

Tuttavia, l'elisione dell'inciso sopra menzionato ha l'effetto ulteriore di estendere i confini della fattispecie, sino a prevedere la perseguibilità non solo della «*big corruption*» ma anche della «*petty corruption*» di matrice internazionale, con ciò ampliando oltremodo l'ambito di applicazione della figura di reato anche a fatti verso cui l'ordinamento italiano potrebbe avere

³¹⁰ V., sul punto, MANACORDA, “*Noli me tangere*”? *Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 290, p. 538 in cui l'A. ricostruisce il dibattito dottrinale, in chiave diacronica, circa la perseguibilità della condotta di corruzione impropria, e della corruzione propria susseguente.

³¹¹ V., sul punto, in senso contrario MONGILLO, *Corruzione internazionale e mercimonio di un atto conforme ai doveri d'ufficio*, cit. *supra* nota 269, p. 1628; CENTONZE, DELL'OSSO, *La corruzione internazionale Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, cit. *supra* nota 279, p. 219; MANACORDA, “*Noli me tangere*”? *Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 290, p. 539. In senso analogo, anche parzialmente, invece, v. EPIDENDIO, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti*, cit. *supra* nota 269, p. 69; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit. *supra* nota 281, p. 243; DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. *supra* nota 65, p. 80; GENTILONI SILVERI, *Il reato di corruzione internazionale: tra globalizzazione del diritto penale e (difficile) adattamento all'ordinamento interno*, cit. *supra* nota 269, p. 2188.

uno scarso, se non assente, interesse punitivo ⁽³¹²⁾.

Da ciò discende una conseguenza ulteriore. Infatti, per effetto dell'eliminazione dell'inciso anzidetto, si verifica un'ulteriore anticipazione della tutela penale, sia rispetto al bene finale, tradizionalmente individuabile nella lesione degli interessi economici delle imprese concorrenti, sia rispetto al bene strumentale sino ad ora inteso, individuabile invece nella tutela del mercato ⁽³¹³⁾.

Difatti, la indistinta criminalizzazione dei pagamenti illeciti, di qualunque entità, non attiene soltanto a quelli suscettibili di ledere gli interessi economici delle singole imprese concorrenti, e tantomeno i soli fatti idonei a produrre una alterazione significativa del mercato. L'attenzione della fattispecie, in virtù della modifica normativa, si sposta sulla correttezza dei comportamenti del privato nei rapporti con la pubblica amministrazione straniera, e dunque, per l'impresa multinazionale, sulla correttezza nella conduzione degli affari, quindi sull'etica degli affari nel contesto commerciale ed economico internazionale. La fattispecie, in questo modo, si allontana definitivamente dalla matrice pubblicistica degli interessi tutelati dalle disposizioni in materia di corruzione del pubblico agente nazionale, già invero esclusi dalla previgente formulazione dell'Art. 322 *bis* c.p., quantomeno in relazione alla corruzione attiva internazionale ed extraeuropea, in linea con il *legal framework* sopra tratteggiato.

In questa prospettiva, nessuno spazio sembra residuare alla corruzione passiva internazionale, dal momento che il focus della fattispecie – in osservanza del quadro giuridico sovranazionale di riferimento – mira a prevenire eventuali comportamenti scorretti del privato. In base a ciò, risulta

³¹² V., sul punto, v. MANACORDA, *Corruzione internazionale*, cit. *supra* nota 269, p. 897 in cui, tuttavia, l'A. confida nella scarsa applicazione giurisdizionale della fattispecie a tali ipotesi, immaginando che l'attenzione degli inquirenti continuerà a rivolgersi verso la corruzione attiva internazionale di più significativo valore commerciale ed economico. V., sul punto, anche la Raccomandazione n. VI in *OECD Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 26/11/2009, p. 5 (disponibile su: oecd.com – ultimo accesso: 3/10/2020)

³¹³ V., sul punto, MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit. *supra* nota 119, p. 258. Sul concetto di beni strumentali, v. FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, p. 797.

ancor più auspicabile una riforma dell'Art. 322 *bis* c.p. nel senso di prevedere una figura autonoma di reato focalizzata sulla perseguibilità della condotta di corruzione attiva internazionale ⁽³¹⁴⁾.

4.2. *L'introduzione della responsabilità degli enti per le condotte corruttive: aderenza al legal framework e disciplina U.S.A.*

La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche è stata introdotta, nel nostro ordinamento, con l'adozione del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ⁽³¹⁵⁾.

Una esame analitico delle disposizioni contenute nel decreto cit. esula dall'ambito del presente elaborato, e sul punto si rinvia all'ampia letteratura in materia ⁽³¹⁶⁾.

³¹⁴ V., sul punto, VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-4, 2014, p. 17 in cui l'A., affrontando il tema della perseguibilità del privato che effettua pagamenti illeciti con o senza sollecitazione del pubblico agente, sottolinea la necessità – a livello «simbolico – espressivo» - di punire senza ambiguità tutti i comportamenti opportunistici, frutto di scelte consapevoli del corruttore, indipendentemente dalla condizione di parità o disparità nel rapporto con il funzionario. Analoghe considerazioni possono essere profuse in questa sede: la prospettiva che dovrebbe animare una auspicabile riforma della fattispecie è di rendere più evidente di quanto non lo si possa ricavare adesso in sede interpretativa, ossia già nella formulazione della disposizione, che il corruttore è punito in quanto tale.

³¹⁵ Si tratta del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (in Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140) recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300».

³¹⁶ V., sul punto, *ex multis* ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2005, p. 534; ID., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 33; ID., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 25; AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 346; BERTONAZZI, *Il D.Lgs. n. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2001, p. 1166; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2004, p. 90; COPECCHI, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 1, 2006, p. 97; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 57; DE

VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2001, pag. 1126; IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2003, p. 693; LORUSSO, *La responsabilità "da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. Pen.*, fasc. 7-8, 2002, p. 2522; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 501; ID., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. Pen.*, fasc. 3, 2003, p. 1101; MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1193; PALIERO, *Il d.lg. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845; PELISSERO, FIDELBO, *La «nuova» responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 591; PIZZOTTI, *La natura della responsabilità delle società, nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc. 3, 2002, p. 898; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2002, p. 415; ID., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Giuffrè, 2002, p. 958; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, fasc. 2-3, 2002, p. 393.

In tema di lavori monografici, *ex multis*, v. BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006; BERNASCONI, PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2018; BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Egea, Milano, 2010; DE FRANCESCO, *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, Giappichelli, Torino, 2004; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008; GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2008; GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002; GENNAI, TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2001; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Dall'esperienza statunitense ai «modelli organizzativi di gestione e controllo»*, Giuffrè, Milano, 2006; LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005; PALAZZO, (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno (15-16 marzo 2002)*, Cedam, Padova, 2003; PASCULLI, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Cacucci, Bari, 2005; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, Napoli, 2009; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004; SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè-Luiss University Press, Milano-Roma, 2006. Sugli aspetti processuali, v. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2018; MOSCARINI, *Il Procedimento penale contro le società*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 127; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS, VOENA (a cura di), *Trattato di Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

Di recente, v. MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, cit. *supra* nota 51, p. 1. V., anche, CENTONZE, DELL'OSSO, *La corruzione internazionale Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, cit. *supra* nota 279, p. 194; CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2017, p. 945; FLICK, *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, fasc. 3-4, 2018, p. 461; GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*,

Nel contesto della presente indagine, invece, meritano approfondimento le possibili divergenze sostanziali rispetto al modello convenzionale e, particolarmente, rispetto al modello statunitense, per coglierne i profili eventualmente critici di cui tenere conto nella comprensione delle ragioni che hanno condotto, sino ad ora, ad una scarsa applicazione dell'istituto nel contesto della lotta alla corruzione internazionale ⁽³¹⁷⁾.

In primo luogo, quanto al «tipo» di responsabilità, va osservato che, nello spazio lasciato dal *legal framework* sovranazionale, il legislatore nazionale ha optato per configurare quella dell'ente come una «mera» responsabilità amministrativa. Invero, ancorandola, quanto al fatto ed ai metodi di accertamento, al diritto penale e processuale penale, e dotandola di carattere strettamente punitivo, la scelta è risultata unicamente funzionale a degradare la percezione sociale della gravità dell'illecito ascrivibile all'ente, decisione – da questo punto di vista – tutt'altro che condivisibile ⁽³¹⁸⁾.

La scelta, invero, si presenta compatibile con il quadro giuridico sovranazionale, che – come si è visto – nella consapevolezza di impegnare sull'argomento giurisdizioni diverse, con regole e principi non coincidenti, non ha escluso la possibilità di definire il tipo di responsabilità in termini differenti dal sistema penale.

Tale impostazione, tuttavia, differisce dalla disciplina statunitense in cui la persona giuridica è destinataria diretta delle fattispecie incriminatrici ⁽³¹⁹⁾. Ciò non si verifica nell'ordinamento italiano, dal momento che, a norma

in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2019, p. 2091; LOTTINI, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. mer.*, fasc. 10, 2013, p. 2255; PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.Lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, p. 5.

³¹⁷ V., sul punto, VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in GAROFOLI, TREU (diretto da), *Libro dell'anno del diritto*, 2012 (disponibile su: *treccani.it* – ultimo accesso 5/10/2020); MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, cit. *supra* nota 51, p. 14.

³¹⁸ V., sul punto, PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, cit. *supra* nota 316, p. 416.

³¹⁹ V., sul punto, GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale negli U.S.A.*, Cedam, Milano, 2018, p. 20. Per una ricostruzione organica della disciplina della responsabilità penale degli

del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, l'ente può essere chiamato a rispondere, semmai, in occasione dell'illecito penale commesso da altri, ma per un fatto proprio ⁽³²⁰⁾, a talune condizioni, e cioè se – posta la commissione del reato da parte di taluni soggetti, nell'interesse o a vantaggio dell'ente ⁽³²¹⁾– si verifica il difetto organizzativo all'ente ascrivibile per colpa ⁽³²²⁾.

In particolare, se si tratta di soggetti in posizione apicale ⁽³²³⁾, l'ente risponde se non prova di aver adottato, prima della commissione del fatto illecito, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi e che lo stesso sia stato eluso fraudolentemente da tali soggetti ⁽³²⁴⁾. Nel caso di persone sottoposte all'altrui

enti nel panorama internazionale v. LEIGH, *The criminal liability of corporation in English Law*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1969, p. 1 ss.; WELLS, *Corporations and criminal responsibility*, cit. *supra* nota 236, p. 1 ss.; PIETH, IVORY (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, cit. *supra* nota 236, p. 1 ss.

³²⁰ V., sul punto, MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, cit. *supra* nota 51, p. 10.

³²¹ V., sul punto, Cass., Sez. IV penale, 23/05/2018, n. 38363 in *Cass. Pen.*, fasc. 7, 2019, p. 2694, in cui la Suprema Corte afferma che i criteri di imputazione, riferiti all'interesse e al vantaggio, sono giuridicamente distinti giacché, mentre il primo è criterio soggettivo, da valutare *ex ante*, e consistente nella proiezione finalistica volta a far conseguire all'ente un profitto indipendentemente dall'effettiva realizzazione dello stesso, il secondo è criterio oggettivo, accertabile *ex post*, e consistente nel concreto vantaggio derivato all'ente dal reato.

³²² V., sul punto, ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit. *supra* nota 316, p. 558; PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2008, p. 1516. In giurisprudenza, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 22/01/2011, n. 2251 in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 431. In termini differenti, di unicità del fatto addebitato, ancorché fuori dalla nozione tecnica del concorso, v. Cass., Sez. VI penale, 06/02/2009, n. 19764 in *Guid. Dir.*, 26, 2009, p. 82 in cui la Corte ha stabilito che «nell'ambito della criminalità d'impresa, qualora ricorrano i presupposti della responsabilità della persona fisica e della responsabilità amministrativa dell'ente si verte in ipotesi di responsabilità cumulativa dell'individuo e dell'ente collettivo, sussistendo un nesso tra le due forme di responsabilità che, pur non identificandosi con la figura tecnica del concorso, a essa è equiparabile, in quanto da un'unica azione criminosa scaturiscono una pluralità di responsabilità». Nello stesso senso, Cass., Sez. Un. penali, 2/07/08, n. 26654, in *Guid. Dir.*, 31, 2008, p. 103.

³²³ V., sul punto, l'Art. 5, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 il quale si riferisce a «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso».

³²⁴ V., sul punto, l'Art. 6, comma 1, del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

vigilanza ⁽³²⁵⁾, invece, l'ente risponde per l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, e dunque per aver contribuito per colpa alla causazione dell'illecito, salvo che il predetto modello sia stato adottato ed efficacemente attuato ⁽³²⁶⁾.

La prospettiva statunitense, invece, muove da un presupposto completamente differente, poiché l'illecito da cui deriva la responsabilità – penale – dell'ente non è semplicemente collegato al reato, bensì coincide con il reato. Il punto di partenza è che la società debba rispondere dei fatti commessi dai propri addetti od agenti, nell'ambito delle rispettive mansioni, se commesse nell'interesse dell'ente, per quanto efficaci siano le misure adottate dall'ente per prevenirli ⁽³²⁷⁾.

Risulta evidente, perciò, la divergente prospettiva del modello italiano, e dunque la «struttura» della responsabilità, ancorata sulla perseguibilità di un fatto autonomo, e precisamente nel difetto di

³²⁵ V., sul punto, l'Art. 5, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 il quale si riferisce a «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lett. a)» del medesimo comma.

³²⁶ V., sul punto, l'Art. 7, commi 1 e 2, del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Circa le differenze tra le due forme di responsabilità, v. ALESSANDRI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: osservazioni generali*, in SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 155. V., anche, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. supra nota 65, p. 86; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci. v. 3: Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto, storia e società*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2696.

³²⁷ V., sul punto, NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted*, 58 AM. J. COMP. L. Supp. 605, 2010, p. 699.

Circa le differenze tra le due forme di responsabilità, v. ALESSANDRI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: osservazioni generali*, in SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 155. V., anche, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit. supra nota 65, p. 86; AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci. v. 3: Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto, storia e società*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2696.

organizzazione ⁽³²⁸⁾.

Sul punto, va osservato che la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, di cui al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rispecchia – effettivamente – il modello contenuto nelle convenzioni europee, la cui struttura ricalca pedissequamente.

Tale modello, invero, risulta già in partenza meno efficace rispetto all'impostazione americana. Difatti, il modello continentale sembra orientato a prevenire l'attribuzione della responsabilità amministrativa, mentre il modello statunitense risulta più focalizzato sulla prevenzione dell'illecito penale, da cui la responsabilità penale della società discende. E, difatti, nel contesto giuridico americano, diversamente dalla disciplina italiana, l'adozione di adeguati modelli di organizzazione, gestione e controllo non consente all'ente di escludere la propria responsabilità, bensì solamente di ridurre la severità della sanzione. È evidente, perciò, che per usare categorie proprio del diritto civile italiano, in capo all'ente nella prospettiva giuridica statunitense si pone una obbligazione di risultato, mentre a norma del diritto italiano la disciplina si limita ad una obbligazione di mezzi ⁽³²⁹⁾.

Il modello italiano di responsabilità delle persone giuridiche, perciò, risulta rigidamente strutturato sul modello delle convenzioni di matrice europea, e con ciò rientra nei margini piuttosto ampi di cui al *legal framework* internazionale sopra osservato. Tuttavia, le apprezzabili divergenze rispetto al modello americano ne restituiscono un modello meno efficace ⁽³³⁰⁾.

Pertanto, la disciplina italiana – ancorché ispirata al rispetto del *legal framework* internazionale – risulta invero difforme dai canoni statunitensi

³²⁸ V., sul punto, MUCCIARELLI, , *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, cit. *supra* nota 51, p. 13.

³²⁹ V., in senso contrario, MUCCIARELLI, , *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, cit. *supra* nota 51, p. 10 in cui l'A. ritiene «opportuna» la scelta operata dal legislatore italiano, nel senso di prevedere una responsabilità per colpa, la quale incentiva l'ente ad assumere comportamenti rispettosi della legalità, e nel contempo scongiura che una forma di responsabilità di carattere oggettivo conduca alla «preventiva forfettizzazione della sanzione».

³³⁰ V., sul punto, CERESA GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019, p. 1 ss. (disponibile su: archivioldpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso: 10/10/2020).

che contribuiscono a fare della *corporate liability* di matrice americana il modello più efficace nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale commessa dalle imprese multinazionali ⁽³³¹⁾.

Un ripensamento della disciplina italiana, sia in ordine al tipo di responsabilità, sia in merito alla struttura dell'addebito sarebbero – in questo ambito – senz'altro auspicabili ⁽³³²⁾.

5. IL FALLIMENTO DEL *LEGAL TRANSPLANT* E IL DELUDENTE LIVELLO DI *ENFORCEMENT* DELLA DISCIPLINA ITALIANA: ALCUNE PRIME NOTAZIONI CONCLUSIVE

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale ha compiuto, come si è visto nei paragrafi precedenti, un lungo percorso in cui la cooperazione all'interno delle organizzazioni internazionali più importanti e rappresentative ha svolto il ruolo più rilevante ⁽³³³⁾.

La lotta alla corruzione internazionale, sotto l'incessante azione di impulso degli Stati Uniti d'America, sebbene abbia incontrato non poche resistenze, nel corso del tempo, è riuscita a divenire – quantomeno nelle intenzioni – un'esigenza condivisa dagli Stati le cui iniziative di politica criminale risultano essere ancora oggi più rilevanti nel panorama internazionale, anche dal punto di vista economico e sociale ⁽³³⁴⁾.

L'azione di sensibilizzazione e di stimolo della potenza americana si

³³¹ V., sul punto, CARPENTER, STUTSMAN, *Corporate liability under the FCPA: identifying defense opportunities*, in Min. St. Bar Ass., 2014, p. 1 ss.

³³² V., sul punto, NOVELLO, *La self-disclosure e il monitor nella esperienza applicativa del Foreign Corrupt Practices Act. Spunti per una possibile modifica della disciplina della responsabilità "da reato" degli enti*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 4, 2015, p. 1027.

³³³ V., sul punto, BACIO TERRACINO, *The international legal framework against corruption. States' obligations to prevent and repress corruption*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2012, p. 81 in cui l'A. sottolinea il ruolo delle convenzioni internazionali, pur con le peculiarità di ciascuna, verso il progressive consolidamento di un quadro giuridico sovranazionale in materia di corruzione.

³³⁴ V., sul punto, SEVERINO, *Il problema del contrasto alla corruzione*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 5.

è tradotta, progressivamente, nel tentativo di esportare il modello statunitense e di impiantarla negli ordinamenti giuridici stranieri, attraverso lo strumento delle convenzioni internazionali, come si è visto, via via sempre più dettagliate e cogenti. In altre parole, il processo di criminalizzazione ha preso le forme di un tentativo di *legal transplant*, dapprima dal modello statunitense al modello convenzionale, e poi da quest'ultimo agli ordinamenti nazionali ⁽³³⁵⁾.

La via mediata attraverso le organizzazioni pubbliche internazionali è risultata l'unica strada percorribile, dal momento che solo attraverso l'adozione di obbligazioni largamente condivise le potenze straniere avrebbero accettato l'adozione di regole potenzialmente pregiudizievoli per gli affari economici interni, pubblici e privati. Difatti, a ben più modesti risultati sarebbe pervenuta *la politica della persuasione* se l'azione degli Stati Uniti si fosse limitata alla cooperazione bilaterale, invece che – com'è avvenuto – esplicitarsi in sede multilaterale.

Il metodo impiegato, difatti, è riuscito nell'intento di condurre i paesi stranieri lungo il percorso auspicato dagli Stati Uniti, e cioè verso una progressiva criminalizzazione della corruzione internazionale. Lungo questo percorso, tuttavia, l'adattamento ai principi dell'ordinamento interno ed il rifiuto di alcune peculiarità esogene ha comportato il generale fallimento dell'operazione di *legal transplant*.

Tale fallimento si è verificato in due momenti. Anzitutto, nella elaborazione di un quadro di disposizioni condivise sul piano internazionale, dal momento che, come si è osservato, alcuni aspetti della disciplina statunitense non hanno trovato adeguata condivisione in seno alle organizzazioni internazionali, e conseguentemente alcun recepimento nelle convenzioni dalle stesse elaborate. Guardando poi, con maggiore interesse, alla disciplina italiana, è proprio nel processo di recepimento degli obblighi negoziali che al tentativo di *legal transplant* è corrisposta una vera e propria crisi di rigetto. Difatti, l'atteggiamento del legislatore italiano – al netto dei

³³⁵ V., sul punto, HILLS, *Universal Anti-Bribery Legislation Can Save International Business: A Comparison of the FCPA and the UKBA in an Attempt to Create Universal Legislation to Combat Bribery around the Globe*, 13 Rich. J. Global L. & Bus. 469, 2014, p. 469.

ritardi con cui le convenzioni internazionali sono state dapprima ratificate e poi eseguite – sembra aver rifiutato l’idea stessa di un innesto, preferendovi invece un approccio diverso, nel senso di un graduale allargamento della disciplina interna al fine di comprendere, quanto più possibile, gli *input* di matrice internazionale in materia di corruzione.

Il legislatore, in tale ambito, non si è rivelato capace di recepire anzitutto la prospettiva che soggiace al *legal framework* internazionale, già di per sé ridimensionata – nella sua capacità di incidere e di rivelarsi efficace – dalla mediazione resasi necessaria nel processo di elaborazione delle convenzioni. Difatti, divergenze di fondo, affatto trascurabili, sono emerse nel confronto tra la disciplina interna ed il quadro giuridico di matrice sovranazionale. E, come si è osservato, il disallineamento rispetto al *legal framework* ha inciso negativamente sul livello assai modesto di *enforcement* della fattispecie italiana.

È, probabilmente, questo l’aspetto più significativo che emerge dall’analisi del processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, e cioè non soltanto il fallimento del *legal transplant* sul piano normativo, quanto piuttosto la sua incidenza nel contesto applicativo. L’inadeguatezza delle disposizioni interne in materia di corruzione internazionale, infatti, rende la disciplina italiana pressoché inapplicata e inapplicabile, tanto da renderne auspicabile un suo radicale ripensamento.

Sul punto, i dati del WGB non lasciano spazio a conclusioni differenti: la disciplina italiana, e non vi è ragione per ritenere – dati alla mano – che ciò non coinvolga anche gli altri paesi interessati dal tentativo di *legal transplant* sopra descritto, alla prova dei fatti, risulta avere uno scarso livello di *enforcement*.

Nell’ultimo *Report* pubblicato dal predetto organismo Ocse, infatti, risulta che su 615 persone fisiche sanzionate nei paesi aderenti alla *Convenzione Ocse*, dal 1999 ad oggi, per il reato di corruzione internazionale, appena 13 sono quelle sanzionate in Italia: il 2% ⁽³³⁶⁾. Delle 203 sanzioni

³³⁶ V., sul punto, la Tabella 1A del *Report* elaborato dal WGB dell’Ocse intitolato “2018 *Enforcement of the Anti-Bribery Convention. Investigation, proceedings, and sanctions*”, 2019, p. 3 (disponibile su: *oecd.com* – ultimo accesso: 3/10/2020).

penali irrogate alle persone giuridiche, perseguite per lo stesso reato, nello stesso periodo, appena 6 riguardano la giurisdizione italiana: meno del 3%⁽³³⁷⁾. Il dato è addirittura peggiore se si guarda alle sanzioni di natura civile o amministrativa, in cui la percentuale italiana scende allo 0%, sia con riguardo alle persone fisiche, sia con riguardo alle persone giuridiche⁽³³⁸⁾.

L'analisi incrociata dei dati, con particolare riguardo alla capacità dei vari ordinamenti di sanzionare le persone giuridiche per fatti di corruzione internazionale, rende oltremodo evidente come il *legal transplant*, dalla normativa statunitense alle legislazioni nazionali, abbia fallito il proprio obiettivo finale. Infatti, all'esito del processo di criminalizzazione, gli Stati Uniti detengono il record assoluto di sanzioni penali (136 su 203: il 70%) e non-penali (83 su 108: il 77%) irrogate agli enti, mentre i restanti paesi del G7 si attestano su percentuali irrisorie, significative di un problema generalizzato e diffuso, com'è evidenziato nella tabella seguente⁽³³⁹⁾.

Tabella 13. – *Sanzioni penali, civili o amministrative irrogate agli enti*

Paese	Sanzioni penali	Sanzioni non-penali
Canada	3 su 203: 1,5%	0 su 108: 0%
Francia	5 su 203: 2,5%	0 su 108: 0%
Germania	11 su 203: 5,4%	7 su 108: 6,5%
Giappone	10 su 203: 4,9%	6 su 108: 5,6%
Italia	6 su 203: 2,9%	0 su 108: 0%
Regno Unito	10 su 203: 4,9%	10 su 108: 9,2%

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ V., sul punto, la Tabella 1B del *Report* elaborato dal WGB dell'Ocse intitolato "2018 *Enforcement of the Anti-Bribery Convention. Investigation, proceedings, and sanctions*", 2019, p. 5 (disponibile su: *oecd.com* – ultimo accesso: 3/10/2020).

³³⁹ I dati riportati sono stati estrapolati dalla Tabella 1A e dalla Tabella 1B del *Report* elaborato dal WGB dell'Ocse intitolato "2018 *Enforcement of the Anti-Bribery Convention. Investigation, proceedings, and sanctions*", 2019, pp. 3-5 (disponibile su: *oecd.com* – ultimo accesso: 3/10/2020).

Stati Uniti	136 su 203: 70%	83 su 108: 77%
-------------	-----------------	----------------

Tali dati costituiscono, anzitutto, la più evidente dimostrazione empirica del fallimento del *legal transplant* sotto il profilo dei risultati: difatti, oltre due terzi delle sanzioni agli enti – oramai veri protagonisti dell’azione di contrasto alla corruzione internazionale – sono state inflitte dagli Stati Uniti, mentre la legislazione dei restanti paesi annaspa e si dimostra, per via degli stessi dati, del tutto inefficace rispetto ad un fenomeno globalmente diffuso. È, ovviamente, anche il caso dell’Italia la cui legislazione interna si è rivelata del tutto inadeguata a combattere efficacemente la corruzione internazionale. A fronte di risultati così largamente insoddisfacenti, essa andrebbe radicalmente ripensata⁽³⁴⁰⁾.

In tale ottica, non risulterebbe incomprensibile domandarsi se un auspicabile ed opportuno ripensamento della disciplina italiana debba concentrarsi ancora sul *legal framework* emergente dalle convenzioni internazionali o invece focalizzarsi, più direttamente, dalla fonte, ossia dalla legislazione statunitense, laddove la stessa sia compatibile con i principi cardine del nostro ordinamento.

Sul punto, va osservato come i dati sopra menzionati siano sintomatici, altresì, del fallimento del *legal transplant* come metodo poiché, partendo dall’esempio italiano, non solo il nostro ordinamento non risulta essersi pienamente conformato al quadro giuridico condiviso sul piano sovranazionale, ma esso, a sua volta, risulta aver recepito solo in parte il modello statunitense. Perciò, appare del tutto lecito, anzitutto, interrogarsi se

³⁴⁰ V., sul punto, MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, supra nota 62, p. 143 in cui l’A., prima dell’introduzione dell’Art. 322 bis c.p., e dunque prima che avesse termine il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale di cui si è largamente parlato, osservava l’assoluta inadeguatezza del sistema penale previgente in relazione alla corruzione del pubblico agente straniero ed internazionale, osservando la necessità di provvedere in un quadro giuridico internazionale omogeneo, al fine di evitare la creazione di aree geografiche in cui la risposta penale al tema della corruzione internazionale si prestasse ad opportunistiche «intensità variabili». A distanza di due decenni, e pure a fronte dell’imponente operazione di adeguamento dell’ordinamento italiano rispetto agli impulsi provenienti dalla comunità internazionale e dalle convenzioni in materia, il giudizio permane ancora in termini di inadeguatezza. È evidente, vale appena il caso di sottolinearlo, che molto è stato fatto, ma non può dirsi abbastanza.

un ripensamento della fattispecie di cui all'Art. 322 *bis* c.p. debba avvenire ancora nel solco del *legal transplant* avviato ormai oltre quarant'anni fa, oppure se l'ipotesi più opportuna risulta essere – oggi – quella di far convergere la disposizione italiana direttamente sul modello statunitense⁽³⁴¹⁾.

La risposta a tale interrogativo non può che essere conseguente ad una approfondita analisi della disciplina del FCPA, su cui si concentrerà il prossimo capitolo.

In questa sede, tuttavia, vale la pena sottolineare come verso questa seconda direzione si siano mossi altri ordinamenti, e precisamente alcuni di quelli sopra menzionati, come quello inglese⁽³⁴²⁾, quello francese⁽³⁴³⁾ e, da ultimo, quello canadese⁽³⁴⁴⁾, i quali hanno conosciuto riforme largamente

³⁴¹ V., sul punto, MAKINWA, *Private remedies for corruption. Towards an international framework*, cit. *supra* nota 59, p. 101 in cui l'A. osserva che, data la propensione del FCPA ad essere applicato extraterritorialmente, e conseguentemente la rilevante capacità sanzionatoria, lo strumento normativo pone gli Stati Uniti di fronte ad un bivio, ossia attendere che gli altri paesi convergano verso il modello del FCPA ovvero rivedere la disciplina per renderla meno severa, rischiando altrimenti di pregiudicare unicamente le multinazionali americane. In verità, come vedremo nel corso dell'elaborato, la soluzione adottata dagli Stati Uniti sarà quella di imporre non tanto le disposizioni normative, quanto le sanzioni che esse stabiliscano, alle imprese multinazionali straniere. Così facendo, come la stessa A. sottolinea, gli Stati Uniti hanno visto progressivamente prevalere i propri *standard* come universali.

³⁴² V., sul punto, il *Bribery Act* (2010), Chapter 23, recante «an Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes». Sulla disciplina, in generale, in esso contenuta, v. NICHOLLS, DANIEL, BACARESE, MATON, HATCHARD, *Corruption and misuse of the public office*, cit. *supra* nota 18, p. 58; DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, cit. *supra* nota 119, p. 125. V., inoltre, LORD, KING, *Negotiating non-contention. Civil recovery and deferred prosecution in response to transnational corporate bribery*, in CAMPBELL, LORD (Edited by), *Corruption in commercial enterprises. Law, theory and practice*, Routledge Publ., London, 2018, p. 244 in cui l'A. sottolinea la scarsa applicazione avuta, sino ad ora, dalle predette disposizioni.

³⁴³ V., sul punto, LOI n° 2016-1691 del 9 dicembre 2016 «relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique». Sulla disciplina, in generale, contenuta nella Loi Sapin II, v. BREEN, *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, cit. *supra* nota 122, p. 152; BRIGANT (Dir. da), *Le risque de corruption*, Dalloz, Paris, 2018, p. 5; LÉNA, MAUD, ROYER ERWAN, *Anticorruption. La loi Sapin 2 en application*, Dalloz, Pariz, 2018, p. 9. V., inoltre, sugli effetti per le multinazionali, LE FÈVRE, *Le nouvelles obligations anticorruption pesant sur les grandes entreprises: un bouleversement à la fois pratique et culturel*, in LÉNA, ROYER, *Anticorruption. La loi Sapin 2 en application*, Dalloz, Pariz, 2018, p. 127. Un commento, nella dottrina italiana, è contenuto in GALLI, *Giudicare l'avvenire: uno studio a partire dalla convention judiciaire d'intérêt public*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2018, p. 1285.

³⁴⁴ V., sul punto, le recenti modifiche introdotte al Corruption of Foreign Public Officials Act (S.C. 1998, c. 34). V., in argomento, KHOUNGUI, *Canada's new DPA regime brings internal*

ispirate al modello statunitense.

Si tratta, in larga parte, di disposizioni piuttosto recenti sprovviste, per il momento, di un *case law* sufficientemente ampio da consentire all'osservatore di abbozzare conclusioni di ordine generale. Tuttavia, è pur vero che già dalle prime applicazioni le stesse non sembrano in grado di eguagliare il modello statunitense sotto il profilo dell'*enforcement*, con ciò aumentando le perplessità già anticipate sul *legal transplant* come metodo, quand'anche focalizzato direttamente sulla disciplina originaria di matrice americana ⁽³⁴⁵⁾.

Nel contempo, tali riforme confermano un dato che apparirà da subito evidente ad un primo esame della sfera applicativa del FCPA, e cioè che l'efficienza del modello americano non attiene unicamente alle disposizioni di carattere sostanziale, bensì sembrano rivestire un ruolo decisivo le modalità di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale, del tutto alternativi al processo ⁽³⁴⁶⁾. Ciò comporterà, come vedremo, la necessità di espandere l'oggetto dell'analisi, non limitandola alle sole disposizioni di carattere sostanziale, bensì approfondendo anche l'aspetto degli strumenti di risoluzione negoziale, per valutare compiutamente se la disciplina statunitense costituisce il modello giuridico cui fare complessivamente riferimento, ammesso – e ciò dovrà essere dimostrato all'esito di tale indagine – che la stessa possa essere recepita e non si ponga in conflitto con il nostro ordinamento ⁽³⁴⁷⁾.

controls to the forefront, 22 agosto 2019, p. 1 (disponibile su: *fcpablog.com* – ultimo accesso: 3/10/2020); GARRETT, *Declining Corporate Prosecutions*, 57 Am. Crim. L. Rev. 109, 2020, p. 141, in cui – tra l'altro – l'A. osserva che quanto accaduto nella legislazione canadese è un trend che rischia di diffondersi a macchia d'olio, dopo l'esempio del Regno Unito e della Francia, cui è di recente – per l'appunto, si è aggiunto il Canada. Per una panoramica della normativa canadese, in materia di corruzione dei pubblici funzionari stranieri, v. DEMING, *Canada's Corruption of Foreign Public Of Foreign Public Officials Act and Secret Commissions Offense*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 369, 2014, p. 369

³⁴⁵ V., sul punto, CABIROL, *Anticorruption: Sonepar devient le premier groupe français certifié conforme à la loi Sapin II*, p. 1 (disponibile su: *latribune.fr* – ultimo accesso: 10/07/2019).

³⁴⁶ V., sul punto, MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, cit. *supra* nota 51, p. 10 in cui l'A. sottolinea come le regole processuali difficilmente possono costituire il meccanismo per contrastare efficacemente fenomeni di devianza criminale di dimensione sociale così rilevante come quello corruttivo.

³⁴⁷ V., sul punto, PIETH, *Negotiating settlements in a broader law enforcement context*, in

L'analisi, è bene precisarlo, non sarà ispirata alla necessità unicamente teorica di compiere una indagine secondo una prospettiva *de iure condendo*, bensì risulterà dettata dalla necessità di confrontarsi con un fenomeno che ha già avuto inizio.

Infatti, come in parte si è già accennato e più approfonditamente si evidenzierà nel corso dell'elaborato, l'azione di contrasto alla corruzione internazionale, da parte degli Stati Uniti – progressivamente, a partire dagli anni Duemila – ha mutato radicalmente la propria visione, abbandonando definitivamente la prospettiva del *legal transplant*, ed abbracciando invece una dimensione del tutto nuova, non più ispirata alla **forza della persuasione** all'interno delle organizzazioni internazionali, bensì improntata alla **forza della sanzione**, che gli Stati Uniti applicano extraterritorialmente alle multinazionali straniere.

Ciò comporta una duplice conseguenza: da un lato, gli Stati saranno necessariamente chiamati a confrontarsi con tale nuova prassi applicativa, ad adeguarsi ad essa ovvero ai suoi presupposti; dall'altro, il fatto che essa ha già cominciato ad incidere sulle politiche delle imprese multinazionali, dal momento che le società estere, che operano nel mercato internazionale, risultano essere il principale bersaglio di tale disciplina, comportando perciò la necessità di adeguarsi ad essa, nelle more di qualsiasi decisione verrà assunta da parte dei rispettivi paesi di origine.

L'indagine avrà, perciò, da un lato, l'ambizione di contribuire ad individuare la rotta lungo la quale dovrà muovere l'ordinamento italiano, nel prossimo futuro, nel tentativo di assicurare che l'efficienza non rechi pregiudizio ai diritti fondamentali, e, dall'altro, attraverso l'esame della disciplina statunitense, la funzione ulteriore e tutt'altro che secondaria di trarne i requisiti essenziali, in termini di *compliance*, che l'impresa multinazionale anche italiana deve soddisfare al fine di ridurre il rischio di essere soggetta alle pesanti sanzioni inferte dalle autorità americane.

SOREIDE, MAKINWA (Edited by), *Negotiated settlements in bribery cases*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2020, p. 21 in cui l'A. sottolinea come, sebbene si tratti di un approccio alquanto nuovo all'esterno degli Stati Uniti, esso sta assumendo i tratti di una tendenza sempre più consolidata.

CAPITOLO III

LA STRUTTURA E L'APPLICAZIONE UNIVERSALE DEL FCPA

1. **PREMESSA**

Le premesse storiche e politiche che portarono all'adozione del FCPA, ossia la necessità di rispondere con uno strumento legislativo forte, in grado di reprimere le condotte di corruzione dei pubblici funzionari stranieri, emerse tanto nella loro pervasività, quanto nella diffusione, nel contesto delle imprese multinazionali, comportarono la scelta di criminalizzare la corruzione internazionale.

L'analisi degli schemi corruttivi emersi nel periodo *Watergate*, le audizioni di fronte al *Church Committee* ed alla omologa Commissione del Senato, le indagini compiute dalla SEC ed i *Report* elaborati sulla base delle investigazioni effettuate, contribuirono alla elaborazione della struttura del testo di legge approvato definitivamente dal Congresso degli Stati Uniti nel 1977. Difatti, Nei «*bribery schemes*» venuti alla luce con gli scandali degli anni '70, emerse una particolare connessione tra gli *improper payments* ai funzionari stranieri e la falsificazione delle scritture contabili, con la creazione di fondi neri come provvista per le pratiche corruttive. La creazione di provviste economiche per alimentare la corruzione degli ufficiali risultò, dunque, un tema da affrontare simultaneamente alle disposizioni *anti-bribery*. Nel *Report* della SEC consegnato all'esito delle indagini sugli scandali, difatti, i responsabili dell'autorità di garanzia del mercato azionario raccomandarono al Congresso di prevedere, oltre alle disposizioni in materia di *corruption*, norme che imponessero alle imprese multinazionali regole precise sulla corretta tenuta dei libri contabili e sistemi di controllo interni per garantirne l'osservanza.

Tali considerazioni furono alla base della *struttura bipartita* del FCPA che, come anticipato, contiene sia disposizioni che vietano il ricorso a pratiche corruttive di pubblici ufficiali stranieri, sia, allo stesso tempo,

prescrizioni proibiscono l'alterazione della contabilità e del bilancio delle imprese, dunque sia «*anti-bribery provisions*» che «*books and records and internal controls provisions*», come auspicato dagli ufficiali della SEC che manifestarono espressamente la necessità di intervenire su questo secondo aspetto ⁽³⁴⁸⁾.

I paragrafi che seguono, conseguentemente, si concentreranno sull'analisi della disciplina contenuta nel FCPA e sulle ragioni della sua particolare efficacia, dapprima soffermandosi sulle disposizioni anticorruzione (*infra*, § 2), proseguenti l'analisi sulle disposizioni in materia di corretta tenuta delle scritture contabili (*infra*, § 3), evidenziandone le risultanze sul piano applicativo (*infra*, § 4). Successivamente, l'indagine proseguirà focalizzando diffusamente l'attenzione sui particolari metodi di risoluzione «negoziale» dei casi di corruzione internazionale in cui si esplica ed in base ai quali, in gran parte, si giustifica l'efficacia del modello statunitense (*infra*, § 5), per poi tracciare alcune provvisorie conclusioni circa le peculiari caratteristiche che ne fanno uno strumento normativo così efficace (*infra*, § 6).

Come si vedrà, un contributo determinante, in proposito è fornito proprio dalle disposizioni di ordine processuale, ossia dalla negoziazione di accordi con l'autorità inquirente, per evitare l'instaurarsi di un processo. Tuttavia, le irrinunciabili premesse all'efficacia complessiva del sistema statunitense sono costituite dalle disposizioni sostanziali contenute nel FCPA, dalla cui analisi occorre perciò partire.

³⁴⁸ V., sul punto, SEC, *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*, cit. *supra* nota 71, p. 1 ss. In tema di possibili prospettive di riforma del FCPA, nel senso di includervi anche crimini contro l'umanità, v. PENALVER, *Corporate Disconnect: The Blackwater Problem and the FCPA Solution*, 19 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 459, 2010, p. 490. In argomento, v. WADE, *An Examination of the Provisions and Standards of the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 255, 1982, p. 255; TIMMENY, *An Overview of the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 235, 1982, p. 235.; LONGOBARDI, *Reviewing the Situation: What Is to Be Done with the Foreign Corrupt Practices Act*, 20 Vand. J. Transnat'l L. 431, 1987, p. 431.

2. LE DISPOSIZIONI ANTICORRUZIONE: «ANTI-BRIBERY PROVISIONS»

Il FCPA introduce un esplicito divieto di corrispondere o promettere tangenti o utilità in genere, nei confronti di ufficiali stranieri, in via diretta o indiretta ⁽³⁴⁹⁾.

Come si vedrà, il testo delle prescrizioni normative è differenziato in relazione a ciascuna delle tre categorie di soggetti agenti individuati dal testo legislativo come sottoposti alla disciplina. Tuttavia, la struttura delle disposizioni *anti-bribery* è pressoché uniforme, e consta di nove differenti *features*:

- a) le «*Prohibitions*» ⁽³⁵⁰⁾;

³⁴⁹ Per una panoramica sul FCPA, v. DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, Progressive Management Publications, 2012, p. 5 ss. Per un primo commento v. FRIEDMAN, RODRIGUEZ, SMITHLINE, *DOJ and SEC Issue Long Anticipated FCPA Guidance: Resource Guide Sheds Light, but Gray Areas Remain*, 2012 Bus. L. Today 1, 2012, p. 1 ss.; MURPHY, KUTCHER, *What the SEC and DOJ Resource Guide to the FCPA Means for Multi-National Companies*, 2013 Bus. L. Today 1, 2013, p. 1 ss. V., inoltre, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition*, 2020, p. 1 ss (disponibile su: [justice.gov](https://www.justice.gov) – ultimo accesso: 7/10/2020); KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 1 ss; DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, cit. *supra* nota 119, p. 3 ss; TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, ABA ed., V ed., Chicago, 2018, p. 1 ss; MURPHY, *Foreign Corrupt Practices Act: a practical resource for managers and executives*, John Wiley & Sons, 2010, p. 1 ss; BIEGELMAN, M. T., BIEGELMAN, D. R., *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: protecting your organization from bribery and corruption*, Wiley, 2010, p. 1 ss; CASSIN, *Bribery everywhere: chronicles from the Foreign Corrupt Practices Act*, Lulu, 2009, p. 1 ss; ID., *Bribery abroad: lessons from the Foreign Corrupt Practices Act*, Lulu, 2008, p. 1 ss; BIALOS, HUSISIAN, *The Foreign Corrupt Practices Act: coping with corruption in transnational economies*, Oceana Publications, 1997, p. 1 ss; LEVENSON, *Corporate compliance and the FCPA*, Glasser LegalWork, 1997, p. 1 ss; BEST, *The Foreign Corrupt Practices Act: a compliance approach*, Nat. Leg. Center for the Public Int., 1996, p. 1 ss; ZARIN, *Doing business under the Foreign Corrupt Practices Act*, Practising Law Inst., 1995, p. 1 ss.; GREANIAS, WINDSOR, *The Foreign Corrupt Practices Act: anatomy of a statute*, Lexington Books, 1982; p. 1 ss.

Nella dottrina italiana, v., *ex multis*, ACQUAVIVA, *Il Foreign Corrupt Practices Act: la legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, in *Liuc Papers* n. 89, *Serie Impresa e Istituzioni*, 16 agosto 2001, p. 1 (disponibile su: biblio.liuc.it – ultimo accesso 5/10/2020).

Invece, con riguardo al tema della corruzione domestica, negli Stati Uniti d’America, v. GATTA, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti: strategie politico-giudiziarie e crisi del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, p. 1281; TESTA, «*Ma in America questo non si può*». *La lotta alla public corruption negli Stati Uniti*, in *DPCE Online*, [S.l.], v. 38, n. 1, apr. 2019, p. 1.

³⁵⁰ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a) per i «*domestic concerns*»;

- b) le «*Exceptions for routine governmental action*» ⁽³⁵¹⁾;
- c) le «*Affirmative defenses*» ⁽³⁵²⁾;
- d) l' «*Injunctive relief*» ⁽³⁵³⁾;
- e) le «*Guidelines by Attorney General*» ⁽³⁵⁴⁾;
- f) le «*Opinions of Attorney General*» ⁽³⁵⁵⁾;
- g) le «*Penalties*» ⁽³⁵⁶⁾;
- h) le «*Definitions*» ⁽³⁵⁷⁾;
- i) l' «*Alternative jurisdiction*» ⁽³⁵⁸⁾;

In gran parte, come si avrà modo di notare, si tratta di disposizioni sovrapponibili. Ciò, quantomeno, con riguardo alla parte di «*prohibition*», e quindi delle fattispecie incriminatrici. Invece, differenti disposizioni si osservano in materia di «*injunction*», «*guidelines*» e «*opinions*» del procuratore, ancora con riguardo alle «*penalties*» ed infine alla c.d. «*alternative jurisdiction*» ⁽³⁵⁹⁾.

Per la piena comprensione della portata del FCPA, e del sistema di disposizioni che esso contiene, occorre andare con ordine, seguendone la struttura e le sue *features*.

78dd-3(a) per gli «*others*».

³⁵¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(b) per gli «*issuers*»; 78dd-2(b) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(b) per gli «*others*».

³⁵² V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c) per gli «*issuers*»; 78dd-2(c) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(c) per gli «*others*».

³⁵³ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(d) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(d) per gli «*others*». Tale *features* è assente nella disciplina dettata in relazione agli «*issuers*».

³⁵⁴ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(d) per gli «*issuers*»; 78dd-2(e) per i «*domestic concerns*». Tale *features* è assente nella disciplina dettata in relazione agli «*others*».

³⁵⁵ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(e) per gli «*issuers*»; 78dd-2(f) per i «*domestic concerns*»; Tale *features* è assente nella disciplina dettata in relazione agli «*others*».

³⁵⁶ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(e) per gli «*others*». Tale *features* è assente nella disciplina dettata in relazione agli «*issuers*».

³⁵⁷ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f) per gli «*issuers*»; 78dd-2(h) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(f) per gli «*others*».

³⁵⁸ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g) per gli «*issuers*»; 78dd-2(i) per i «*domestic concerns*». Tale *features* è assente nella disciplina dettata in relazione agli «*others*».

³⁵⁹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3.

2.1. *Le fattispecie incriminatrici («Prohibitions»)*

Il FCPA, come si è sopra anticipato, detta tre specifiche *anti-bribery provisions*, declinate singolarmente per ciascuna delle tre categorie di soggetti-agenti che dunque sono individuati dalla fattispecie come sottoposti alla disciplina statunitense in materia di contrasto alla corruzione internazionale. Si tratta, come si vedrà, degli «*issuers*», dei «*domestic concerns*» e degli «*others*». Sebbene la tecnica legislativa abbia optato per la costruzione di tre differenti disposizioni *anti-bribery*, la *struttura* ed il *contenuto* delle stesse, fatta eccezione per qualche specificità su cui si avrà modo di soffermarsi, sono pressoché comuni. In buona sostanza, sebbene le disposizioni normative siano declinate in tre differenti sotto-paragrafi del FCPA, il testo è quasi identico.

In particolare, dalla semplice lettura delle fattispecie, si può agevolmente notare come la *struttura* sia la medesima: in apertura, l'individuazione dei soggetti-agenti, poi diffusamente la descrizione dell'elemento materiale del reato ed, infine, l'elemento soggettivo. Pressoché sovrapponibile è, poi, il *contenuto* delle tre disposizioni, salvo per due peculiari aspetti, presenti nella sola norma riservata agli «*others*» e che, come vedremo, riguardano la connessione territoriale e la forma della condotta.

Più precisamente, si può osservare che la *parte iniziale* del testo è fisiologicamente differente in ciascuna delle tre disposizioni, giacché individua, in dettaglio, gli agenti cui è rivolta la singola prescrizione, ai sensi della quale divengono per ciò sottoposti al FCPA ⁽³⁶⁰⁾. Il *nucleo essenziale* della fattispecie incriminatrice è, però, comune, e contiene il divieto di dare od offrire tangenti a pubblici funzionari stranieri, esponenti politici stranieri e coloro che a tali cariche sono candidati, ed infine intermediari ⁽³⁶¹⁾. In *conclusione*, si prevede che tali condotte siano perseguibili in quanto finalizzate ad ottenere o mantenere un qualche vantaggio di natura

³⁶⁰ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «*issuers*», 78dd-2(a) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a) per gli «*others*».

³⁶¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1)(2)(2) per gli «*issuers*», 78dd-2(a) (1)(2)(2) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a) (1)(2)(2) per gli «*others*».

economica ⁽³⁶²⁾.

Per gli «*issuers*» e i «*domestic concerns*» è poi prevista una particolare modalità di commissione del reato, ed al contrario non si prevede che debba essere commesso all'interno dei confini territoriali degli Stati Uniti. Come vedremo, nel caso degli «*others*», la fattispecie incriminatrice presenta, invece, caratteristiche diverse ⁽³⁶³⁾.

Il testo della parte delle tre disposizioni riservata alle «*Prohibitions*», con in evidenza le differenze, è il seguente:

§ 78dd-1 – <i>Issuers</i>	§ 78dd-2 – <i>Domestic Concerns</i>	§ 78dd-3 – <i>Others</i>
<p>(a) Prohibition</p> <p>It shall be unlawful for any 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, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, 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—</p> <p>(1) any foreign official for purposes of—</p> <p>(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</p> <p>(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign</p>	<p>(a) Prohibition</p> <p>It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, 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—</p> <p>(1) any foreign official for purposes of—</p> <p>(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</p> <p>(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign</p>	<p>(a) Prohibition</p> <p>It shall be unlawful for any person other than an issuer that is subject to section 78dd-1 of this title or a domestic concern (as defined in section 78dd-2 of this title), or for any officer, director, employee, or agent of such person or any stockholder thereof acting on behalf of such person, while in the territory of the United States, corruptly to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce or to do any other act 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—</p> <p>(1) any foreign official for purposes of—</p> <p>(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</p> <p>(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign</p>

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-3(a)

<p>government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,</p> <p>in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;</p> <p>(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of—</p> <p>(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</p> <p>(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,</p> <p>in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or</p> <p>(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—</p> <p>(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</p> <p>(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,</p>	<p>government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,</p> <p>in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;</p> <p>(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of—</p> <p>(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</p> <p>(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,</p> <p>in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or</p> <p>(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—</p> <p>(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</p> <p>(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,</p>	<p>government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,</p> <p>in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;</p> <p>(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of—</p> <p>(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</p> <p>(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,</p> <p>in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or</p> <p>(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—</p> <p>(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</p> <p>(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,</p>
---	---	---

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.	in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.	in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.
---	---	---

Prima di addentrarci analiticamente nell'analisi del contenuto delle prescrizioni e delle due peculiari differenze già accennate, ossia la necessità – per gli «*others*» – che la condotta avvenga dentro i confini territoriali degli Stati Uniti per essere punibile, nonché il catalogo apparentemente più esteso delle modalità con cui la loro condotta corruttiva può essere commessa, è preferibile partire, anzitutto, dall'individuazione e l'analisi dei soggetti che sono tenuti a rispettare l'FCPA, e dunque dal suo *ambito soggettivo* di applicazione. In relazione a ciascuno di questi soggetti, come vedremo, è poi stabilita una pressoché comune disciplina di dettaglio, che dunque individua l'*ambito oggettivo* di applicazione del testo legislativo ⁽³⁶⁴⁾.

2.1.1. Gli agenti

In generale, le *anti-bribery provisions* vietano di pagare tangenti, formulare l'offerta o la promessa di corrisponderne, oppure autorizzare il pagamento di somme di denaro, la consegna di regali, o qualsiasi altra utilità, a pubblici ufficiali stranieri, in maniera anche indiretta, allo scopo di influenzare le decisioni d'ufficio o di convincerli ad operare in violazione dei doveri d'ufficio ⁽³⁶⁵⁾.

Come si è accennato sopra, tale divieto è, però, declinato, con delle specificità, sulla base delle tre categorie di soggetti sottoposti al FCPA:

(i) le *società di capitali*, anche straniera, aventi *titoli negoziati* nel mercato americano («*issuers*»);

(ii) le *persone giuridiche* di diritto americano e le *persone fisiche* aventi nazionalità statunitense («*domestic concerns*»); e, infine,

(iii) le *persone fisiche o giuridiche*, di qualunque nazionalità, diverse

³⁶⁴ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

³⁶⁵ *Ibid.*

dalle categorie precedenti, che commettono pratiche di *corruption* che abbiano una (anche minima) *connessione territoriale* con gli Stati Uniti («*others*»).

Per comprendere esattamente i confini delle categorie di soggetti sottoposti al FCPA occorre focalizzare l'attenzione sulle disposizioni che definiscono l'ambito soggettivo di applicazione per ciascuna delle tre categorie sopra menzionate, nel testo attualmente in vigore.

2.1.1.1. La categoria degli «issuers»

L'articolo 78dd-1 del FCPA si rivolge, anzitutto, ai c.d. «*issuers*», ossia le società emittenti titoli registrati negli Stati Uniti o comunque sottoposte al controllo della SEC ⁽³⁶⁶⁾.

Più precisamente, con il termine «*issuers*», ai sensi del FCPA, si intende riferirsi ad ogni *company*, di diritto americano o straniero, che ha almeno una categoria di *titoli negoziati* nel mercato americano, registrati presso la SEC ai sensi della Sezione 12 del *Securities Exchange Act* ⁽³⁶⁷⁾,

³⁶⁶ V. 15 U.S.C. § 78dd-1.

³⁶⁷ V. 15 U.S.C. § 78l in cui sono elencati i *requisiti* per procedere alla registrazione dei titoli e le procedure da seguire. A norma del predetto articolo, inoltre, la circolazione di titoli è vietata, salvo esplicite eccezioni, per ogni operatore che non abbia proceduto alla regolare registrazione. La registrazione ha lo scopo di garantire la regolarità delle operazioni di negoziazione e di consentire alle autorità di disporre delle informazioni necessarie al controllo dei titoli di cui si propone la negoziazione. La procedura di registrazione dovrà contenere informazioni molto dettagliate, che concernono (A) l'organizzazione, la struttura finanziaria e la natura dell'impresa; (B) i termini, la posizione, i diritti e i privilegi delle diverse classi di titoli in circolazione; (C) le condizioni in base alle quali i titoli devono essere offerti al pubblico; (D) gli amministratori, i funzionari e i sottoscrittori e ogni detentore di titoli che detengono più del 10% di qualsiasi classe di qualsiasi titolo azionario dell'emittente, la loro remunerazione e i loro interessi in titoli e i relativi contratti rilevanti con l'emittente e qualsiasi persona che controlli direttamente o indirettamente l'emittente; (E) i compensi a persone diverse dagli amministratori e funzionari, di importo superiori a \$ 20.000 all'anno; (F) gli accordi di bonus e di partecipazione agli utili sottoscritti dall'emittente; (G) eventuali contratti di gestione e servizi; (H) opzioni esistenti o da creare in relazione ai loro titoli; (I) contratti, non stipulati nel normale svolgimento dell'attività, che devono essere eseguiti in tutto o in parte durante o dopo il deposito della domanda, o che sono stati stipulati non più di due anni prima di tale deposito, e ogni brevetto o contratto per un diritto di brevetto; (J) i bilanci dei tre esercizi fiscali precedenti, certificati se richiesto dalle norme e dai regolamenti della Commissione da una società di contabilità pubblica registrata; (K) le dichiarazioni di profitti e perdite dei tre esercizi fiscali precedenti, certificate anche qui ove richiesto; e (L) qualsiasi altro rendiconto

oppure alla quale è richiesto di depositare periodicamente *reports* analitici sulla situazione finanziaria della società presso la stessa SEC, ai sensi della Sezione 15(d) del *Securities Exchange Act* ⁽³⁶⁸⁾.

In sostanza, ogni società con una categoria di titoli negoziati in un listino borsistico degli Stati Uniti, ovvero in un mercato non regolamentato (c.d. «*over-the-counter*») USA, a cui è richiesto di inviare periodicamente dei *reports* sulla situazione economica e finanziaria dell'emittente, è da considerarsi un «*issuer*». Naturalmente, non importa che la società sia di diritto americano, se la stessa accede alla emissione e negoziazione nel mercato dei titoli statunitense, secondo la procedura prevista.

A norma dello stesso articolo, il divieto di condotte corruttive si rivolge anche a coloro che agiscono per conto della società, ossia gli amministratori, i dirigenti, i dipendenti o anche gli agenti della stessa, nonché i soci. Dunque, come vedremo, la responsabilità della società può dipendere anche dalla condotta di soggetti interni che non ricoprono incarichi in posizione apicale, ovvero soggetti esterni, come ad esempio degli agenti esterni, o senza ruoli operativi, come ad esempio i soci che non partecipano all'amministrazione dell'ente. Tali soggetti sono tutti sottoposti alle disposizioni contro la corruzione dei pubblici funzionari stranieri e, dunque, in caso di violazione, ne risponderanno anche personalmente, oltre che cagionare la responsabilità dell'ente ⁽³⁶⁹⁾.

Come vedremo, tale categoria è senz'altro quella di maggiore interesse, anche alla luce della casistica del recente periodo di applicazione del FCPA. Molte delle sanzioni irrogate riguardano, difatti, società

finanziario che la Commissione possa ritenere necessario o appropriato per la tutela degli investitori.

È, poi, prevista la facoltà per la SEC la possibilità di chiedere informazioni suppletive ed il deposito di tutti i documenti necessari all'esperimento della pratica di registrazione, ove necessario per meglio tutelare i soggetti investitori. Solo dopo aver avuto tutta la documentazione necessaria ed averla positivamente valutata, la Commissione procede all'approvazione della registrazione ed il titolo può essere negoziato.

³⁶⁸ V. 15 U.S.C. § 78o(d) in cui è previsto che le *corporations* ammesse alla negoziazione dei titoli emessi, od altre specificamente indicate dal *Securities Exchange Act* (1934), hanno l'obbligo di depositare *Reports* periodici sulla situazione finanziaria della *company*, ed in quanto tali sono soggette al FCPA.

³⁶⁹ V. 15 U.S.C. § 78dd-1(a).

qualificate come «*issuer*», anche se le condotte di corruzione internazionale contestate non avevano connessione territoriale con il territorio statunitense. Tuttavia, il criterio di applicazione del FCPA, basato sulla qualità della società, in quanto emittente titoli negoziati nel mercato statunitense, ha visto il principio della territorialità del diritto penale cedere il passo rispetto alle esigenze sottese all'applicazione della disciplina americana in tema di «*corporate corruption*»⁽³⁷⁰⁾.

2.1.1.2. La categoria dei «*domestic concerns*»

L'articolo 78dd-2 del FCPA si rivolge ai c.d. «*domestic concerns*», ossia i soggetti di nazionalità statunitense. Ciò vale, anzitutto, per le persone fisiche, ma possono considerarsi «*domestic concerns*» anche le persone giuridiche che non rientrano nella fattispecie precedente degli «*issuers*»⁽³⁷¹⁾.

Il paragrafo (h)-1 del medesimo articolo specifica, difatti, che ai sensi della stessa legge, devono intendersi tali:

- a) ogni **persona fisica** che abbia nazionalità, cittadinanza o residenza negli Stati Uniti;
- b) ogni **persona giuridica** (impresa, anche individuale, o multinazionale, in *partnership*, costituita in forma di società per azioni, associazione od organizzazione, anche non riconosciuta, *business trust*) che sia **costituita** secondo la legge di uno Stato degli U.S.A., ovvero di un territorio, possedimento, o *Commonwealth* degli U.S.A., oppure che abbia la **sede** principale degli affari negli Stati Uniti⁽³⁷²⁾.

Il paragrafo (a), infine, estende la responsabilità anche agli amministratori, i dirigenti, i dipendenti o anche gli agenti dei «*domestic concerns*», nonché ai soci, con formula analoga a quella che abbiamo già visto per gli «*issuers*», anche se si tratta di persone o società non americane

³⁷⁰ Sul punto, si tornerà nel prosieguo.

³⁷¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2.

³⁷² V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)-(1) (A) e (B)

(373).

2.1.1.3. La categoria delle «other persons»

L'articolo 78dd-3 del FCPA si rivolge ai c.d. «*others*», ossia ai soggetti non menzionati nei due articoli precedenti, e dunque diversi sia dagli «*issuers*», sia dai «*domestic concerns*». È detta anche categoria della «*territorial jurisdiction*» perché, a differenza delle precedenti, include un criterio territoriale di applicazione del divieto *anti-bribery*, e non si basa unicamente su un criterio di selezione soggettiva degli agenti ⁽³⁷⁴⁾.

La disposizione si riferisce ad ogni persona fisica o giuridica (diversa da quelle rientranti nella nozione di «*issuers*» e «*domestic concerns*»), amministratore, dirigente, dipendente, oppure azionista od agente che agisca per queste persone, che compia la condotta descritta dalla norma *mentre si trova nel territorio degli Stati Uniti* ⁽³⁷⁵⁾.

In quest'ultimo caso, si tratta, a ben vedere, di un approccio legislativo e di politica criminale del tutto diverso dalle due precedenti disposizioni. Le prime due individuano le condotte penalmente rilevanti sulla base dei *soggetti* cui la prescrizione normativa è applicabile. La terza, invece, sanziona i comportamenti corruttivi sanzionabili in relazione ai *fatti*, e precisamente a quei soli fatti avvenuti nel territorio americano. Va da subito accennato che tale disposizione normativa non faceva parte del testo originario del FCPA approvato dal Congresso nel 1977. Essa, difatti, è stata introdotta circa vent'anni più tardi, con la seconda novella intervenuta nel testo del FCPA, e precisamente nel 1998, per dare attuazione ad uno specifico obbligo internazionale che gli Stati Uniti avevano assunto con la sottoscrizione e ratifica della *Convenzione OCSE* contro la corruzione dei

³⁷³ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(a)

³⁷⁴ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-3

³⁷⁵ L'articolo 78dd-3 espressamente prevede che le condotte previste dalla fattispecie divengano rilevanti ove commesse «*while in the territory of the United States*».

pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali ⁽³⁷⁶⁾.

Sul tema dell'esportazione del modello americano, in tema di corruzione internazionale, e della conseguente adozione di numerose convenzioni internazionali, tra cui la *Convenzione Ocse*, si è detto ampiamente nel capitolo precedente. In questa sede, basti osservare che il processo di criminalizzazione della corruzione, innescato dall'approvazione del FCPA, negli Stati Uniti, avrà come effetto l'adeguamento degli ordinamenti nazionali ai nuovi e più elevati *standard* di contrasto al fenomeno corruttivo elaborati proprio sulla base degli input provenienti, tra gli altri, dal paese che aveva dato origine a tale processo. Eppure, tra gli ordinamenti interessati da questo processo di adeguamento vi sarà anche quello statunitense, da cui tutto è partito. Si tratta di un particolare fenomeno che potremmo definire di "*cyclic process*" in cui lo stesso ordinamento da cui il fenomeno ha tratto origine ne subisce gli effetti ⁽³⁷⁷⁾.

Illustrato il catalogo di soggetti che è sottoposto all'applicazione del FCPA, si potrà ora passare all'analisi delle prescrizioni e dei divieti ivi contenuti, soffermandosi sull'*ambito oggettivo* di applicazione delle fattispecie incriminatrici.

2.1.2. Le componenti essenziali della fattispecie: la condotta, i soggetti passivi, l'elemento soggettivo

Il FCPA, come si è anticipato, introduce un esplicito divieto di elargire tangenti o improprie somme di denaro, formulare l'offerta o la promessa di corrisponderne, oppure autorizzare il pagamento di somme, la consegna di regali, o qualsiasi altra utilità, a pubblici ufficiali stranieri, in maniera anche

³⁷⁶ Precisamente, si tratta dell'Art. 4, par. 1, della *Convenzione Ocse*.

³⁷⁷ Il FCPA sarà interessato da due modifiche sostanziali, la prima nel 1988, la seconda, come si è sopra osservato, nel 1998. Il primo intervento di riforma fu ispirato alla necessità di semplificare gli oneri burocratici a carico delle emittenti e di ridurre il rischio di contestazioni contrarie allo spirito della legge, che pure doveva essere assolutamente mantenuto. La seconda novella, invece, seguì alla sottoscrizione della *Convenzione Ocse* già citata, in modo da rendere l'ordinamento statunitense in *compliance* con le disposizioni approvate dal consesso internazionale. Sul contenuto delle novelle, si tornerà più avanti.

indiretta, allo scopo di influenzare le decisioni d'ufficio o di convincerli ad operare in violazione dei doveri d'ufficio, con l'intento di procurare a se od altri un beneficio di natura economica o commerciale.

Il nucleo essenziale della fattispecie può essere scomposto in tre differenti segmenti:

- a) la **condotta** in senso stretto, ossia il comportamento proibito, che consiste nel divieto di elargire o promettere tangenti o altre utilità;
- b) i **soggetti passivi** del reato, ossia i soggetti cui tali utilità sono rivolte;
- c) **l'elemento soggettivo** del dolo che deve abbracciare la condotta del soggetto agente.

Le tre fattispecie incriminatrici sono identiche con riguardo all'individuazione dei soggetti passivi ed all'elemento soggettivo. Alcune differenze caratterizzano invece la condotta, con riguardo alle modalità di commissione del reato e con riguardo al luogo di consumazione ⁽³⁷⁸⁾.

Per una più agevole comprensione del contenuto delle «*Prohibitions*» è bene analizzare puntualmente ciascuno dei menzionati elementi della fattispecie, a partire dalla condotta.

2.1.2.1. La condotta

La fattispecie incriminatrice espressamente proibisce elargizioni e tangenti a pubblici funzionari stranieri allo scopo di ottenere benefici di natura economica o commerciale. In altre parole, criminalizza gli «*improper payments*» di cui si è ampiamente parlato in precedenza.

Precisamente, la disposizione, sia per gli «*issuers*», sia per i «*domestic concerns*», dispone che:

³⁷⁸ Come si è accennato sopra, in sintonia con le gli obblighi sottoscritti in seno all'OCSE, gli Stati Uniti introdussero, con la novella del 1998, la terza fattispecie incriminatrice riservata agli «*others*» prevedendo la perseguibilità di tutte le condotte di corruzione commesse nel territorio statunitense, indipendentemente dalle modalità di commissione.

<p>It shall be unlawful [...] 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—</p> <p>(1) any foreign official [...]</p> <p>(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office [...]</p> <p>(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 [...]</p>	<p>È vietato [...] usare la posta o qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale, in modo corrotto, per favorire l’offerta, il pagamento, la promessa di pagare, o l’autorizzazione al pagamento di una somma di denaro, di un’offerta, di un regalo, di una promessa di dare, o l’autorizzazione a dare qualcosa di valore a—</p> <p>(1) un funzionario straniero [...]</p> <p>(2) un partito politico straniero o suo funzionario o candidato a una carica politica straniera [...]</p> <p>(3) chiunque, il quale sa che tutto o parte di quel denaro o utilità sarà offerta, data o promessa, direttamente o indirettamente, a un funzionario straniero, un partito politico straniero o suo funzionario, o un candidato a una carica politica straniera [...]</p>
--	--

La fattispecie, perciò, vieta espressamente di dare o promettere denaro od altre utilità.

Il comportamento proibito è, perciò, individuato dalla disposizione, in maniera sufficientemente chiara: al soggetto agente, è fatto esplicito divieto, sanzionato penalmente, di *effettuare* o *autorizzare l’offerta*, la *promessa* di una *somma di denaro* o *altra utilità*, o la sua effettiva *dazione*.

In chiave comparata, si può osservare, conseguentemente che la disposizione normativa risulta sufficientemente chiara sotto il profilo della *tipicità*: la prescrizione individua puntualmente i comportamenti sanzionati dalla fattispecie incriminatrice, per cui è illegale e costituiscono *criminal offense* la dazione, la promessa o l’offerta di una somma di denaro od altra utilità.

A. La dazione

Più in dettaglio, si può osservare che, nell'interpretazione della disposizione normativa, alcun dubbio può scaturire dalla effettiva **dazione** di tangenti od altre utilità, giacché la norma espressamente sanziona gli *improper payments*. Oltretutto, la storia legislativa del FCPA può dirsi largamente incentrata proprio sulla necessità di evitare le elargizioni illegittime di denaro, da parte delle imprese multinazionali americane a pubblici funzionari e politici stranieri, attraverso quei c.d. *questionable payments* che avevano procurato ed alimentato lo scandalo post-*Watergate* alla base dell'intervento legislativo del Congresso ⁽³⁷⁹⁾.

B. La promessa

La ricezione della *improper fee* da parte del pubblico agente non è necessaria per la consumazione del reato. La fattispecie, difatti, anticipa il momento punitivo alla promessa di una futura dazione, la quale – dunque – ove abbia le caratteristiche per indurre il pubblico ufficiale ad assumere il comportamento tipico previsto dalla norma, può ritenersi rientrante nell'ambito dei comportamenti proibiti e dunque costituente reato ⁽³⁸⁰⁾.

C. L'offerta

La scelta legislativa di prevedere alternativamente la penale rilevanza della dazione, ed ancor prima la promessa, porta all'ulteriore conseguenza

³⁷⁹ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, cit. *supra* nota 119, p. 16 in cui l'A. espressamente afferma che non vi può essere dubbio che la dazione di denaro od alter utilità rientri tra le condotte espressamente sanzionate dal FCPA. Nello stesso senso, v. anche KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 79. Così, anche DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 19.

³⁸⁰ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., cit. *supra* nota 119, p. 16.

che il comportamento del pubblico agente è di per sé irrilevante per la consumazione del reato di corruzione internazionale. La fattispecie, difatti, si concentra sull'atteggiamento psicologico e l'intento del corruttore, non richiedendo che la corruzione raggiunga lo scopo o che il pubblico agente assuma il comportamento richiesto ⁽³⁸¹⁾.

In *U.S. v. Monsanto Co.*, ad esempio, la società aveva pagato \$50.000 per convincere un funzionario indonesiano a revocare una legge sfavorevole, il quale – dopo aver ricevuto la tangente – decise comunque di non revocarla ⁽³⁸²⁾.

Ciò che la norma sanziona è l'aver fatto ricorso ad un mezzo «illecito» nell'attività commerciale, idoneo ad inquinare con la corruzione il corretto svolgimento delle transazioni internazionali. In questo quadro, ben si comprende come, assieme alla dazione ed alla promessa, risulti proibita anche l'offerta, che dunque è di per sé penalmente rilevante e rimproverabile alla società ⁽³⁸³⁾.

D. Denaro o altre utilità

Il contenuto del divieto comprende, come si è visto, una **somma di denaro**, una **offerta**, un **regalo** o una qualsiasi **cosa di valore** ⁽³⁸⁴⁾.

Le elargizioni di denaro, come gli *improper payments*, sono – come si è visto – l'ipotesi di corruzione classica che è stata registrata nei casi

³⁸¹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 18, in cui si osserva che «*by focusing on intent, the FCPA does not require that a corrupt act succeed in its purpose. Nor must the foreign official actually solicit, accept, or receive the corrupt payment for the bribe payor to be liable*».

³⁸² V. il caso *Monsanto*, in *Complaint*, SEC v. Monsanto Co., No. 05-cv-14 (D.D.C. Jan. 6, 2005), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Information*, U.S. v. Monsanto Co., No. 05-cr-8 (D.D.C. Jan. 6, 2005), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020)

³⁸³ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., cit. *supra* nota 119, p. 16.

³⁸⁴ V., sul punto, JORDAN, *World Tours and the Summer Olympics: Recent Pitfalls under the Foreign Corrupt Practices Act in the Areas of Gifts, Entertainment, and Travel*, 21 Fordham J. Corp. & Fin. L. 295, 2016, p. 295.

investigati durante gli scandali degli anni '70. Ancora oggi, l'elargizione e la consegna di somme di denaro rappresentano le modalità più ricorrenti con cui avviene la corruzione dei pubblici funzionari stranieri. In alcuni casi, negli Stati Uniti, si è notato come le società avessero istituito dei *desk* appositi da cui partivano i pagamenti illeciti ai funzionari stranieri ⁽³⁸⁵⁾, o persino delle *company branches* a ciò specificamente dedicate, la cui attività giornaliera consisteva esclusivamente nell'invio delle tangenti ai funzionari designati e nella rendicontazione in appositi registri non ufficiali ⁽³⁸⁶⁾. In genere, la consegna avviene con modalità più classiche, come ad esempio una valigetta piena di contanti ⁽³⁸⁷⁾, ma non mancano modalità più "rudimentali", come quello emerso durante un'inchiesta delle autorità statunitensi in cui, per la mole della tangente, era stata consegnata un'automobile il cui bagagliaio era stato riempito di contanti ⁽³⁸⁸⁾. In tutti i casi, comunque, si trattava di somme di denaro, espressamente previste nella fattispecie incriminatrice ⁽³⁸⁹⁾.

Il denaro, com'è evidente, non è però l'unica forma di manifestazione della corruzione internazionale, la quale può invece presentarsi sotto una moltitudine di *forme e dimensioni*. Per questo motivo il Congresso, nell'approvare la legge oggetto di analisi, scelse di inserire nel testo una

³⁸⁵ V. il caso *Daimler AG*, in *Complaint*, SEC v. Daimler AG, No. 10-cv-473 (D.D.C. Apr. 1, 2010), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Information*, U.S. v. Daimler AG, No. 10-cr-63 (D.D.C. Mar. 22, 2010), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

³⁸⁶ V. il caso *Odebrecht/Braskem*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Odebrecht S.A., Cr. No. 16-643 (E.D.N.Y., Dec. 21, 2016); *Plea Agreement*, U.S. v. Braskem S.A., Cr. No. 16-644 (E.D.N.Y., Dec. 21, 2016); *Complaint*, SEC v. Braskem S.A., Case 1:16-cv-02488-JDB (D.C. Cir., Dec. 21, 2016), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020), commentato, in Italia, in SCOLLO, WINKLER, *Questionable Transactions, Unquestionable Rules: The Odebrecht/Braskem Case and the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 16, p. 524.

³⁸⁷ V. il caso *Halliburton*, in *Complaint*, SEC v. Halliburton company and KBR, Inc., No. 09-cv-399 (S.D.Tex. Feb. 11, 2009), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Information*, U.S. v. Kellogg Brown & Root LLC, No. 09-cr-71 (S.D.Tex. Feb. 6, 2009), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 79, in cui l'A. definisce persino «ovvio» che la consegna di una valigetta piena di denaro ad un ufficiale di un governo straniero per ottenere da quel governo, ad esempio, una commessa soddisfi gli elementi della fattispecie incriminatrice.

formula volutamente ampia come “*anything of value*”⁽³⁹⁰⁾.

Tale locuzione, come si avrà modo di osservare, è stata oggetto di ampio approfondimento in dottrina, giacché il testo della legge non definisce il significato della locuzione impiegata, né accenna al contenuto della nozione di *anything of value*. Tuttavia, si è osservato che analoga espressione è contenuta nel testo di legge che punisce la corruzione “domestica” all’interno degli Stati Uniti, in base al quale vengono ritenuti ricompresi – pur nella stessa ambiguità e vaghezza della disposizione – tutti i *benefits*, sia *tangibili* che *intangibili*⁽³⁹¹⁾, offerti o ricevuti dal pubblico agente, ivi compresa la *promessa di un futuro posto di lavoro* oppure un *prestito di denaro*⁽³⁹²⁾, o infine la consegna di *azioni, anche prive di valore commerciale*⁽³⁹³⁾, dal momento che, nell’ambito di applicazione della disposizione, l’espressione in parola non può che prestarsi alla «*più ampia interpretazione*»⁽³⁹⁴⁾.

In effetti, una tangente può assumere qualsiasi forma. Nel mondo delle transazioni economiche internazionali, può rivelarsi una elargizione illegale, ad esempio, una «*consulting fee*» ad un professionista, oppure una «*commission*» ad un intermediario, oppure ancora il rimborso od il pagamento di *spese di viaggio* o la consegna di *regali costosi*⁽³⁹⁵⁾.

È evidente, allora, come la corruzione del funzionario possa avvenire secondo una *moltitudine di forme*, tutte (o quasi) rientranti nell’ambito di applicazione della formula «*anything of value*» usata dal FCPA, dal momento che la lettera della legge, di per sé, non appare compatibile con una interpretazione restrittiva e le autorità ne forniscono una interpretazione quanto mai ampia. Ne costituiscono un esempio sia il caso *Schering-Plough*

³⁹⁰ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 19.

³⁹¹ V. U.S. v. Moore, 525 F.3d 1033, 1048 (11th Circ. 2008).

³⁹² V. U.S. v. Gorman, 807 F.2d 1299, 1304-5 (6th Circ. 1986).

³⁹³ V. U.S. v. Williams, 705 F.2d 603, 622-3 (2^d Circ. 1983).

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 19.

(2004) che il caso *Eli Lilly* (2012), in cui la SEC ha ritenuto in violazione della disposizione *anti-bribery* la **donazione di fondi ad una fondazione**, giacché il dirigente dell'ente, presiedendo allo stesso tempo un fondo sanitario pubblico, a causa del prestigio ottenuto dalle donazioni, avrebbe potuto essere indotto a favorire le industrie farmaceutiche che avevano effettuato la donazione nell'acquisto di loro prodotti ⁽³⁹⁶⁾.

Ciò che appare rilevante per la determinazione dell'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice è l'**idoneità** della cosa, promessa o consegnata, ad indurre il funzionario ad assumere il comportamento auspicato dall'agente. Per tale motivo, possono risultare fuori dall'ambito di applicazione della fattispecie, ad esempio, le regalie di modico valore, sebbene in assenza di una specifica decisione in merito. Si è osservato, difatti, che i soli casi in cui sono risultate in qualche modo rilevanti dazioni di modesto valore economico si trattava di fatti inseriti in un più complesso insieme di comportamenti sistematici e di lungo periodo in cui assumeva rilevanza non la cosa in sé, ma piuttosto ancora una volta, **le modalità** con cui regalie, di per sé apparentemente irrilevanti per via della ridotta **dimensione**, potevano, nel loro complesso, indurre al comportamento infedele del pubblico agente. In questo caso, la condotta appariva perseguibile nella sua composizione complessiva, dovendosi perciò escludere che le singole regalie di modico valore possano rientrare nell'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice ⁽³⁹⁷⁾.

Il tema dei **regali** (c.d. «*gifts*») è, invero, particolarmente complesso, ed a ben vedere, indipendentemente dal loro specifico valore ⁽³⁹⁸⁾. I beni o i servizi che le imprese multinazionali possono acquistare per esprimere gratitudine, o semplicemente rispetto, ai responsabili pubblici con cui si

³⁹⁶ V., il caso *Schering-Plough*, in *Complaint*, SEC v. Schering-Plough Corp., No. 04-cr-0945 (D.D.C. Jun. 9, 2004), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); il caso *Eli Lilly*, in *Complaint*, SEC v. Eli Lilly and Company, No. 12-cv-02045 (D.D.C. Dec. 20, 2012), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

³⁹⁷ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 19.

³⁹⁸ V., sul punto, WARIN, DIAMANT, PFENNING, *FCPA compliance in China and the gifts and hospitality challenge*, cit. *supra* nota 109, p. 58 in cui gli AA. affrontano il tema dalla prospettiva degli operatori e del contesto cinesi.

interfacciano nei loro affari possono risultare «*improper*» alla luce della fattispecie incriminatrice. Invero, piccoli omaggi o cortesi accortezze – come si è visto – sembrano difficilmente idonei a condizionare le scelte dei funzionari, e dunque del tutto leciti, ed anzi risultano in linea con l'intento di promuovere buone relazioni economiche e transazioni commerciali. In quest'ambito possono senz'altro rientrare regali, cene o spese di viaggio che risultino di valore e tipologia ordinari. Al contrario, spese di viaggio verso destinazioni turistiche o il pagamento di attività ricreative può risultare, senz'altro, vietato dalle disposizioni *anti-bribery*. Si tratta, a ben vedere, di un argomento assai delicato, specie in un contesto internazionale in cui pratiche di questo genere, anche in buona fede, possono rinvenirsi frequentemente all'interno delle *policy* aziendali di molte società. Regali come borse, orologi, videocamere, abiti, televisori o *laptops*, e arredi per l'ufficio possono, dunque, costituire «*gifts*» non consentiti dal FCPA, specie perché la legge in commento non contiene una esplicita eccezione alla rilevanza penale delle regalie di modico valore (c.d. «*de minimis exception*») ⁽³⁹⁹⁾.

E. Effettuare o autorizzare la condotta

Il FCPA pone il divieto di dare, promettere od offrire denaro o altre utilità non soltanto in capo al soggetto che materialmente esegue la condotta tipica, ma anche in capo al soggetto che può autorizzarlo ad agire. La disposizione, dunque, non punisce solamente l'induzione in "errore" del pubblico agente, ma anche chi la autorizza, anche se poi – materialmente – la corruzione avviene per opera di un diverso soggetto ⁽⁴⁰⁰⁾.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 20, in cui si evidenzia come non debba escludersi che le modalità di consegna del regalo possano avere una positiva rilevanza in ordine all'applicazione o meno del divieto, se la stessa avviene in maniera trasparente, e la relativa spesa è annotata correttamente nei registri contabili. V., anche, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 81; DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., cit. *supra* nota 119, p. 18.

⁴⁰⁰ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., cit. *supra* nota 119, p. 17.

La legge non chiarisce espressamente il contenuto minimo dell'autorizzazione punita ai sensi della fattispecie incriminatrice. Perciò si deve ritenere perseguibile il soggetto che autorizzi un *questionable payment* a un soggetto di cui non conosce l'identità, oppure che autorizzi un altro soggetto ad agire facendo "ciò che è necessario" per corrompere il pubblico agente, senza quindi determinare esattamente il prezzo della corruzione, ed anzi delegando al soggetto operativo di determinare esattamente le modalità e l'entità della condotta ⁽⁴⁰¹⁾.

La fattispecie, inoltre, non sembra richiedere che l'autorizzazione debba essere esplicita, per cui comportamenti non corretti normalmente tollerati o l'acquiescenza possono costituire una fonte di responsabilità nel responsabile in posizione apicale che ha implicitamente tollerato una condotta corruttiva ⁽⁴⁰²⁾.

La formulazione della disposizione rende, inoltre, penalmente rilevante la sola condotta di autorizzazione, quand'anche la dazione, la promessa o l'offerta non si verificano, oltre che quando la corruzione effettivamente non avvenga, od ancora quando essa non raggiunga lo scopo voluto dall'agente. Si tratta di una scelta che anticipa di molto la tutela del bene giuridico, rendendo perseguibili comportamenti prodromici alla condotta corruttiva che, tuttavia, nel disegno generale del FCPA, la fattispecie assoggetta alla medesima sanzione penale ⁽⁴⁰³⁾. Un esempio può essere l'approvazione e messa a disposizione, da parte della casa madre, di un fondo con disponibilità monetarie per la sussidiaria estera, qualora dirigenti ed amministratori non ne abbiano circoscritto il campo di impiego in maniera sufficientemente specifica e stringente da evitare che possa

⁴⁰¹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 18. Così, ad esempio, è accaduto nel caso *Innospec* (2010) per cui v. *Complaint*, SEC v. Innospec, Inc., No. 10-cv-448 (D.D.C. Mar. 18, 2010), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Information*, U.S. v. Innospec, Inc., No. 10-cr-61 (D.D.C. Mar. 17, 2010), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁴⁰² V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., cit. *supra* nota 119, p. 17.

⁴⁰³ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 6.

costituire la provvista economica per la corruzione ⁽⁴⁰⁴⁾.

F. «Corruptly» e idoneità a raggiungere lo scopo

La disposizione consente, come si è visto sopra, la perseguibilità di condotte che non raggiungono lo scopo perseguito dall'agente: ciò che conta è che la dazione, la promessa o l'offerta abbia avuto tale scopo. La selezione dei comportamenti criminali è perciò effettuata tramite un'indagine sull'elemento soggettivo, giacché – come si vedrà – l'agente deve operare «*willfully*» e la condotta deve essere posta in essere in modo «*corruptly*» (v. *infra*, §2.1.2.B.) ⁽⁴⁰⁵⁾.

Tale ultimo aspetto («*corruptly*»), come vedremo, nell'applicazione della fattispecie, ha assunto pressoché natura di predicato dell'elemento soggettivo. Tuttavia, la sua collocazione in apertura della disposizione e la vicinanza con gli elementi essenziali della condotta e le modalità di commissione della stessa sembrano attribuirvi, quantomeno in parte, una natura bivalente. Difatti, se l'agente verrà punito per aver agito con l'intento di corrompere, la sua condotta potrà definirsi effettivamente «*corruptly*» solo in quanto idonea a raggiungere lo scopo, e quindi – ragionando in termini di offensività – solamente se possiede le caratteristiche che la rendono potenzialmente in grado di influenzare il pubblico agente.

Per tale motivo, il termine «*corruptly*» dovrebbe essere interpretato come descrittivo della condotta, con la conseguenza di sottrarre all'incriminazione quelle dazioni, promesse od offerte che non risultano idonee a raggiungere lo scopo.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 21, in cui gli AA. osservano che, pur nella vaghezza della disposizione normativa sulla nozione di “authorization”, debbano ritenersi nella stessa ricompresi comportamenti espliciti quanto impliciti, specie in quelle circostanze dubbie, in cui i responsabili non hanno a priori espresso la loro riprovazione e formale dissenso verso qualsiasi *improper payments*, compiendo allo stesso tempo ogni azione necessaria per evitare che potesse anche solo apparire un loro implicito consenso o acquiescenza a tali pratiche.

⁴⁰⁵ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 7.

G. Direttamente o indirettamente

Il FCPA espressamente punisce la dazione, la promessa o l'offerta, nonché l'autorizzazione ad eseguirle, non soltanto nel caso in cui il denaro o altre utilità di valore siano rivolte al pubblico funzionario straniero *in via diretta*, bensì quand'anche ciò avvenga *in via indiretta*.

La disposizione, infatti, prevede che sia vietato dare o promettere denaro o altri beni di valore «*a qualunque persona, sapendo che tutto o parte di quel denaro o utilità sarà offerta, data o promessa, direttamente o indirettamente, a un funzionario straniero, un partito politico straniero o suo funzionario, o un candidato a una carica politica straniera*»⁽⁴⁰⁶⁾.

Evidentemente, la legge tiene conto del fatto che la condotta corruttiva possa avvenire «*directly or indirectly*», ed estende la perseguibilità a quelle dazioni, promesse ed offerte che pervengano al pubblico ufficiale anche in via indiretta, tramite intermediari. Sul punto, in un recente *Report* si è osservato che, dal momento della sua entrata in vigore, il FCPA ha consentito di sanzionare schemi corruttivi che, per oltre il 90% dei casi, riguardavano tangenti pagate da intermediari, consulenti e partner d'affari, e dunque non direttamente date o promesse dal soggetto agente⁽⁴⁰⁷⁾.

L'incidenza degli intermediari, negli schemi corruttivi, è spiegata da molteplici fattori che attengono alla struttura ed alla operatività della multinazionale. Infatti, per quanto ramificata, l'articolazione territoriale della multinazionale difficilmente può coprire l'intero globo con il proprio personale. Spesso, perciò, si avvale di soggetti esterni (cc.dd. «*third parties*») per lo svolgimento di attività che non rappresentano il *core business* della società, come ad esempio l'attività di vendita dei prodotti e dei servizi offerti dalla multinazionale. Sul punto, una recente indagine ha rivelato che circa l'80% delle multinazionali statunitensi ricorre a partner commerciali, agenti, distributori esterni o costituisce *joint venture* con soggetti terzi per condurre

⁴⁰⁶ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(3), 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3).

⁴⁰⁷ V. *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, 2017, (disponibile su fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020)

il proprio *business* fuori dai confini territoriali americani ⁽⁴⁰⁸⁾.

L'*outsourcing* di alcune funzioni di vendita a favore di soggetti specializzati, oltre che ridurre i costi dell'impresa e consentirle di focalizzare la propria attività su altri settori importanti, come la produzione o la ricerca e sviluppo, può sostenere meglio le vendite e quindi la crescita di fatturato. In alcuni settori o territori, è addirittura fondamentale ricorrere al supporto di un *partner* commerciale locale che conosca il mercato, od anche ciò può costituire un requisito dell'ordinamento locale perché l'attività sia consentita in quel dato mercato nazionale. Scelte di questo tipo, perciò, possono essere opportune o addirittura necessarie. Tuttavia, allo stesso tempo, possono facilitare il ricorso a *questionable payments* nella conduzione degli affari, che rimangono formalmente fuori dall'operato dell'impresa multinazionale e quindi sfuggono ai sistemi di controllo interno, con ciò che ne deriva in termini di prevenzione e repressione di tali condotte. La criminalizzazione delle pratiche di corruzione commesse «indirettamente» consente, perciò, di evitare che scelte di «*outsourcing*», opportunamente od opportunisticamente compiute dalla società, in collusione con le «*third parties*», possano consentire che la corruzione di pubblici funzionari stranieri rimanga al di fuori delle *anti-bribery provisions* e dunque impunita ⁽⁴⁰⁹⁾.

La responsabilità derivante dai comportamenti delle «*third parties*», inoltre, comporta conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della *compliance* aziendale, costituendo – come si è visto – la principale fonte di rischio nell'ambito delle transazioni economiche internazionali ⁽⁴¹⁰⁾. Difatti,

⁴⁰⁸ V. Kroll/Compliance Week, *Anti-Bribery and Corruption Benchmarking Report*, 2013,

⁴⁰⁹ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 9.

⁴¹⁰ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 103, in cui l'A. sottolinea come il ricorso a «*third parties*» costituisce, in effetti, un vantaggio cui le società multinazionali fanno frequentemente ricorso nella conduzione dei propri affari in territorio straniero. Un *partner* locale, infatti, conosce la realtà economica, sociale ed imprenditoriale del posto e può contare su relazioni professionali con i principali attori economici presenti *in loco*, tutte qualità che possono senza dubbio aiutare l'iniziativa economica intrapresa ad avere successo. È piuttosto usuale, perciò, il ricorso a *partner* stranieri nella conduzione di affari fuori dai propri confini territoriali, ed in alcuni ordinamenti è addirittura un requisito di legge per poter operare.

Tuttavia, l'A. osserva come un aspetto in larga parte positivo possa costituire una primaria

posto che non è necessario un rapporto diretto di dipendenza dell'intermediario con la multinazionale perché il comportamento corruttivo venga considerato "per conto" della stessa, risulta dunque necessario che vengano espressamente combattuti e disapprovati, all'interno dell'impresa multinazionale, comportamenti ambigui o che perseguano apertamente la finalità di influenzare la condotta del pubblico agente tramite le *third parties* ⁽⁴¹¹⁾.

La mancanza di politiche anticorruzione, che affrontino e minimizzino il rischio, per l'impresa multinazionale, derivante dalla collaborazione con le *third parties*, può prestare il fianco alla elusione dei controlli interni, che dunque si rivelerebbero inefficaci verso una delle principali fonti di *corruption risks*, e quindi di per sé inadeguati, nonché alla diffusione, tra i dipendenti della società, dell'erronea convinzione che il ricorso ad intermediari e soggetti esterni possa escludere la responsabilità penale derivante dalle condotte corruttive perpetrate fuori dai confini nazionali. Si tratta di aspetto particolarmente significativo per la *compliance* aziendale, perché agisce, in senso negativo per la società, su due profili: da un lato, rende di per sé inadeguato il modello organizzativo che non tiene conto della fonte di rischio, dall'altro rischia di promuovere comportamenti criminogeni da cui potrà scaturire la responsabilità penale, sia personale che dell'ente ⁽⁴¹²⁾.

La criminalizzazione delle condotte corruttive commesse da o attraverso *third parties* fu una scelta obbligata per il Congresso, che si rese conto già in sede di approvazione del FCPA, come le *anti-bribery provisions* sarebbero risultate inefficaci qualora il testo di legge avesse consentito che dei *questionable payments* verso pubblici funzionari stranieri potessero essere veicolati e nascosti dietro lo schermo costituito da intermediari ⁽⁴¹³⁾.

fonte di rischio, dal momento che – rimanendo soggette al FCPA – in capo alle multinazionali può comunque configurarsi una responsabilità dell'ente per i *questionable payments* eseguiti dalle «*third parties*».

⁴¹¹ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., cit. *supra* nota 119, p. 60-61.

⁴¹² V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 9.

⁴¹³ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 104, in cui l'A. ricostruisce il dibattito in seno al Congresso per la criminalizzazione delle

Il testo approvato, e poi emendato in relazione a questo aspetto nel 1988, prevede che le c.d. *third parties* risultino perciò soggetti passivi della fattispecie. Invero costituirebbero soggetti passivi intermedi rispetto ai soggetti passivi in senso proprio, ossia i pubblici funzionari stranieri. Tuttavia, la necessità di anticipare la tutela penale ad un momento in cui la condotta evidentemente assume quei connotati che pongono in pericolo il bene giuridico, come vedremo di seguito, tramuta – nel contesto normativo del FCPA – la responsabilità dell’ente e del soggetto agente per le elargizioni agli intermediari in responsabilità penale diretta per *corrupt practices* ed esclude che la stessa possa essere derubricata a mera condotta prodromica alla corruzione, ovvero a mero traffico di influenze. Su questi aspetto e sull’analisi dei soggetti passivi si soffermerà il paragrafo seguente.

2.1.2.2. I soggetti passivi

Il FCPA proibisce di dare, ovvero effettuare od autorizzare l’offerta, la promessa di una somma di denaro o altra utilità nei confronti di pubblici funzionari stranieri, in via diretta od indiretta. La qualifica di pubblico ufficiale è, perciò, essenziale per la configurabilità della fattispecie penale, rispetto a promesse ed elargizioni di denaro o altre utilità effettuate per ottenere o mantenere affari da parte dell’agente. In altre parole, assume un ruolo cruciale per l’esegesi della fattispecie e la sua conseguente applicazione concreta, oltre alla condotta ed all’elemento soggettivo, la corretta individuazione dei ***soggetti passivi*** ⁽⁴¹⁴⁾.

La fattispecie, sul punto, così dispone:

It shall be unlawful [...] to make	È vietato [...] usare la posta o
---	---

condotte delle *third parties*.

⁴¹⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 81, in cui l’A. sottolinea come a fronte di una cosa di valore data ad una persona per corromperla, con l’intento di mantenere od ottenere una commessa o un affare, la rilevanza penale ai sensi delle *anti-bribery provisions* del FCPA dipende dalla possibilità di inquadrare la persona in questione nella nozione di pubblico ufficiale straniero.

<p>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—</p> <p>(1) any foreign official [...]</p> <p>(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office [...]</p> <p>(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 [...]</p>	<p>qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale, in modo corrotto, per favorire l'offerta, il pagamento, la promessa di pagare, o l'autorizzazione al pagamento di una somma di denaro, di un'offerta, di un regalo, di una promessa di dare, o l'autorizzazione a dare qualcosa di valore a—</p> <p>(1) un funzionario straniero [...]</p> <p>(2) un partito politico straniero o suo funzionario o candidato a una carica politica straniera [...]</p> <p>(3) chiunque, il quale sa che tutto o parte di quel denaro o utilità sarà offerta, data o promessa, direttamente o indirettamente, a un funzionario straniero, un partito politico straniero o suo funzionario, o un candidato a una carica politica straniera [...]</p>
--	--

Le tre *anti-bribery provisions* del FCPA, dettate in relazione a «*issuers*», «*domestic concerns*» e «*other persons*», prevedono lo stesso catalogo di soggetti passivi appena illustrato, che dunque comprende:

- a) i pubblici ufficiali stranieri ⁽⁴¹⁵⁾;
- b) i partiti politici stranieri o i funzionari di questi partiti, nonché i candidati per una carica politica straniera ⁽⁴¹⁶⁾;
- c) nonché, chiunque agisca sapendo che quantomeno una parte del denaro o delle utilità verrà offerta o corrisposta a uno dei soggetti sopra indicati ⁽⁴¹⁷⁾.

Le disposizioni prevedono, quindi, tre categorie di *soggetti passivi*,

⁴¹⁵ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a)(1) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(a)(1) per gli «*others*».

⁴¹⁶ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(2) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a)(2) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(a)(2) per gli «*others*».

⁴¹⁷ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(3) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a)(3) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(a)(3) per gli «*others*».

ciascuna delle quali merita un approfondimento puntuale, per meglio definire l'ambito di applicazione della fattispecie.

A. Il pubblico ufficiale straniero

Il FCPA, anzitutto, detta una definizione della nozione di **pubblico ufficiale straniero** come «*qualunque ufficiale o dipendente di un governo straniero, di un dipartimento, agenzia o ente allo stesso strumentale, o di una organizzazione pubblica internazionale, nonché chiunque agisca ufficialmente in nome o per conto degli stessi*»⁽⁴¹⁸⁾.

La prescrizione legislativa e la correlata definizione, contenute nel FCPA, con riguardo alla **nozione** di pubblico funzionario straniero, quale destinatario diretto o mediato dell'offerta o elargizione di denaro o altre utilità, risultano suscettibili di una ampia interpretazione, tale da ricomprendere tanto quei soggetti che ricoprono funzioni apicali, ad esempio elettive in seno ad organi rappresentativi come le camere parlamentari, ovvero che ricoprono incarichi di governo, o ancora funzione di capo dello Stato, tanto i soggetti che invece non ricoprono funzioni di vertice, come ad esempio i meri dipendenti di enti pubblici, governativi o rappresentativi⁽⁴¹⁹⁾.

La nozione di pubblico funzionario straniero, in ogni caso, non comprende il governo estero, complessivamente considerato come organo rappresentante dello Stato. Difatti, il FCPA punisce la corruzione del **componente** di un organo di governo, ma non criminalizza anche i contributi o le donazioni che dovessero pervenire al governo di un paese straniero nel suo complesso, purché l'impresa multinazionale si attivi per assicurare che

⁴¹⁸ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(1)(A) per gli «*issuers*»; 78dd-2(h)(2)(A) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(f)(2)(A) per gli «*others*». V., sul punto, HARISIADIS, *Foreign Official, Define Thyself: How to Define Foreign Officials and Instrumentalities in the Face of Aggressive Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, 62 Cath. U. L. Rev. 507, 2013, p. 507; HUGHES, *Drawing Sensible Borders for the Definition of Foreign Official under the FCPA*, 40 Am. J. Crim. L. 253, 2013, p. 253; COHEN, HOLLAND, WOLF, *Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway*, 63 Bus. Law. 1243, 2008, p. 1243.

⁴¹⁹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 25.

della elargizione non ne derivi un beneficio personale ⁽⁴²⁰⁾.

La qualità di ufficiale o dipendente di un governo è, comunque, relativamente semplice da attribuire. Più complesso appare, invece, identificare l'esatto contenuto delle nozioni di dipartimento (“*department*”), agenzia (“*agency*”), ed ente (“*instrumentality*”) di un governo straniero ⁽⁴²¹⁾, posto che le funzioni pubbliche dipendono, in larga parte, dalla struttura organizzativa che esso si è dato: si pensi, ad esempio, alle funzioni esercitate all'interno dei ministeri, alle autorità indipendenti, alle società controllate o partecipate dallo Stato, specie in alcuni settori cruciali come l'energia, le telecomunicazioni, i trasporti, la sanità, l'università e la ricerca, in cui la circostanza che il funzionario non risulti formalmente alle dirette dipendenze di un governo straniero non esclude che le funzioni esercitate siano di natura o finalità pubblicistica ⁽⁴²²⁾. Il dato formale, perciò, può non coincidere con il dato sostanziale, a cui occorre tuttavia dare peso prevalente, giacché la corruzione internazionale interessa in larga parte quella categoria di soggetti che non appartiene, in senso formale, agli organi di governo, od alle cui dipendenze svolge la prestazione di lavoro, bensì attiene proprio a quelle

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁴²¹ V., sul punto, BENNETT, LIU, HARTIGAN, *Keeping Current: FCPA: Central District of California Rejects Arguments That State-Owned Corporations Can Never Be Instrumentalities of Foreign Governments*, 2011 Bus. L. Today 1, 2011, p. 1; LONG, *Navigating the FCPA's Ambiguous Instrumentality Provision: Lessons for the Energy Industry*, 12 Rich. J. Global L. & Bus. 393, 2013, p. 393 ss.; EPNER, *Settling on an Interpretation of Instrumentality in the FCPA*, 2013 Colum. Bus. L. Rev. 854, 2013, p. 854; BOEDECKER, *When Does an Entity Amount to An Instrumentality of a Foreign Government under the Foreign Corrupt Practices Act: Emerging Judicial Guidelines*, 21 J. L. Bus. & Ethics 1, 2015, p. 1 ss.; HAGENBUCH, *Taming Instrumentality: The FCPA's Legislative History Requires Proof of Government Control*, 2012 U. Chi. Legal F. 351, 2012, p. 351 ss.

⁴²² V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, cit. *supra* nota 119, p. 19, in cui l'A. sottolinea che le disposizioni anticorruzione si applicano anche alle articolazioni del governo straniero, nella forma in cui sono strutturate da quest'ultimo. In quanto entità parastatali o controllate dallo Stato estero, ricadono nell'ambito di tutela penale espressa nel FCPA, ed i funzionari che vi lavorano o che operano per loro conto sono essi stessi soggetti passivi del FCPA poiché, per via delle predette caratteristiche dell'ente, costoro svolgono una funzione pubblica. La «*public function*» rappresenta, allora, la chiave di volta per comprendere l'ambito di applicazione delle fattispecie anticorruzione del FCPA, in cui la componente formale lascia evidentemente il posto alla necessità di procedere con un approccio sostanziale. Come vedremo, tale è l'approccio seguito negli accordi di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale e, soprattutto, nelle pronunce giurisdizionali che si registrano, in materia, negli Stati Uniti.

categorie di funzionari e dipendenti di enti controllati dal governo dello Stato estero, come – ad esempio – le società a partecipazione pubblica ⁽⁴²³⁾.

Sul punto, le pronunce emesse nei confronti delle persone fisiche, a norma del FCPA, esprimono principi che devono ritenersi applicabili anche alle imprese multinazionali. Le pronunce in questione adottano un **approccio sostanzialistico**. In particolare, enucleano alcuni indicatori di fatto, non tassativi, bensì meramente esemplificativi, in base ai quali si può giungere alla qualificazione dell'entità indagata (dipartimento, agenzia, ente) come correlata al governo di uno Stato estero, i cui funzionari ricoprono dunque la figura di pubblici funzionari stranieri, e cioè soggetti passivi secondo le disposizioni del FCPA, qualità da cui deriva – come abbiamo visto – la responsabilità penale in capo all'impresa multinazionale ⁽⁴²⁴⁾.

L'indagine sostanziale riguarda, complessivamente, quattro aspetti: la **proprietà**, il **controllo**, la **condizione** e la **funzione** dell'ente indagato ⁽⁴²⁵⁾. La lista dei possibili fattori sintomatici individuati dalle pronunce, invece, è la seguente:

- a) l'estensione della partecipazione nel capitale dell'ente da parte dello Stato estero;
- b) il grado di controllo sull'ente da parte dello Stato estero (ad es. nel caso di nomina o sostituzione degli amministratori e direttori generali da parte del governo);
- c) il grado di caratterizzazione dell'ente e dei suoi dipendenti

⁴²³ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 82, in cui l'A. osserva come dai lavori preparatori del FCPA emergerebbe, invero, l'intenzione del Congresso di non prevedere, nella nozione di pubblico funzionario straniero, anche dirigenti e dipendenti di società a partecipazione pubblica, tant'è che le proposte legislative in tal senso non furono accolte, e difatti nel testo di legge entrato in vigore non compare alcun esplicito riferimento alle società partecipate o controllate dallo Stato. Tuttavia, l'applicazione del FCPA è andata in una direzione diversa, giacché molti dei fascicoli di corruzione internazionale aperti dalle autorità statunitensi hanno riguardato, specie in tempi recenti, proprio le società a capitale pubblico.

⁴²⁴ V., sul punto, *Order*, U.S. v. Carson 2011 WL 5101701, No. 09-cr-77 (C.D. Cal. May 18, 2011), ECF No. 373; U.S. v. Aguilar, 783 F. Supp. 2d 1108 (C.D. Cal. 2011); *Order*, U.S. v. Esquenazi, No. 09-cr-21010 (S.D. Fla. Aug. 5, 2011), ECF No. 309; *Order*, U.S. v. O'Shea, No. 09-cr-629 (S.D. Tex. Jan. 3, 2012), ECF No. 142; *Order*, U.S. v. Nguyen, No. 08-cr-522 (E.D. Pa. Dec. 30, 2009), ECF No. 144.

⁴²⁵ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 26.

- rispetto allo Stato estero;
- d) le circostanze che sottendono alla costituzione dell'ente (ad es. la designazione formale dell'ente da parte dello Stato estero);
 - e) le finalità perseguite dall'ente con la propria attività;
 - f) le facilitazioni e le obbligazioni in capo all'ente secondo l'ordinamento dello Stato estero;
 - g) il potere esclusivo o di controllo conferito all'ente nell'amministrare le sue funzioni designate (es. il regime di monopolio);
 - h) il livello di supporto finanziario che riceve dallo Stato estero (inclusi, ad esempio, sussidi o prestiti, regimi di tassazione speciali, commissioni pagate allo Stato, parziale copertura dei costi ad opera dello Stato per i servizi erogati dall'ente);
 - i) la prestazione di servizi dell'ente ai residenti dello Stato estero;
 - j) la percezione generale che l'ente stia svolgendo funzioni pubbliche o di governo;
 - k) l'ampiezza dell'arco temporale in cui tali indici sono stati presenti ⁽⁴²⁶⁾.

L'attribuzione della qualifica di pubblico funzionario straniero avviene, perciò, in via mediata, ossia attraverso l'identificazione delle funzioni pubblicistiche svolte dall'ente di appartenenza. Meno importante risulterà, invece, l'accerto della ***identità esatta del funzionario***, dal momento che per giungere all'incriminazione e, quindi, alla condanna, sarà sufficiente che costui, ancorché non identificato, risulti collegato all'ente indagato. Sul punto, alcune pronunce hanno rilevato come il testo del FCPA non richieda l'esatta identificazione del funzionario, tanto che – in maniera del tutto coerente – punisce persino l'elargizione all'intermediario che faciliterà la corruzione del funzionario pubblico ⁽⁴²⁷⁾, purché in ultimo la qualifica vi sia

⁴²⁶ V., sul punto, U.S. v. Esquenazi, 2014 U.S. App. LEXIS 9096 (11th Cir. May 16, 2014), *cert. denied.*, No. 14-189 (Oct. 6, 2014). Sul punto, v. la ricostruzione contenuta in DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 26. V., anche, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 9.

⁴²⁷ V., sul punto, SEC v. Jackson, 908 F. Supp., 2d 834 (S.D. Tex. 2012), in cui il giudice osserva che sarebbe “deviante” immaginare che il FCPA richieda una conoscenza precisa dell'imputato riguardo a quale ufficiale straniero sia interessato dalla corruzione ed a quale livello

effettivamente ⁽⁴²⁸⁾.

Un accenno puntuale meritano, infine, due ulteriori figure di pubblici funzionari stranieri, ossia i funzionari delle *organizzazioni pubbliche internazionali* e i componenti delle *famiglie reali* che, in alcuni paesi, svolgono, in via anche indiretta, un ruolo dominante nella vita pubblica dello Stato.

B. Le organizzazioni pubbliche internazionali

Anzitutto, nel 1998, il FCPA fu emendato per inserire tra i soggetti passivi delle fattispecie anticorruzione proprio i funzionari ed i dipendenti delle organizzazioni pubbliche internazionali. Il testo del FCPA definisce la nozione di «*public international organization*» come quella organizzazione istituita a norma della prima Sezione dell'*International Organizations Immunities Act* (1945) o, in ogni caso, individuata come istituto creato per gli scopi previsti dalla citata sezione, con ordine esecutivo del Presidente ⁽⁴²⁹⁾.

del governo costui si collochi, dal momento che l'imputato potrebbe sempre difendersi affermando che il suo agente non gli ha riferito esattamente quale ufficiale avrebbe corrotto; v. anche SEC v. Sraub, 2013 WL 466600 (S.D.N.Y. 2013), in cui il giudice afferma che una interpretazione che pretenda l'esatta conoscenza del funzionario corrotto si porrebbe in contrasto con la lettera della legge, la quale – al contrario – punisce condotte come l'offerta o la promessa che neppure prevedono, per la loro perseguibilità, che il pubblico agente straniero accetti o riveli la sua esatta identità. Al contrario, il fatto che la legge punisca qualunque persona, anche un intermediario, che faciliti la corruzione del funzionario suggerisce che le condotte contemplate dalla disposizione prevedono unicamente che l'agente sappia che il pagamento illecito abbia come destinatario ultimo un pubblico funzionario straniero, senza che sia richiesta una conoscenza della sua precisa identità. In senso contrario, v. U.S. v. O'Shea, Trial Tr. 227:19-23, No. 09-692 (S.D. Tex. Jan. 16, 2012), in cui il giudice invece osserva che non si può condannare un uomo che promette un pagamento senza precisare il contenuto della promessa, l'identità esatta del ricevente ed il beneficio che la condotta mira a conseguire. Sul punto, v. KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 86, in cui l'A. ricostruisce l'evoluzione giurisprudenziale in materia di identificazione del funzionario straniero, soggetto passivo della corruzione.

⁴²⁸ V., sul punto, U.S. v. Carson, cit. *supra* nota 424.

⁴²⁹ V. 22 U.S.C. § 288. Rientrano nel catalogo delle organizzazioni pubbliche internazionali istituiti come la Banca Mondiale (WB), il Fondo Monetario Internazionale (IMF), la World Intellectual Property Organization (WIPO), il World Trade Organization (WTO), l'Ocse (OECD), l'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), la Croce Rossa (RC), l'Unione Africana (UA) e molte altre. V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt*

Nel registro del governo americano, risultano iscritte le principali organizzazioni pubbliche internazionali, come l'UNICEF, la FAO, l'OMS, istituzioni finanziarie come la Banca Mondiale e la *Inter-American Development Bank*, istituzioni politiche come l'ONU, il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, unitamente alle loro articolazioni ⁽⁴³⁰⁾.

Recentemente, la disposizione è stata oggetto di una pronuncia significativa, che ha avallato una interpretazione ampia di organizzazione pubblica internazionale, confermando la perseguibilità delle condotte che riguardano quegli enti costituiti o partecipati da una moltitudine di Stati, come ad esempio, la *Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo*. Ancora una volta, va osservato come prevalga l'approccio sostanziale, in base al quale, per la configurabilità del reato, risulta sufficiente che l'ente, alle cui dipendenze esercita la funzione il soggetto passivo della condotta, abbia una connessione anche minima con un governo estero ⁽⁴³¹⁾.

C. Le famiglie reali

I membri di una famiglia reale possono avere una influenza determinante nell'azione politica e nelle decisioni di spesa di un governo straniero. La loro qualificazione come pubblici ufficiali stranieri è, dunque, una questione rilevante per determinare se un loro impiego come *sponsor* locale dell'impresa multinazionale possa violare le disposizioni del FCPA.

Il testo della legge non include espressamente i membri delle «*royal families*» tra i soggetti rilevanti. Eppure, in alcuni paesi, a seconda della forma di Stato, le decisioni del governo sulle commesse più importanti possono subire gli orientamenti o le pressioni dei membri della famiglia reale.

Practices Act (FCPA), cit. *supra* nota 349, p. 27.

⁴³⁰ V. l'elenco disponibile su *gpo.gov* (ultimo accesso: 10/10/2020).

⁴³¹ V. *U.S. v. Harder*, 168 F. Supp. 3d 732, 739 (E.D. Pa. March 2, 2016), in cui il giudice ha osservato che rientrano nell'ambito di applicazione della fattispecie i funzionari e i dipendenti di un ente costituito da una moltitudine di Stati.

Il tema è stato devoluto al DoJ, mediante la procedura di interpello prevista dall'ordinamento, il quale ha osservato che la mera appartenenza alla famiglia reale di un paese non comporta, di per sé, che la persona eserciti una qualche influenza nei confronti degli organi di governo, e quindi che possa essere qualificata come «*foreign official*». Invece, occorre procedere ad una valutazione in concreto dell'influenza che la stessa può avere, secondo alcuni temi d'indagine principali che possono essere riassunti, a titolo esemplificativo, nei seguenti:

- a) la struttura e la distribuzione del potere all'interno del governo;
- b) l'attuale condizione giuridica e dei poteri della famiglia reale, nonché l'evoluzione nel corso del tempo;
- c) la posizione del singolo all'interno della famiglia reale;
- d) l'aver o avere svolto funzioni di governo;
- e) i meccanismi di accesso alle funzioni di governo;
- f) l'abilità del singolo di influenzare, direttamente o indirettamente, le decisioni del governo ⁽⁴³²⁾.

La valutazione caso-per-caso, secondo gli indici sopra riportati, può condurre a qualificare il membro di una famiglia reale come un pubblico ufficiale straniero, e conseguentemente a determinare l'illiceità del pagamento, dell'offerta o della promessa. A tali indici, perciò, l'impresa multinazionale deve fare riferimento, prima di autorizzarne l'ingaggio.

L'appartenenza alla famiglia reale può, perciò, costituire un criterio sussidiario di attribuzione della qualifica di pubblico agente straniero, laddove il soggetto non ricopra alcuna delle funzioni di governo previste dalla fattispecie come di per sé rilevanti. In altre parole, anche laddove non partecipi direttamente al governo o ad una sua articolazione, quale un dipartimento, un'agenzia o un ente, il membro di una famiglia reale può comunque essere qualificato come pubblico agente straniero, e quindi la sua "assunzione" come *sponsor* locale può comportare la responsabilità dell'impresa multinazionale.

⁴³² V. *Opinion Procedure Release*, No. 2012-01 (Sept. 18, 2012). Sul punto, v. anche TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 17.

D. Partiti politici e candidati

La seconda categoria di soggetti passivi riguarda i partiti politici stranieri o i funzionari di questi partiti, nonché i candidati per una carica politica straniera. Essi rientrano tutti nelle disposizioni anticorruzione dettate dal FCPA ⁽⁴³³⁾.

Il testo di legge non reca alcuna definizione precisa con riguardo alla presente categoria di soggetti passivi. Tuttavia, anche in questo caso, risulta in linea con l'interpretazione corrente delle disposizioni anticorruzione del FCPA un approccio che privilegi il dato sostanziale a quello formale. In tale prospettiva, potrebbero rientrare nella categoria in commento anche soggetti che non hanno annunciato formalmente la propria candidatura o che abbiano lasciato l'incarico, nonché soggetti che non abbiano assunto formalmente alcun ruolo all'interno delle organizzazioni politiche estere, giacché potrebbe risultare sufficiente che, in concreto, costoro esercitino una effettiva influenza da "dietro le quinte" ⁽⁴³⁴⁾.

La categoria dei soggetti passivi di matrice politica è senz'altro "spinosa" per la rilevanza penale che possono assumere i contributi ed il finanziamento delle *campagne elettorali* di soggetti politici nel cui Paese l'impresa multinazionale conduce affari od intende avviare affari. Per evitare l'incriminazione, la multinazionale dovrebbe prevedere una *policy* interna che vieti espressamente ai propri agenti, ai propri *partners* commerciali o consulenti esterni di erogare contributi elettorali in nome, per conto od in qualunque modo collegati alla società. In mancanza di un divieto di carattere generale, l'elargizione dovrebbe quantomeno essere esaminata ed approvata dal dipartimento legale interno dell'impresa multinazionale, ovvero da legali esterni, in modo che ne venga certificata la liceità e che la stessa risulti in *compliance* anche con l'ordinamento di destinazione dei fondi ⁽⁴³⁵⁾.

⁴³³ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(2) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a)(2) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(a)(2) per gli «*others*».

⁴³⁴ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, cit. *supra* nota 119, p. 19.

⁴³⁵ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 16.

In ogni caso, risulta difficile immaginare un contributo elettorale ad un candidato o un componente di un partito politico, ovvero al partito direttamente, che non appaia di per sé rientrare nella fattispecie incriminatrice. Un ruolo determinante per la selezione dei comportamenti meritevoli di sanzione avrà, perciò, l'elemento soggettivo di cui si dirà in seguito.

Tuttavia, già in questa sede è opportuno anticipare una considerazione di ordine generale. La militanza ed il sostegno economico a quei candidati o partiti che perseguono una data azione politica appaiono, invero, questioni che attengono alle libertà fondamentali della persona fisica. Non può dirsi altrettanto per la persona giuridica, come l'impresa multinazionale, la cui *finalità collaterale* può senz'altro essere costituita dal perseguire il miglioramento delle condizioni sociali per i portatori di interessi anche diversi dagli azionisti (i cc.dd. *stakeholders* come ad es. la comunità locale o nazionale in cui la società svolge la propria attività economica), ma la cui *finalità precipua* è, fuor da ogni dubbio, il conseguimento del profitto.

Dunque, in relazione all'impresa multinazionale, le elargizioni o le promesse di denaro od altri beni di valore risultano, salvo prova contraria, destinate al perseguimento della finalità precipua della società, e con ciò rientranti nella disciplina penale in commento.

E. Gli intermediari

L'ultima categoria di soggetti passivi delle disposizioni anticorruzione del FCPA riguarda chiunque agisca sapendo che (quantomeno) una parte del denaro o delle utilità verrà offerta, promessa o corrisposta a un pubblico ufficiale straniero, ad un partito politico straniero o un suo funzionario, ad un candidato per una carica politica straniera ⁽⁴³⁶⁾.

È bene, da subito, osservare che sebbene di tratti di una categoria residuale, la stessa costituisce una figura centrale nella struttura della

⁴³⁶ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(3) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a)(3) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(a)(3) per gli «*others*».

fattispecie e nella sua applicazione. Come si è sopra accennato, l'espressa inclusione degli intermediari tra i soggetti passivi delle disposizioni anticorruzione risulta di cruciale importanza per evitare l'elusione del FCPA: si tratta della perseguibilità delle condotte che riguardano le cc.dd. «*third parties*»⁽⁴³⁷⁾.

L'impresa multinazionale, per sua natura, offre ed acquista beni e servizi soprattutto fuori dai confini nazionali. L'attività commerciale transnazionale è, perciò, spesso rivolta a contesti economici e giuridici diversi da quello da quello di origine, in cui la società si avvale del supporto di persone fisiche o giuridiche locali, le quali possono assicurare l'assistenza necessaria alla conduzione degli affari all'interno di quella realtà territoriale, specie con riguardo ai costumi peculiari ed alle specifiche procedure previste, ma possono altresì facilitare le transazioni economiche mediante il ricorso a pratiche illecite come la corruzione. La criminalizzazione delle condotte delle «*third parties*» risulta, allora, indispensabile per evitare che l'impresa multinazionale celi la propria responsabilità nel caso in cui le tangenti vengano date o promesse non dalla stessa società direttamente, ad opera dei propri amministratori, dirigenti o dipendenti, bensì dall'intermediario⁽⁴³⁸⁾.

In molti casi, anche recenti, come la vicenda *Eni* in Nigeria, la corruzione internazionale è avvenuta non direttamente ad opera della società, bensì tramite agenti, che agivano per procurare alla stessa la commessa estera ambita⁽⁴³⁹⁾. Va osservato che gli **agenti** rivestono un ruolo cruciale nella

⁴³⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The FCPA, Foreign Agents, and Lessons from the Halliburton Enforcement Action*, 36 Ohio N.U. L. Rev. 457, 2010, p. 457.

⁴³⁸ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 28.

⁴³⁹ V. il caso *Bonny Island*, in *Criminal Information*, U.S. v. Marubeni Corp., No. 12-cr-22 (S.D. Tex. Jan. 17, 2012), ECF No. 1; *Criminal Information*, U.S. v. JGC Corp., No. 11-cr-260 (S.D. Tex. Apr. 6, 2011), ECF No. 1; *Criminal Information*, U.S. v. Snamprogetti Netherlands B.V., No. 10-cr-460 (S.D. Tex. Jul. 7, 2010), ECF No. 1; *Complaint*, SEC v. ENI SpA and Snamprogetti Netherlands B.V., No. 10-cv-2412 (S.D. Tex. Jul. 7, 2010), ECF No. 1 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Criminal Information*, U.S. v. Technip S.A., No. 10-cr-439 (S.D. Tex. Jun. 28, 2010), ECF No. 1; *Complaint*, SEC v. Technip, No. 10-cv-2289 (S.D. Tex. Jun. 28, 2010), ECF No. 1 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Indictment*, U.S. v. Tesler, et al., No. 09-cr-98 (S.D. Tex. Feb. 17, 2009), ECF No. 1; *Complaint*, SEC v. Halliburton Company and KBR, Inc., No. 09-cv-399 (S.D. Te. Feb. 11, 2009), ECF No. 1 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Criminal Information*, U.S. v. Kellogg Brown & Root LLC, No. 09-cr-71, ECF

fisiologia delle dinamiche corruttive transnazionali. Tuttavia, la loro pacifica inclusione tra le «*third parties*» comporta l'attribuzione della responsabilità civile e penale derivante dalle condotte corruttive in capo all'impresa multinazionale nel cui interesse agiscono ⁽⁴⁴⁰⁾.

La fattispecie, sul punto, prevede unicamente che l'elargizione, la promessa o l'offerta debba essere effettuata «*sapendo*» che almeno parte del denaro verrà destinata alla corruzione. La selezione dei comportamenti della *third party*, che comportano l'applicazione di una sanzione penale per l'impresa multinazionale, avviene, perciò, mediante l'accertamento della consapevolezza, in capo all'agente, in merito alla destinazione finale delle somme. La norma pone un requisito positivo, espresso con la parola «*knowing*», la cui nozione viene definita dal testo legislativo come la consapevolezza od anche la convinzione, anche con alta probabilità, che la destinazione corruttiva delle somme elargite, promesse od offerte. Precisamente, il FCPA stabilisce che:

«Lo stato d'animo di una persona è “knowing”, con riguardo ad una condotta, una circostanza o un risultato se:

*(i) tale persona è **consapevole** del fatto che tale persona è impegnata in tale condotta, che esiste tale circostanza o che tale risultato è sostanzialmente certo; o*

*(ii) tale persona è **fermamente convinta** che tale circostanza esiste o che tale risultato è sostanzialmente certo»* ⁽⁴⁴¹⁾.

No. 1 (S.D. Tex. Feb. 6, 2009), ECF No. 1; *Criminal Information*, U.S. v. Stanley, No. 08-cr-597 (S.D. Tex. Sept. 3, 2008), ECF No. 1.

⁴⁴⁰ V., sul punto, *ex multis*, *Complaint*, SEC v. Johnson & Johnson, No. 11-cv-686 (D.D.C. Apr. 8, 2011) (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Criminal Information*, U.S. v. DePuy, Inc., No. 11-cr-99 (D.D.C. Apr. 8, 2011) ECF No. 1; *Complaint*, SEC v. ABB, Ltd., No. 10-cv-1648 (D.D.C. Sept. 29, 2010), ECF No. 1 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Criminal Information*, U.S. v. ABB Inc., No. 10-cr-664 (S.D. Tex. Sept. 29, 2010), ECF No. 1; *Criminal Information*, U.S. v. Int'l Harvester Co., No. 82-cr-244 (S.D. Tex. Nov. 17, 1982).

⁴⁴¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(2)(A) per gli «*issuers*»; 78dd-2(h)(3)(A) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(f)(3)(A) per gli «*others*».

Il FCPA dunque consente l'incriminazione non solo quando l'agente sia pienamente consapevole, avendone avuto conoscenza diretta e certa, bensì anche quando l'agente ne sia fermamente convinto, sulla base delle circostanze di fatto che ha tenuto in considerazione.

Inoltre, la stessa disposizione prevede che:

*«Quando è richiesta la conoscenza dell'esistenza di una particolare circostanza per la configurazione di un reato, il requisito della conoscenza è soddisfatto se una persona è a conoscenza di **un'alta probabilità** dell'esistenza di tale circostanza, a meno che la persona non creda realmente che tale circostanza non esista»* ⁽⁴⁴²⁾.

In altre parole, la legge non richiede una prova piena della conoscenza, bensì risulterà sufficiente che la persona agisca nella convinzione che vi sia l'alta probabilità che almeno parte delle somme elargite, promesse od offerte sia poi destinata dall'intermediario alla corruzione di un pubblico ufficiale straniero, in modo da impedire che la perseguibilità venga esclusa nel caso in cui l'agente *«intenzionalmente»* evita di avere una conoscenza diretta di tale circostanza. La formula mira, perciò, ad evitare che si sottraggano alla fattispecie incriminatrice quei comportamenti di *«ignoranza consapevole o intenzionale»*, di *«cecità volontaria»*, in cui l'agente nasconde opportunisticamente la testa sotto la sabbia e non si oppone alla perpetrazione della corruzione internazionale ⁽⁴⁴³⁾.

L'accertamento, anche in questo caso, deve essere compiuto sulla base delle circostanze presenti nel caso concreto: in ottica di prevenzione, l'impresa multinazionale può basare la propria decisione su alcuni indici

⁴⁴² V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(2)(B) per gli *«issuers»*; 78dd-2(h)(3)(B) per i *«domestic concerns»*; 78dd-3(f)(3)(B) per gli *«others»*.

⁴⁴³ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 29.

sintomatici che costituiscono una spia rivelatrice della possibilità che la destinazione ultima della condotta dell'intermediario sia (o sia stata) la corruzione di un funzionario straniero. Tali indici, precisamente, sono:

- a) l'ammontare eccessivo delle commissioni pagate ad agenti e consulenti esterni;
- b) il valore irragionevole di sconti concessi a distributori esterni;
- c) il livello di chiarezza e precisione con cui sono descritti i servizi di consulenza nei contratti stipulati;
- d) l'area di competenza dei consulenti esterni, se diversa rispetto a quella per cui sono stati assunti;
- e) il grado di parentela o vicinanza dell'agente o consulente, rispetto al pubblico ufficiale straniero;
- f) la veste societaria dell'agente o consulente, se costituita da una scatola vuota o incorporata in una giurisdizione offshore;
- g) la destinazione dei pagamenti per la collaborazione, se rivolta verso (o veicolata attraverso) conti correnti offshore;
- h) la reputazione dell'intermediario e della realtà locale in cui opera;
- i) il grado di scarso approfondimento delle comunicazioni circa l'andamento della collaborazione con l'intermediario, o la presenza di informazioni anomale ⁽⁴⁴⁴⁾.

Si tratta delle cc.dd. «*red flags*» in presenza delle quali l'autorità potrà ricostruire *ex post* la prova della «*consapevolezza implicita*» su cui si fonda la condotta dell'agente. Le stesse «*flags*» risultano, allora, per l'impresa multinazionale, le fondamenta su cui costruire il ***compliance program*** aziendale, facendo sì che questi criteri vengano osservati e, inoltre, sulla base di tali criteri, modulare una adeguata ***due diligence*** dell'intermediario, in modo da prevenire possibili condotte di corruzione internazionale, ad opera

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 29. V., anche, il caso *Kozeny*, in U.S. v. *Kozeny*, 582 F. Supp. 2d 535 (S.D.N.Y. 2008) in cui la Corte d'Appello del Secondo Circuito ha ritenuto provata la «*consapevolezza*» dell'agente, osservando che il procedimento aveva acquisito prova documentale e testimoniale del fatto che questi avesse contezza della reputazione dello Stato estero come paese ad alto rischio corruzione e della cattiva reputazione dell'intermediario – criterio sub h)-, nonché della presenza, nel carteggio di email acquisito, di una manifesta preoccupazione che l'intermediario stesse procedendo alla corruzione dei funzionari stranieri.

di un intermediario, che comportino conseguentemente la responsabilità penale dell'impresa multinazionale ⁽⁴⁴⁵⁾.

L'osservanza delle «*red flags*» nel *compliance program* e nella *due diligence* costituisce il nucleo essenziale di una *policy* anticorruzione efficace a prevenire la responsabilità penale dell'ente.

Un aspetto ancillare merita, sul punto, una breve riflessione. Non si tratta, come potrebbe invero sembrare *prima facie*, di una responsabilità per *negligenza*. Al contrario, l'accertamento ha sempre ad oggetto la conoscenza esplicita od implicita della destinazione illecita delle somme elargite, promesse od offerte. Tuttavia, ai fini dell'incriminazione, il FCPA ritiene sufficiente la prova della *probabilità della conoscenza*, o conoscibilità, sulla base degli indici sintomatici sopra elencati. Ecco perché l'analisi della ricorrenza o meno, nella situazione concreta, degli indici sintomatici può condurre ad escludere la responsabilità dell'impresa multinazionale ⁽⁴⁴⁶⁾.

2.1.2.3. *L'elemento soggettivo del dolo specifico*

La perseguibilità delle condotte di corruzione internazionale è subordinata all'accertamento di due requisiti, con riguardo all'elemento soggettivo, riassunti dai termini «*corruptly*» e «*willfully*».

Anzitutto, perché vi sia una violazione delle disposizioni anticorruzione del FCPA, è necessario che la condotta sia avvinta dall'intento corruttivo («*corrupt intent*»). Tale requisito è applicabile tanto alle persone fisiche, quanto alle persone giuridiche. In secondo luogo, per la perseguibilità

⁴⁴⁵ Di base, possono sussistere due possibili rischi nell'impiego di una «*third party*»: che l'intermediario provi ad eseguire o esegua un pagamento corruttivo, o che l'intermediario sia così vicino al pubblico funzionario per costituire egli stesso il veicolo della corruzione. V. sul punto, il caso *Jackson*, in SEC v. Jackson, No. H-12-0563 (KPE), 2012 WL 6137551 at 11 (S.D. Tex. Dec. 11, 2012); nonché, il caso *Straub*, in *Mem. e Order*, SEC v. Straub, No. 11 Civ. 9645 (RJS) (S.D.N.Y. Feb. 8, 2013). Fondamentale è, allora, per l'impresa multinazionale valutare adeguatamente e ridurre i fattori di rischio, implementando il proprio sistema anticorruzione interno sulla base delle «*red flags*». V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 21.

⁴⁴⁶ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 107.

delle persone fisiche è necessaria la prova che la violazione dell'FCPA sia stata compiuta intenzionalmente («*willfulness*»). Tale ultimo requisito non è, invece, richiesto per l'attribuzione della responsabilità penale in capo all'ente, e dunque – per quel che più rileva ai fini della presente indagine – all'impresa multinazionale ⁽⁴⁴⁷⁾.

Ciascuno dei due requisiti merita un approfondimento puntuale, a partire dal primo che, come si è detto, costituisce l'unico requisito per la perseguibilità dell'ente.

A. *La finalità corruttiva*

Le disposizioni anticorruzione contenute nel FCPA vietano di eseguire o autorizzare il pagamento, l'offerta o la promessa di denaro, od altri beni di valore, allo scopo di corrompere. In altre parole, le fattispecie selezionano le condotte astrattamente perseguibili in base alla finalità perseguita dall'agente, ossia laddove commesse con l'intento di corrompere ⁽⁴⁴⁸⁾.

Invero, il FCPA non definisce il significato di «*corruptly*» che la disposizione contiene in apertura. Tuttavia, dai lavori preparatori è possibile scorgere con chiarezza che il legislatore intendesse attribuirgli lo stesso significato che il termine assume nell'ambito delle disposizioni contro la corruzione domestica. Per l'incriminazione esso dunque richiede che la condotta sia posta in essere con l'intento ovvero il desiderio di influenzare illegalmente il percettore finale delle somme, e cioè il funzionario pubblico straniero ⁽⁴⁴⁹⁾. Durante l'esame del testo, sia alla Camera che al Senato, fu osservato che il termine in questione ha lo scopo di rendere chiaro che la promessa, l'offerta e la dazione costituiscono una condotta penalmente

⁴⁴⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 98.

⁴⁴⁸ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «*issuers*», 78dd-2(a) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a) per gli «*others*».

⁴⁴⁹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 18.

rilevante laddove siano finalisticamente orientate a indurre il percettore pubblico all'esercizio disfunzionale dei suoi poteri, ad esempio, nell'aggiudicare illegalmente commesse all'erogatore del pagamento o ad un terzo, oppure al fine di consentire una legislazione o regolamentazione di carattere preferenziale, o anche semplicemente ad astenersi dall'esercitare le sue funzioni pubbliche. Il termine «*corruptly*», perciò, connota l'elemento soggettivo dell'agente, il quale pone in essere il comportamento antiggiuridico animato da uno scopo o un motivo che potremmo definire "abietto" ⁽⁴⁵⁰⁾, perché profondamente contrario alla legge, rappresentato dalla volontà influenzare il funzionario pubblico straniero nel senso di ottenere o mantenere dei vantaggi economici, in maniera analoga a quanto previsto dalle disposizioni previste per la corruzione domestica ⁽⁴⁵¹⁾.

Il testo della disposizione, tuttavia, fornisce una indicazione precisa del risultato verso cui la condotta corruttiva protende. Difatti, il FCPA dispone che siano punite l'offerta, la promessa e la dazione, commesse con la finalità corruttiva di cui si è detto, allo scopo di:

- a) influenzare un atto o una decisione di un pubblico ufficiale straniero nell'esercizio delle sue funzioni ⁽⁴⁵²⁾;
- b) indurre un pubblico ufficiale straniero a fare od omettere un atto in violazione dei doveri d'ufficio ⁽⁴⁵³⁾, o in generale, per assicurarsi un vantaggio indebito ⁽⁴⁵⁴⁾;
- c) indurre un pubblico ufficiale straniero ad usare la propria

⁴⁵⁰ Nei lavori preparatori del FCPA si parla di «*evil motive or purpose*».

⁴⁵¹ V. *House Report*, No. 95-640, p. 7, nonché *Senate Report*, No. 95-114, p. 10, in cui si fa rimando alla nozione di «*corruptly*» già inclusa nelle norme contro la corruzione domestica per le quali v. 18 U.S.C. § 201(b).

⁴⁵² V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1)(A)(i), 78dd-1(a)(2)(A)(i), 78dd-1(a)(3)(A)(i), per gli «*issuers*», 78dd-2(a)(1)(A)(i), 78dd-2(a)(2)(A)(i), 78dd-2(a)(3)(A)(i) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a)(1)(A)(i), 78dd-3(a)(2)(A)(i), 78dd-3(a)(3)(A)(i) per gli «*others*».

⁴⁵³ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1)(A)(ii), 78dd-1(a)(2)(A)(ii), 78dd-1(a)(3)(A)(ii), per gli «*issuers*», 78dd-2(a)(1)(A)(ii), 78dd-2(a)(2)(A)(ii), 78dd-2(a)(3)(A)(ii) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a)(1)(A)(ii), 78dd-3(a)(2)(A)(ii), 78dd-3(a)(3)(A)(ii) per gli «*others*».

⁴⁵⁴ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1)(A)(iii), 78dd-1(a)(2)(A)(iii), 78dd-1(a)(3)(A)(iii), per gli «*issuers*», 78dd-2(a)(1)(A)(iii), 78dd-2(a)(2)(A)(iii), 78dd-2(a)(3)(A)(iii) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a)(1)(A)(iii), 78dd-3(a)(2)(A)(iii), 78dd-3(a)(3)(A)(iii) per gli «*others*».

influenza con un governo straniero od una sua articolazione in modo da alterare o influenzare un atto o una loro decisione ⁽⁴⁵⁵⁾.

Sull'oggetto del dolo si tornerà più avanti. Per il momento basti osservare che le disposizioni escludono la finalità ultima dell'agente dagli elementi costitutivi, configurando il reato di corruzione internazionale come avvinto dal dolo specifico. Tale scelta legislativa consente di anticipare la tutela penale ad un momento precedente all'accordo corruttivo, che difatti non è descritto quale elemento costitutivo del reato. Difatti, una volta accertato l'intento corruttivo, l'offerta, la promessa o la dazione integrano perciò compiutamente la fattispecie e rendono conseguentemente perseguibile il soggetto agente ⁽⁴⁵⁶⁾.

Non è invece richiesto che l'offerta e la promessa vengano sollecitate o accolte, né che il pagamento venga effettivamente percepito dal pubblico agente, dal momento che tali condotte rimangono estranee alla fattispecie tipo ⁽⁴⁵⁷⁾.

Inoltre, non è neppure richiesto che l'intento perseguito si realizzi concretamente ⁽⁴⁵⁸⁾, ben potendo addirittura considerare consumato il reato quand'anche il promesso pagamento non avvenga ⁽⁴⁵⁹⁾.

La fattispecie è, perciò, concentrata sulla condotta in "malafede" del corruttore che effettua o autorizza la dazione, l'offerta o la promessa a tale scopo, dovendosi ritenere integrato il reato di corruzione internazionale

⁴⁵⁵ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1)(B), 78dd-1(a)(2)(B), 78dd-1(a)(3)(B), per gli «*issuers*», 78dd-2(a)(1)(B), 78dd-2(a)(2)(B), 78dd-2(a)(3)(B), per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a)(1)(B), 78dd-3(a)(2)(B), 78dd-3(a)(3)(B), per gli «*others*».

⁴⁵⁶ L'intento corruttivo è altrimenti detto «*bad purpose*». Sul punto, v. TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 7.

⁴⁵⁷ V., il caso *Esquenazi*, in *Jury Instructions*, U.S. v. Esquenazi, cit. *supra* nota 424, pp. 22-23; il caso *Green*, in *Jury Instructions*, U.S. v. Green, No. 08-cr-59 (C.D. Cal. Sept. 11, 2009), ECF No. 288, p. 10; il caso *Jefferson*, in *Jury Instructions*, U.S. v. Jefferson, No. 07-cr-209 (E.D. Va July 30, 2009) ECF No. 684, p. 35; il caso *Bourke*, in *Jury Instructions*, U.S. v. Bourke, No. 05-cr-518 (S.D.N.Y. July, 2009), p. 25; il caso *Kay*, in *Jury Instructions*, U.S. v. Kay, No. 01-cr-914 (S.D. Tex. Oct. 6, 2004), ECF No. 142, p. 17; il caso *Mead*, in *Jury Instructions*, U.S. v. Mead, No. 98-cr-240 (D.N.J. Oct., 1998).

⁴⁵⁸ V., il caso *Monsanto*, in *Complaint*, SEC v. Monsanto Co., cit. *supra* nota 382.

⁴⁵⁹ V., il caso *Innospec*, per cui v. *Complaint*, SEC v. Innospec, Inc., cit. *supra* nota 401; nonché *Information*, U.S. v. Innospec, Inc., cit. *supra* nota 401.

quand'anche l'agente abbia autorizzato il pagamento a pubblici ufficiali stranieri in modo indeterminato, avendo in sé la condotta posta in essere tutte le caratteristiche descritte nella disposizione, ossia l'azione e l'intento corruttivo ⁽⁴⁶⁰⁾.

B. La consapevolezza e volontà di agire contro la legge

La responsabilità penale in capo alle persone fisiche, per violazione del FCPA, richiede un ulteriore elemento, non richiesto invece per la responsabilità penale dell'ente, e cioè la condotta deve essere posta in essere dall'agente intenzionalmente, ossia «*willfully*» ⁽⁴⁶¹⁾.

Il testo di legge non definisce il significato del termine «*willfully*», il quale tuttavia ha trovato applicazione giurisprudenziale come sinonimo di volontarietà nell'agire in maniera contraria ai principi generali del diritto, comprendendo cioè la portata “non corretta” delle proprie azioni ⁽⁴⁶²⁾.

Già nei lavori preparatori, si osservava come la capacità di intendere la non correttezza del proprio comportamento e la volontà di porlo comunque in essere non richiedono, perché il fatto sia penalmente rilevante, che l'agente sia altresì certo che il suo comportamento costituisca un illecito penale, o che lo abbia posto in essere con la finalità di violare la legge ⁽⁴⁶³⁾. Al contrario, come ha sottolineato la giurisprudenza sul punto, è sufficiente acquisire la prova che egli sia consapevole di aver agito in maniera contraria ai principi del diritto ⁽⁴⁶⁴⁾, in modo da perseguire la finalità corruttiva che costituisce

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(e)(2)(A) per gli «*others*»; espressamente in 15 U.S.C. § 78ff(c)(2)(A). Per un commento critico circa l'applicazione blanda di tale principio v. FRIEDMAN, SMITHLINE, *Is Conscious Avoidance Sufficient to Establish Knowledge under the FCPA*, 2012 Bus. L. Today 1, 2012, p. 3.

⁴⁶² V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 98 in cui l'A. ricostruisce il dibattito in seno al Congresso sul tema dell'elemento soggettivo e l'applicazione giurisprudenziale del requisito della «volontarietà» di cui al FCPA.

⁴⁶³ V. *House Report*, cit. *supra* nota 451.

⁴⁶⁴ V., *ex multis*, il caso *Kay*, in *U.S. v. Kay*, 513 F.3d 432 (5th Cir. 2007).

l'oggetto del dolo, su cui, come vedremo nel paragrafo di seguito, è bene concentrare l'indagine.

C. L'oggetto del dolo

Il vantaggio economico che l'agente mira a conseguire è, probabilmente, il principale aspetto da indagare in una presunta condotta di corruzione internazionale. L'intento di ottenere un vantaggio economico indebito, oppure di ottenere un vantaggio economico lecito, ma con il mezzo illecito della corruzione, fa da contraltare all'intento corruttivo di cui si è sopra parlato, e costituisce inoltre l'oggetto del dolo ⁽⁴⁶⁵⁾.

Il FCPA descrive lo «*scopo illecito*» perseguito dall'agente in maniera puntuale, ossia facendo riferimento all'intento di influenzare un atto o una decisione di un pubblico ufficiale straniero, nell'esercizio delle sue funzioni, o di indurlo a fare od omettere un atto in violazione dei doveri d'ufficio, o più in generale, per assicurarsi un vantaggio indebito, oppure infine per indurlo ad usare la propria influenza con un governo straniero od una sua articolazione in modo da alterare o influenzare un atto o una loro decisione ⁽⁴⁶⁶⁾. Si tratta, a ben vedere, di finalità mediate, giacché il fine ultimo perseguito dall'agente, a norma della disposizione, non è la corruzione fine a sé stessa, com'è comprensibile, bensì il vantaggio che da essa l'agente mira a ricavare. Difatti, il FCPA dispone che l'offerta, la promessa e la dazione, autorizzate od effettuate, siano perseguibili in quanto commesse allo scopo di influenzare il funzionario straniero «*in modo da ricevere aiuto nell'ottenere o mantenere degli affari, per o con qualcuno, o direzionarli verso qualcuno*» ⁽⁴⁶⁷⁾. Tale obiettivo ultimo è noto come la «*finalità*

⁴⁶⁵ V., sul punto, LU, *The Obtaining or Retaining Business Requirement: Breathing New Life into the Business Nexus Provision of the FCPA*, 18 Fordham J. Corp. & Fin. L. 729, 2013, p. 729 ss.

⁴⁶⁶ V., sul punto, i paragrafi precedenti.

⁴⁶⁷ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1) ultimo periodo, 78dd-1(a)(2) u.p., 78dd-1(a)(3) u.p., per gli «*issuers*», 78dd-2(a)(1) u.p., 78dd-2(a)(2) u.p., 78dd-2(a)(3) u.p. per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a)(1) u.p., 78dd-3(a)(2) u.p., 78dd-3(a)(3) u.p. per gli «*others*».

economica o commerciale» della corruzione internazionale, altrimenti detta «*business purpose test*», in mancanza della quale difficilmente si potrà sostenere che sia avvenuta una condotta illecita, in violazione del FCPA ⁽⁴⁶⁸⁾.

La «*finalità economica o commerciale*» potrà essere dimostrata in base alle circostanze di fatto, quali ad esempio le caratteristiche stesse del vantaggio, in termini di valore economico, se particolarmente considerevole, oppure dall'entità della regalia (ad es. regali o viaggi molto costosi). Diversamente, come si è appena accennato, in mancanza di prove che consentano di dimostrare che l'agente miri a conseguire un vantaggio economico, difficilmente potrà ritenersi provato l'intento corruttivo ⁽⁴⁶⁹⁾.

L'accertamento della «*finalità economica o commerciale*» non richiede, invero, un approfondito esame delle conseguenze della condotta illecita, giacché gli interessi perseguiti dall'agente devono sussistere al momento in cui la stessa viene posta in essere, senza che sia richiesta l'effettiva concretizzazione del vantaggio. Tuttavia, la particolare funzione di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti, che tale formula assume, in base alla lettera della legge, ha generato un approfondito dibattito, sia nella dottrina che nella giurisprudenza statunitense, che ha tentato di definire i contorni di un requisito che appare, per la verità, sfuggente.

Partendo dalla dato letterale, osserviamo che il FCPA espressamente punisce le condotte poste in essere «*in modo da ottenere o mantenere affari*». La disposizione, anzitutto, non specifica se il termine «*affari*» debba intendersi riferito alle sole commesse pubbliche. Anzi, la mancanza di un chiaro riferimento ai soli contratti governativi dovrebbe escludere una interpretazione restrittiva della disposizione, volta ad escludere la penale rilevanza di pagamenti verso pubblici ufficiali stranieri che non ricadano in tale specifica tipologia.

È pur vero che la caratteristica che la legge americana attribuisce ai

⁴⁶⁸ L'espressione «*business purpose test*» è tratta dai lavori preparatori del FCPA, e precisamente dal dibattito sviluppatosi al Congresso sull'ambito di applicazione del divieto contro i pagamenti internazionali dell'impresa multinazionale. V., sul punto, *House Report*, No. 95-831, p. 12.

⁴⁶⁹ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 8.

comportamenti penalmente rilevanti, quale quella – per l'appunto – di inerire una attività di *business* – ha senz'altro lo scopo di selezionare, nella vasta gamma di possibili pagamenti a pubblici funzionari stranieri, quei soli che per le loro caratteristiche possano ricadere all'interno dell'ambito di applicazione definito, sebbene in maniera non eccessivamente chiara, dalla legge. Sul punto, i lavori preparatori sembrano chiarire che il testo approvato non limita la perseguibilità ai soli pagamenti effettuati per ottenere affari mediante l'adozione di provvedimenti dell'organo pubblico, quali per l'appunto le pubbliche commesse, bensì sembra ricomprendere nell'ambito di applicazione della fattispecie ogni intervento pubblico che sia idoneo a «supportare» l'ottenimento, il mantenimento o l'accreditamento di un affare. Tale interpretazione della disposizione, che appare peraltro quella più aderente alla lettera della legge, espande l'ambito di applicazione della fattispecie, fino a ricomprendervi ad esempio la concessione di licenze, qualifiche o permessi che sono propedeutici all'avvio o alla prosecuzione di una attività economica ⁽⁴⁷⁰⁾.

Il tema si è posto quale uno dei punti maggiormente disputati nell'applicazione del FCPA nei confronti delle persone fisiche, uniche ipotesi in cui – come sappiamo, ed a differenza delle persone giuridiche – è disponibile un seppure minimo approdo giurisdizionale. In particolare, è risultato controverso se dovessero intendersi ricomprese nell'ambito di applicazione del divieto, ad esempio, le procedure relative alle imposizioni doganali, nonché ai tributi, ed in ultimo anche alle licenze ed ai permessi ⁽⁴⁷¹⁾.

In un primo momento, le corti distrettuali interpellate avevano privilegiato una interpretazione restrittiva del testo legislativo. In particolare, nel caso *Duran* il giudice aveva accolto la richiesta di archiviazione del procedimento avente ad oggetto presunti pagamenti illeciti ad ufficiali della Repubblica Dominicana eseguiti allo scopo di ottenere il dissequestro di due aerei, osservando che tipologie di pagamento come quelle sottoposte al

⁴⁷⁰ V., sul punto, *House Report*, No. 95-831, cit. *supra* nota 468.

⁴⁷¹ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 90 in cui l'A. ricostruisce il dibattito giurisprudenziale sull'ambito di applicazione della fattispecie, con riguardo alla finalità economica e commerciale dei presunti pagamenti illeciti, ed in cui si privilegia una interpretazione restrittiva delle disposizioni del FCPA.

giudizio della corte non erano suscettibili di sanzione penale, a norma del FCPA ⁽⁴⁷²⁾.

Lo stesso era avvenuto nel caso *Kay*, che aveva coinvolto il presidente ed il vicepresidente di un'impresa multinazionale americana, accusati di aver pagato degli ufficiali di Haiti per ridurre i dazi doganali e le imposte dovute. In quel caso, la corte distrettuale aveva osservato che sebbene il testo di legge risultava vago e suscettibile di ampia interpretazione, dai lavori preparatori era possibile desumere che il legislatore intendesse attribuire rilevanza penale solamente ad alcuni pagamenti e non anche a tutti quelli suscettibili di influenzare le più svariate decisioni del pubblico funzionario straniero, per cui doveva preferirsi una interpretazione restrittiva della disposizione, la quale escludeva conseguentemente che la riduzione dei costi doganali e fiscali di una società potessero considerarsi finalità ricomprese nel testo del FCPA ⁽⁴⁷³⁾.

La stessa corte distrettuale era intervenuta, nel solco già tracciato nel caso *Kay*, giudicando il coevo caso *Mattson*, in cui i dipendenti di una società erano accusati di aver compiuto erogazioni liberali nei confronti di un ufficiale indonesiano per ottenere una riduzione nell'ambito di una procedura di accertamento fiscale. Precisamente, la corte aveva osservato che la condotta non era ricompresa nell'ambito delle elargizioni perseguibili, in quanto non aveva avuto, né poteva avere alcuna capacità di supportare gli autori nell'ottenere o mantenere un affare ⁽⁴⁷⁴⁾.

Effettivamente, il testo del FCPA individua i pagamenti, le promesse e le offerte sottoposte a sanzione penale sulla base della loro idoneità a procurare una nuova attività economica o commerciale, ovvero a mantenerne una già in essere, mentre non sembra punire di per sé la corruzione della funzione pubblica dell'ufficiale, da parte del singolo o dell'impresa multinazionale. È nel solco di questa osservazione che, come vedremo, la

⁴⁷² V. il caso *Duran*, in *Judgment of Acquittal*, U.S. v. Duran, No. 89-00802 (S.D. Fla. April 17, 1990).

⁴⁷³ V. il caso *Kay*, in *Judgment of Acquittal*, U.S. v. Kay, 200 F.Supp.2d 681 (S.D. Tex., 2002).

⁴⁷⁴ V. il caso *Mattson*, in *Memorandum e Order*, SEC v. Mattson et al., No. 4:01-cv-03106 (S.D. Tex. Sept. 9, 2012).

Corte d'Appello ribaltò, pochi anni dopo, il verdetto della corte distrettuale sul caso *Kay*. La decisione del primo giudice, difatti, fu impugnata dal DoJ il quale sostenne che l'ambito di applicazione del FCPA era ben più ampio di quello inizialmente definito.

La Corte d'Appello, in effetti, osservò che il testo della disposizione anticorruzione non limita l'incriminazione ai pagamenti interessati all'ottenimento delle sole commesse governative, bensì effettivamente include tutti quei risultati mediato o indiretti che abbiano una positiva influenza sulla capacità di ottenere o mantenere un *business* da parte dell'agente, o del terzo nel cui interesse l'agente commette il fatto di reato. In altre parole, il testo approvato dal Congresso intendeva proibire non solo la corruzione del funzionario estero volta ad ottenere o mantenere delle pubbliche commesse, bensì tutti quei pagamenti che, direttamente o indirettamente, aiutano il corruttore ad ottenere o mantenere un affare. Nel caso specifico, ossia il caso *Kay*, una riduzione degli oneri fiscali poteva idealmente rientrare nell'ambito di applicazione della fattispecie. La Corte, in particolare, osservava che simili pagamenti, benché non potessero di per sé costituire una condotta illegale, quali invece quelli diretti ad acquisire una commessa pubblica, erano comunque suscettibili di applicazione delle sanzioni penali previste dal FCPA, e precisamente nella misura in cui potessero produrre un effetto di supporto alla finalità economica e commerciale perseguita ⁽⁴⁷⁵⁾.

Ciò che occorre focalizzare, secondo la corte, è la capacità di influire positivamente sull'ottenimento o mantenimento dell'affare, in modo da accertare se la condotta sia effettivamente illecita, a norma del FCPA, ovvero ricada fuori dall'ambito di applicazione della disposizione.

L'interpretazione fornita da ultimo dalla corte sembra rispondere logicamente all'esigenza di tutela del bene giuridico sotteso alla disciplina in materia di corruzione internazionale, ossia la necessità di evitare che comportamenti illeciti possano alterare l'allocazione delle risorse economiche in base ai principi di leale concorrenza tra le imprese nel mercato. In altre parole, non tutti i pagamenti a pubblici funzionari stranieri

⁴⁷⁵ V. il caso *Kay*, in U.S. v. *Kay*, 359 F.3d 738 (5th Cir. 2004).

sono suscettibili di sanzione penale, a norma del FCPA. Tuttavia, rientrano nell'ambito di applicazione della fattispecie tutti quei comportamenti e pagamenti che influenzano, o sono idonei ad influenzare l'aggiudicazione o la prosecuzione degli affari ⁽⁴⁷⁶⁾.

Una volta chiarito l'ambito di applicazione teorico della disposizione, con riguardo alla «*finalità economica o commerciale*» della corruzione internazionale, occorre ora soffermarsi analiticamente su come i predetti principi si declinano in un sistema di norme che, specie con riguardo all'impresa multinazionale, si caratterizza per la scarsa applicazione giurisdizionale, ed una prevalente applicazione negoziale sottratta allo scrutinio del giudice.

In molti casi, la violazione del FCPA, addebitata ad un'impresa multinazionale, ha riguardato, anzitutto, l'accaparramento di commesse e contratti con enti pubblici o governi stranieri. Si tratta, come si è visto, di un settore pacificamente incluso nell'ambito di applicazione del FCPA, una volta accertato che il potere di assegnazione della commessa è stato esercitato sotto l'influenza, diretta o indiretta, della corruzione internazionale. È il caso, ad esempio, della corruzione commessa in modo da ottenere contratti petroliferi da una società estera a partecipazione pubblica ⁽⁴⁷⁷⁾, ovvero per ottenere contratti di ingegneria, appalto e costruzione da parte del governo di uno Stato estero ⁽⁴⁷⁸⁾, o ancora un contratto assicurativo legato ad un grande progetto governativo ⁽⁴⁷⁹⁾, o in ultimo la vendita di aeroplani a un paese straniero ⁽⁴⁸⁰⁾.

⁴⁷⁶ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 94 in cui l'A. sottolinea la necessità di una interpretazione del FCPA aderente al dato letterale, nel senso di escludere dall'ambito di applicazione della fattispecie penale tutti quei comportamenti che non risultano idonei ad influenzare il corretto svolgimento degli affari. In altre parole, secondo l'A., andrebbe verificato ed accertato se la condotta poteva influire in modo determinante nel conseguimento dell'attività economica o commerciale, dovendosi escludere la rilevanza penale delle condotte che non presentano tale caratteristica.

⁴⁷⁷ V. il caso *Odebrecht/Braskem*, cit. *supra* nota 386.

⁴⁷⁸ V. il caso *Bonny Island*, cit. *supra* nota 439.

⁴⁷⁹ V. il caso *Allianz SE*, in *In re*, SEC Admin. Proceeding File No. 3-15132.

⁴⁸⁰ V. il caso *Airbus*, in *Information*, U.S. v. Airbus SE, 1:20-cr-00021 (D.D.C. Jan 28, 2020), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 10/10/2020); *DPA*, U.S. v. Airbus SE, 1:20-cr-

Ma anche al di fuori dalle commesse pubbliche è possibile che vi siano pagamenti in violazione del FCPA, suscettibili di comportare la responsabilità penale dell'impresa multinazionale. Le linee guida, elaborate da DoJ e SEC, difatti, includono tra i pagamenti che suscitano rischi penali, a titolo esemplificativo, quelli atti ad ottenere o mantenere un affare attraverso le seguenti modalità:

- a) influenzare il processo di aggiudicazione del contraente;
- b) eludere le regole concernenti l'importazione di prodotti;
- c) eludere eventuali requisiti come licenze e permessi, ove necessari;
- d) accedere ad informazioni riservate sull'offerta pubblica;
- e) evadere le tasse o eventuali sanzioni;
- f) influenzare l'esito di controversie legali o la loro concreta esecuzione;
- g) ottenere esenzioni rispetto ad obblighi di legge;
- h) ottenere benefici fiscali o sui dazi doganali;
- i) evitare l'interruzione di un contratto.

Si tratta, a ben vedere, di operazioni che non accedono direttamente all'assegnazione di una commessa pubblica all'impresa multinazionale. Eppure, costituiscono condotte prodromiche all'aggiudicazione le quali possono (o si presume che possano) alterare la concorrenza. Conseguentemente, l'astratta idoneità a fungere da indebita facilitazione nel procurarsi o mantenere affari fa di questi pagamenti una condotta potenzialmente illecita, in violazione del FCPA.

In base a queste linee guida, infatti, le autorità americane hanno contestato la violazione del FCPA nel caso di pagamenti estranei all'accaparramento di commesse e contratti pubblici, e cioè ad esempio per transazioni correlate ad operazioni di accertamento da parte di ispettori alimentari o fiscali ⁽⁴⁸¹⁾, ovvero per influenzare procedure di registrazione di

00021 (TFH) (D.D.C. Jan 31, 2020), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 10/10/2020).

⁴⁸¹ V., per la vicenda alimentare, il caso *Tyson Foods*, in *Information*, U.S. v. Tyson Foods Inc., No. 1:11-cr-00037 (D.D.C. Feb. 10, 2011), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *DPA*, U.S. v. Tyson Foods Inc., No. 1:11-cr-00037 (D.D.C. Feb. 10, 2011), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Complaint*, SEC v. Tyson Foods Inc., No. No. 1:11-

prodotti o di regolamentazione di livelli di produzione ⁽⁴⁸²⁾, o ancora per l'ottenimento di permessi o di frequenze delle telecomunicazioni ⁽⁴⁸³⁾.

L'oggetto del dolo, presente nelle disposizioni anticorruzione del FCPA, finisce pertanto per avere una interpretazione molto ampia, che consente alle agenzie statunitensi di espandere le maglie della legge, contestando la liceità di transazioni che non rientrano nella mera intermediazione e finalizzazione di contratti pubblici. In mancanza di uno scrutinio giudiziale sulla correttezza della prassi, occorre allora prendere atto che l'interpretazione oggi concretamente vigente del testo legislativo americano è quella proposta ed applicata dalle autorità inquirenti, a meno di ricorrere al giudice distrettuale. Ciò comporta, inevitabilmente, un aumento dei fattori di rischio per l'impresa multinazionale, che non può permettersi di sottovalutare le indicazioni provenienti dalla sentenza *Kay* e dalle linee guida di DoJ e SEC, giacché l'applicazione del FCPA risulta, nella prassi, assai più ampia di quella che potrebbe desumersi dalla mera esegesi del testo legislativo ⁽⁴⁸⁴⁾.

CV-00350 (D.D.C. Feb. 10, 2011) (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

Per la vicenda fiscale, v. il caso *Alliance*, in *NPA*, U.S. v. Alliance One International Inc. (Aug. 6, 2010) (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁴⁸² V. il caso *Pfizer*, in *DPA*, U.S. v. Pfizer H.C.P. Corp., (D.D.C. Aug. 7, 2012) (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); nonché il caso *ABInBev*, in *Final Judgment*, U.S. v. Anheuser Busch In Bev et al., No. 1:13-cv-00127 (D.D.C. Oct. 24, 2013), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁴⁸³ V. il caso *Kraft*, in *Complaint*, SEC v. Mondelēz International, Inc., No. 3-17759 (Jan. 6, 2017) (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); nonché il caso *Vimpelcom*, in *Information*, U.S. v. VimpelCom Ltd., 1:16-cr-00137 (S.D.N.Y. Feb. 18, 2016), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *DPA*, U.S. v. VimpelCom Ltd., 1:16-cr-00137 (S.D.N.Y. Feb. 22, 2016), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Complaint*, SEC v. VimpelCom Ltd. (S.D.N.Y. Feb., 2016), (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁴⁸⁴ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 18, in cui gli AA. osservano che molto spesso l'impresa multinazionale omette di confrontarsi con l'applicazione pratica dei principi enunciati nella sentenza *Kay*, non valutando adeguatamente i rischi derivanti da pagamenti suscettibili di essere considerati atti ad ottenere o mantenere affari, pure se non direttamente finalizzati ad acquisire contratti pubblici, quali ad esempio quelli eseguiti nell'ambito di operazioni import-export.

2.1.3. Le modalità dell'azione e la giurisdizione

Le disposizioni anticorruzione nei confronti delle tre categorie di soggetti sottoposti al FCPA, ossia gli «issuers», i «domestic concerns» e gli «others», dispongono anzitutto che l'offerta, la promessa e il pagamento di «tangenti» siano puniti laddove commessi «*usando la posta o qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale*»⁽⁴⁸⁵⁾.

La previsione ha una duplice valenza. In primo luogo, disciplina la **forma vincolata** in cui deve avvenire la condotta perché la stessa sia perseguibile: non ogni pagamento, promessa e offerta ricadono nell'ambito di applicazione della fattispecie penale, bensì vi ricadono solo quelli avvenuti con la specifica modalità e forma prevista, per l'appunto, da tale inciso della disposizione. Anzi, per meglio dire, la formula appena richiamata costituisce il nucleo essenziale della condotta, dal momento che la disposizione è formulata nel senso di rendere «*vietato [...] usare la posta o qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale, in modo corrotto, per favorire l'offerta, il pagamento, la promessa di pagare, o l'autorizzazione al pagamento di una somma di denaro, di un'offerta, di un regalo, di una promessa di dare, o l'autorizzazione a dare qualcosa di valore*» a un pubblico funzionario straniero⁽⁴⁸⁶⁾.

In secondo luogo, la formula definisce l'ambito di applicazione delle disposizioni anticorruzione nello spazio, e dunque definisce la **giurisdizione** delle autorità statunitensi, rispetto ai fatti di corruzione internazionale. Va osservato come la clausola non individui la giurisdizione degli Stati Uniti sulla base di un criterio strettamente territoriale, ossia enunciando l'autorità delle agenzie U.S.A. a perseguire i fatti di corruzione internazionale se avvenuti in tutto, o in parte nel territorio degli Stati Uniti. Al contrario, il criterio usato risulta avere, come vedremo più avanti, una matrice parimenti territoriale, ma avente carattere speciale rispetto ad un criterio di territorialità generale, riferendosi alle sole condotte commesse, come si è detto, «*usando*

⁴⁸⁵ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «issuers», 78dd-2(a) per i «domestic concerns», 78dd-3(a) per gli «others».

⁴⁸⁶ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «issuers» e 78dd-2(a) per i «domestic concerns». Con qualche modifica di cui si dirà di seguito, v. anche § 78dd-3(a) per gli «others».

la posta o qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstate» degli Stati Uniti, e quindi per ciò ricadenti nell'ambito di giurisdizione statunitense. In altre parole, il collegamento territoriale con gli U.S.A., da cui discende la giurisdizione statunitense sui fatti di corruzione internazionale a norma del FCPA, non è direttamente connesso al luogo in cui viene posta in essere la condotta, sia che la si voglia individuare nella dazione, nella promessa o nell'offerta, sia che la si voglia, invece, individuare più propriamente nell'uso illecito degli strumenti di comunicazione e di scambio interstatali, ma piuttosto esso discende dalla possibilità di affermare la collocazione territoriale di tali strumenti all'interno del territorio statunitense, il cui uso – anche fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti – può comunque integrare gli estremi di una condotta “commessa” all'interno della giurisdizione americana.

Tale *criterio sub territoriale*, come vedremo, è suscettibile di provocare una espansione della giurisdizione americana che travalica i confini degli Stati Uniti, giacché gli strumenti di comunicazione e di commercio attuali, figli del progresso tecnologico, constano sempre meno di supporti materiali rigidamente collocati nello stesso paese in cui l'agente se ne serve. Al contrario, sempre più spesso, *provider* e *server* risultano collocati geograficamente in paesi diversi da quelli in cui il servizio di comunicazione o di scambio viene effettivamente utilizzato, e sempre più raramente le transazioni economiche internazionali escludono il ricorso ad internet e alle telecomunicazioni che a pieno titolo rientrano nella nozione di strumenti di cui al FCPA, con quello che ne deriva in termini di consapevolezza nell'usare strumenti con le caratteristiche descritte nella fattispecie penale, consapevolezza da cui discende la perseguibilità, e dunque in ultimo la colpevolezza ⁽⁴⁸⁷⁾.

Prima di ogni valutazione in merito ai criteri di applicazione

⁴⁸⁷ V., sul punto, DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, cit. *supra* nota 119, p. 183 in cui l'A. sottolinea che gli accordi economici transnazionali avvengono oramai costantemente mediante l'uso di internet e degli strumenti di telecomunicazione che hanno, in gran parte, collegamenti con il territorio statunitense. Ciò, in effetti, crea una condizione che rischia di estendere la giurisdizione statunitense a tutte le condotte commesse mediante l'uso dei moderni dispositivi tecnologici collegati ad una rete internet, o mediante l'uso di «*facility*».

territoriale o extraterritoriale del FCPA, è bene partire dalla disposizione normativa e dalla sua corretta interpretazione, per poi evidenziarne i profili di criticità.

2.1.3.1. L'uso illecito degli strumenti di comunicazione e scambio

Le disposizioni anticorruzione, come si è sopra osservato, dispongono che l'offerta, la promessa o il pagamento di "tangenti" sia punito ove commesso «*usando la posta o qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale*»⁽⁴⁸⁸⁾.

La norma fissa tre entità da cui dipende la giurisdizione statunitense. Precisamente, si tratta della corrispondenza, degli strumenti e degli apparati di commercio interstatale.

In effetti, la disposizione non chiarisce il significato di ciascuna di queste entità, bensì si limita a definire la nozione di «*commercio interstatale*». Tuttavia, dalla stessa si può ricavare il complessivo significato della clausola sulla giurisdizione, nel senso di ricomprendervi le attività di commercio, trasporto o comunicazione tra i diversi Stati americani, o tra uno Stato estero ed uno degli Stati americani, o ancora tra uno degli Stati americani e un posto o mezzo di trasporto fuori dal territorio statale, incluso l'uso del telefono o altri mezzi di comunicazione, od anche di qualsiasi apparato interstatale⁽⁴⁸⁹⁾.

Nella nozione di attività di commercio interstatale, perciò, devono ritenersi ricompresi, a titolo esemplificativo:

- a) fare una telefonata;
- b) spedire una e-mail;
- c) inviare un messaggio telefonico;
- d) trasmettere un fax;

da, a o attraverso il territorio degli Stati Uniti d'America, così come:

⁴⁸⁸ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «*issuers*», 78dd-2(a) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a) per gli «*others*».

⁴⁸⁹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(h)(5) e 78dd-3(f)(5).

e) effettuare un bonifico;

da o *a* un conto di una banca statunitense, o comunque usando il sistema bancario degli Stati Uniti, o ancora

f) viaggiare all'interno dei confini territoriali del paese, ovvero attraversandoli in ingresso o in uscita ⁽⁴⁹⁰⁾.

In altre parole, l'uso di qualsiasi mezzo di comunicazione o di interscambio, volto a favorire la commissione della corruzione del pubblico funzionario straniero, comporta la giurisdizione degli Stati Uniti, e dunque la sottoposizione al FCPA.

La norma, tuttavia, non richiede espressamente che la condotta venga posta in essere all'interno del territorio statunitense, per cui non è tanto il **luogo** di commissione del fatto quanto le **modalità** di commissione dello stesso che determinano intrinsecamente la connessione territoriale, in funzione della quale il FCPA giustifica la giurisdizione.

Ciò vale, anzitutto, per le due categorie di soggetti individuati dalle prime due disposizioni del FCPA, ossia le società, anche straniere, aventi titoli negoziati nel mercato regolamentato degli Stati Uniti (ossia, gli «*issuers*»), nonché le persone giuridiche che hanno sede principale dei propri affari nel territorio degli Stati Uniti, ovvero che siano costituite secondo il diritto statunitense, ed infine le persone fisiche che abbiano nazionalità, cittadinanza o residenza negli Stati Uniti (ossia, i «*domestic concerns*») ⁽⁴⁹¹⁾.

Una regola parzialmente diversa, come vedremo, è invece dettata per i soggetti diversi dagli «*issuers*» e dai «*domestic concerns*», per cui è dettato un criterio che risulta porre in rilievo un collegamento territoriale non basato unicamente sulle modalità della condotta, bensì sul luogo in cui la stessa è posta in essere.

⁴⁹⁰ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 15.

⁴⁹¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «*issuers*» e 78dd-2(a) per i «*domestic concerns*». Per una approfondita analisi di tali categorie, v. *supra* § 2.1.1.

2.1.3.2. *Le condotte commesse negli Stati Uniti*

La regola per cui è vietato usare «*la posta o qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale*» per commettere la corruzione di un pubblico funzionario straniero, vale anzitutto, come si è visto, per le persone giuridiche emittenti titoli nel mercato americano e per le persone fisiche e giuridiche di nazionalità americana.

Una disciplina diversa e, dunque, differenti regole in materia di giurisdizione si applicano, invece, con riguardo alle persone fisiche e giuridiche non ricomprese nelle due precedenti categorie di «*issuers*» e «*domestic concerns*», ossia le c.d. «*other persons*».

Difatti, per le persone fisiche e giuridiche che non hanno un collegamento territoriale forte con gli Stati Uniti (derivante, cioè, dalla negoziazione di titoli nel mercato americano, ovvero dalla nascita, la costituzione, la residenza o la sede d'affari negli Stati Uniti), la prescrizione penale vieta espressamente ***due condotte***, che coprono complessivamente una gamma più ampia di comportamenti.

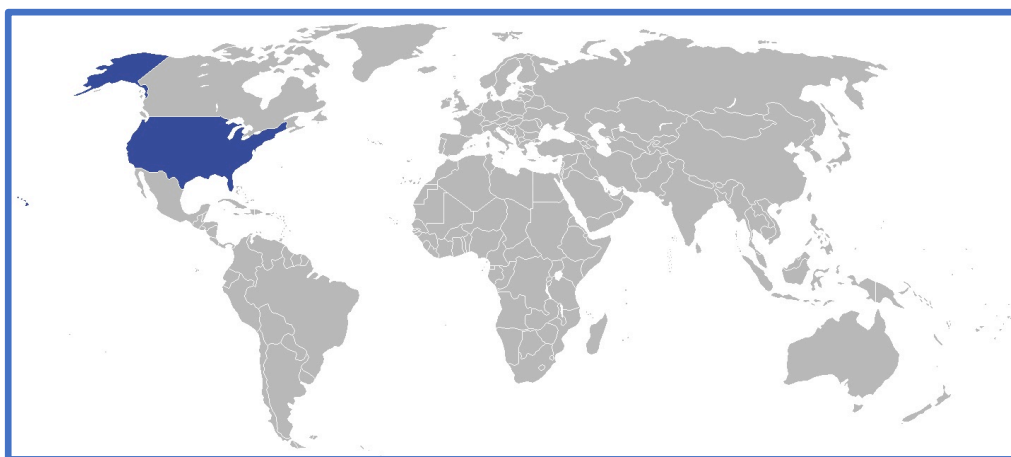
La prima di esse è sovrapponibile a quella già descritta, per cui è «*vietato usare la posta o qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale*» per favorire la corruzione internazionale.

La seconda è descritta da una formula residuale, volta a ricomprendere nell'ambito di applicazione della fattispecie «*ogni altro atto*» commesso con la medesima finalità di favorire o commettere la corruzione internazionale del pubblico funzionario straniero.

A differenza delle altre due categorie precedenti, come si potrà notare dalla Figura sotto riportata, per le «*other persons*», il FCPA afferma espressamente che entrambe le condotte sopra descritte rientrano nella giurisdizione statunitense solamente laddove vengano commesse «*nel territorio degli Stati Uniti*»⁽⁴⁹²⁾.

Figura 7. – *La perseguibilità delle sole condotte poste in essere negli U.S.A.*

⁴⁹² V. 15 U.S.C. § 78dd-3(a) per gli «*others*».



In questo caso, la disposizione attribuisce rilevanza non tanto alla **modalità** di commissione del fatto («*l'uso illecito...*»), bensì al **luogo** in cui viene posta in essere la condotta: mentre per gli emittenti titoli negoziati e le persone fisiche e giuridiche di nazionalità americana («*issuers*» e «*domestic concerns*»), l'uso illecito degli strumenti di comunicazione e di interscambio assumeva rilevanza di per sé, **indipendentemente** dal luogo di commissione del fatto di reato da parte dell'agente, per gli altri soggetti («*other persons*») non rientranti nelle due categorie precedenti, la disposizione punisce invero un ambito **più ampio** di comportamenti, ma solamente se posti in essere **internamente** ai confini territoriali degli Stati Uniti.

Si tratta di una disposizione normativa introdotta nel 1998, per dare attuazione alla *Convenzione Ocse*, in base alla quale doveva prevedersi l'incriminazione delle condotte di corruzione internazionale commesse all'interno del proprio territorio.

Non si tratta, però, come si vedrà nel paragrafo successivo, dell'unica modifica intervenuta nel 1998 in materia di giurisdizione, dal momento che il FCPA fu contestualmente emendato per criminalizzare espressamente alcune condotte commesse fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti, da parte di alcuni soggetti individuati.

2.1.3.3. Le condotte commesse fuori dagli Stati Uniti

La modifica normativa intervenuta nel 1998 emendò il FCPA anche con riguardo alle condotte poste in essere dai soggetti con una connessione

ideale forte con gli Stati Uniti, ossia gli enti emittenti titoli negoziati nel mercato regolamentato statunitense, e le persone fisiche e giuridiche statunitensi.

La modifica normativa in questione introdusse un ulteriore criterio di giurisdizione, e precisamente un *criterio di giurisdizione alternativo* al criterio territoriale, sia esso di stretta territorialità o di territorialità in senso lato. Si tratta del principio di nazionalità, in base al quale quei soggetti che hanno una connessione ideale forte con gli Stati Uniti sono puniti in base a condotte commesse all'estero, pure non rientranti tra quelle per le quali vige la giurisdizione statunitense in base al criterio di territorialità sopra descritto⁽⁴⁹³⁾.

In base al criterio di giurisdizione alternativa o sussidiaria, risultano infatti egualmente perseguibili, a norma del FCPA, le condotte degli «issuers» di diritto americano (esclusi, cioè, gli «issuers» di diritto straniero, emittenti titoli nel mercato americano) e le condotte dei «domestic concerns», commesse fuori dagli Stati Uniti ed aventi la suddetta finalità di perpetrare una corruzione internazionale, anche se non commesse mediante l'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali. In altre parole, i soggetti persone fisiche e giuridiche dotati di connessione ideale forte con gli Stati Uniti sono perseguibili per *qualunque fatto* di corruzione internazionale compiuto all'estero, senza la necessità che la condotta abbia un collegamento territoriale con il paese, e qualunque forma essa assuma.

Si tratta di un criterio di giurisdizione declinato esclusivamente sulla nazionalità del soggetto agente, che effettivamente estende enormemente l'applicazione del FCPA oltre i confini degli Stati Uniti, giacché risulta del tutto privo di collegamento territoriale con il paese di origine.

Come vedremo, esso tuttavia condivide una (seppure diversa) matrice territoriale, per cui nel paragrafo successivo si avrà modo di osservare come tutti e tre i criteri, basati cioè sulle modalità di commissione del fatto, sul luogo di commissione del fatto e sull'identità del soggetto risultano criteri di determinazione della giurisdizione di tipo territoriale.

⁴⁹³ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g) per gli «issuers», 78dd-2(i) per i «domestic concerns».

2.1.3.4. La natura dei criteri di applicazione del FCPA nello spazio: territoriale vs. personale.

I tre criteri sopra descritti disciplinano l'applicazione del FCPA nello spazio sui fatti di corruzione internazionale, sia con riguardo al territorio statunitense, sia con riguardo al territorio esterno ai confini degli U.S.A.

In primo luogo, come si è visto, si punisce l'uso illecito degli strumenti di comunicazione e di scambio, commessi internamente od esternamente al territorio degli Stati Uniti da parte degli enti emittenti titoli e delle persone fisiche e giuridiche americane. In secondo luogo, si punisce l'uso illecito degli stessi strumenti, ovvero qualsiasi altro atto corruttivo, commesso internamente ai confini territoriali degli Stati Uniti, da parte di persone fisiche e giuridiche non emittenti straniere.

Si tratta, com'è evidente, di due criteri di attribuzione della giurisdizione profondamente diversi, che si prestano ad osservazioni anche critiche del tutto differenti.

In entrambi i casi sembra assumere carattere preminente l'identità soggettiva degli agenti, per cui l'esercizio del potere punitivo sembra declinarsi diversamente in relazione anzitutto ai soggetti ed alle loro caratteristiche identitarie, piuttosto che alla collocazione territoriale del fatto di reato all'interno dei confini statunitensi. È, difatti, la qualità degli agenti a determinare la perseguibilità, a norma del FCPA, di talune condotte a dispetto di altre. Ciò potrebbe condurre alla osservazione che si tratti di criteri di determinazione della giurisdizione di matrice soggettiva. Eppure, come si avrà modo di osservare, detti criteri condividono un nucleo comune di matrice territoriale ed oggettiva che, a prescindere dalla formulazione normativa, secondo cui la giurisdizione del FCPA si declina per soggetti, essa invero si esercita per fatti, e precisamente in base alla loro collocazione territoriale.

Si è detto che il primo ed il secondo criterio sono profondamente diversi. Difatti, mentre nel primo è la *modalità* di commissione del fatto ad avere rilevanza per determinare la giurisdizione degli Stati Uniti, nel secondo ad avere rilevanza è la *località* di commissione della condotta. In entrambi i casi si tratta, però, di criteri di giurisdizione che rispondono ad una matrice territoriale. Infatti, la commissione della condotta all'interno dei confini degli Stati Uniti determina una connessione territoriale del fatto di reato con

quell'ordinamento, che giustifica la giurisdizione statunitense in base a un criterio effettivamente territoriale. La commissione del reato mediante la modalità specifica, ossia l'uso illecito degli strumenti di comunicazione e di scambio, dal momento che gli stessi hanno collocazione territoriale negli Stati Uniti, determina anch'essa una connessione territoriale del fatto di reato con l'ordinamento statunitense, meno forte rispetto alla precedente, ma pur sempre esistente, per cui parimenti si giustifica la giurisdizione degli Stati Uniti.

È pur vero che solo nell'ipotesi per cui ha rilevanza prevalente la località di commissione della condotta è rinvenibile un ***criterio strettamente territoriale***, ovvero un criterio territoriale forte di determinazione della giurisdizione. Esso, infatti, risulta ben differente dal ***criterio sub territoriale***, cui si è prima fatto cenno, dettato per gli enti emittenti («*issuers*») e le persone fisiche e giuridiche non emittenti di matrice americana («*domestic concerns*»), per cui è la modalità e non la località della condotta a creare un collegamento che giustifica la giurisdizione statunitense. Tuttavia, entrambi hanno matrice territoriale, sebbene sia solo a norma del criterio strettamente territoriale che l'uso illecito degli strumenti di comunicazione e di scambio interstatali, così come ogni altra condotta commessa per favorire la corruzione del funzionario pubblico straniero, rientrano nella giurisdizione americana siccome commessi, almeno in parte, nel territorio degli Stati Uniti, dal momento che ciò non è espressamente richiesto per il criterio *sub* territoriale, in base al quale sono perseguibili condotte poste in essere anche all'esterno degli Stati Uniti.

Esistono, perciò, anzitutto due criteri differenti che comportano la giurisdizione degli Stati Uniti sui fatti di corruzione internazionale, declinati in base alla categoria di soggetti attivi, ma esercitati in base a criteri di applicazione della legge penale su base territoriale, come riassunto dalla tabella che segue.

Tabella 14. – *Soggetti, criteri di applicazione e giurisdizione.*

<i>Soggetti</i>	<i>Forma della condotta</i>	<i>Giurisdizione</i>	<i>Criterio</i>
« <i>Issuers</i> » (enti emittenti titoli)	uso illecito di strumenti di comunicazione e	<u><i>indipendentemente</i></u> dal luogo in cui l'agente	<i>sub</i> territoriale

<i>Soggetti</i>	<i>Forma della condotta</i>	<i>Giurisdizione</i>	<i>Criterio</i>
negoziati nel mercato statunitense)	scambio interstatali	commette il fatto	
« <i>Domestic concerns</i> » (persone fisiche o giuridiche statunitensi)	uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali	<i>indipendentemente</i> dal luogo in cui l'agente commette il fatto	<i>sub</i> territoriale
« <i>Other persons</i> » (persone fisiche straniere e persone giuridiche straniere non emittenti titoli negoziati nel mercato americano)	uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali - e - ogni altro atto	<u>se</u> il fatto è commesso nel territorio degli Stati Uniti d'America	<i>strettamente</i> territoriale

Nella Tabella appena esposta, si può osservare che il *criterio strettamente territoriale* è impiegato dal FCPA solamente con riguardo ai soggetti che, per loro natura, hanno una connessione ideale con gli Stati Uniti meno forte: le «*other persons*». In relazione a tali soggetti, il FCPA richiede che la condotta sia commessa *almeno in parte* all'interno del territorio statunitense, difettando altrimenti l'autorità punitiva dello Stato per intervenire. Ciò non è previsto per l'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali, commesso dagli enti emittenti titoli negoziati negli Stati Uniti, e dalle persone fisiche e giuridiche americane, per cui è ininfluente che la condotta venga posta in essere all'interno degli Stati Uniti, giacché per sua natura essa si ritiene dotata di collegamento territoriale con il suolo statunitense, dal momento che ivi sono collocati gli strumenti di cui uso illecito integra la fattispecie di reato. Perciò, in base ad un *criterio sub territoriale* tali condotte risultano perseguibili anche laddove vengano poste in essere fuori oltre le frontiere statunitensi.

Occorre fare, dunque, una prima distinzione di massima. In base al criterio strettamente territoriale, dettato per le «*other persons*» risultano perseguibili fatti di corruzione internazionale commessi all'interno del territorio statunitense. Invece, in base al criterio *sub* territoriale, dettato per gli «*issuers*» e i «*domestic concerns*» risultano perseguibili fatti di corruzione internazionale ovunque commessi, all'interno od all'esterno degli Stati Uniti, purché con la forma indicata dal FCPA, ossia mediante l'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali.

La novella intervenuta nel 1998 ha introdotto una ulteriore modifica normativa al testo originario del FCPA, in materia di giurisdizione.

Come si è visto al paragrafo precedente, le disposizioni anticorruzione furono emendate non solo per prevedere la perseguibilità delle condotte poste in essere sul suolo americano, di cui si è sopra detto, in base ad un criterio di stretta territorialità, ma venne altresì previsto un criterio di giurisdizione alternativo o sussidiario, in base al quale oggi risultano perseguibili i fatti di corruzione internazionale commessi fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti dalle persone fisiche e giuridiche americane, anche emittenti titoli negoziati nel mercato americano. In base a tale criterio, come si è visto sopra, i soggetti dotati di connessione ideale forte con gli Stati Uniti sono perseguibili per qualunque fatto di corruzione internazionale compiuto all'estero.

Tale criterio appare *prima facie* declinato esclusivamente in base all'identità dell'agente, senza connessione territoriale del fatto rispetto al territorio statunitense, giacché le persone fisiche e giuridiche americane rispondono per i fatti di qualunque natura e forma, commessi all'estero.

Il FCPA, perciò, dopo la modifica intervenuta nel 1998, contempla due differenti criteri per l'esercizio della giurisdizione, che attengono il primo alla territorialità del fatto, in senso stretto o in senso lato, ed il secondo alla nazionalità dell'agente. È, perciò, possibile distinguere:

- a) il ***criterio di giurisdizione principale***, su base territoriale;
- b) il ***criterio di giurisdizione alternativo o sussidiario***, su base personale;

in base ai quali, come vedremo, sono perseguibili a norma del FCPA fatti non necessariamente coincidenti, e commessi talvolta internamente e talvolta esternamente ai confini territoriali degli Stati Uniti.

Nella Tabella seguente si potrà notare come entrambi i criteri di giurisdizione, principale e alternativo, conducano all'applicazione extraterritoriale del FCPA, ossia alla criminalizzazione di condotte commesse fuori dal territorio statunitense.

Tabella 15. – *Criteri di giurisdizione ed extraterritorialità.*

<i>Giurisdizione</i>	<i>Criterio</i>	<i>Soggetti</i>	<i>Fatti perseguibili</i>	<i>Luogo</i>
----------------------	-----------------	-----------------	---------------------------	--------------

su base territoriale	strettamente territoriale	« <i>Other persons</i> »: PF NAM PG NAM	uso illecito di SIC	US	-	
			ogni atto	US	-	
	sub territoriale	« <i>Issuers</i> »: PG AM EM PG NAM EM	uso illecito di SIC	US	EXT	
			-	-	-	
			« <i>Domestic concerns</i> »: PF AM PG AM NEM	uso illecito di SIC	US	EXT
				-	-	-
su base personale		« <i>Domestic Issuers</i> »: PG AM EM	-	-	-	
			ogni atto	-	EXT	
		« <i>Domestic concerns</i> »: PF AM PG AM NEM	-	-	-	
			ogni atto	-	EXT	

PF = Persone Fisiche

PG = Persone Giuridiche

AM = Americane

NAM = Non Americane

SIC = Strumenti di comunicazione e scambio interstatali

EM = Emittenti titoli negoziati nel mercato statunitense

NEM = Non Emittenti negoziati nel mercato statunitense

US = Compresso negli Stati Uniti

EXT = Compresso fuori dal territorio degli Stati Uniti

La Tabella sopra riportata, anzitutto, evidenzia due elementi di transnazionalità della fattispecie di corruzione internazionale. Difatti, l'estraneità rispetto all'ordinamento statunitense può riguardare tanto le condotte perseguibili, quanto l'identità gli autori del fatto di reato. Precisamente, quanto al primo elemento di estraneità, relativo alla condotta, l'uso illecito di strumenti di comunicazione e di scambio interstatali risulta perseguibile, in alcuni casi, anche laddove posto in essere al di fuori dei confini territoriali degli Stati Uniti. Lo stesso vale per condotte anche diverse,

che pure s'inseriscono nello schema corruttivo internazionale. Infatti, laddove poste in essere da alcuni determinati soggetti, risultano perseguibili anche se avvenute fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti. Con riguardo, invece, all'estraneità soggettiva, si può osservare che agenti non americani risultano perseguibili, ad alcune condizioni, per condotte commesse all'interno o fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti. In alcuni casi, poi, i due elementi di estraneità s'intersecano, laddove si determina la perseguibilità delle persone giuridiche straniere, emittenti titoli nel mercato americano, per i fatti di uso illecito di strumenti di comunicazione e di scambio interstatali, commessi fuori dal territorio statunitense.

Sul tema della extraterritorialità si tornerà più avanti, basti per ora osservare che l'applicazione extraterritoriale del FCPA può discendere tanto dal criterio di giurisdizione principale, quanto dal criterio di giurisdizione alternativo.

Una riflessione sulla natura del criterio da ultimo citato merita di essere anticipata già in questa sede: è pur vero che il criterio di determinazione della giurisdizione per alcuni fatti è espressamente riferito alla identità di alcuni soggetti. Eppure, individuando i fatti mediante il richiamo ai soggetti, esso descrive condotte perseguibili in quanto collocate territorialmente in un territorio specifico, quantunque ampio ed estero.

Infatti, tale criterio di giurisdizione, cui si è sino ad ora fatto riferimento come criterio su base personale, rende perseguibili le condotte commesse esternamente ai confini territoriali degli Stati Uniti, laddove poste in essere da alcuni agenti con i quali risulta un collegamento ideale forte con l'ordinamento statunitense. Benché, per determinare la giurisdizione, faccia riferimento ad alcune categorie di soggetti espressamente individuate, esso tuttavia non stabilisce la perseguibilità di fatti tipici ovunque consumati, al contrario ne prevede espressamente la perseguibilità se commessi fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti.

Tale criterio è, perciò, un criterio di determinazione della giurisdizione su base territoriale, ancorché di matrice soggettiva, dal momento che individua un'area sulla quale le autorità statunitensi esercitano la giurisdizione. Conseguentemente, si può affermare che il FCPA contiene tre diversi criteri per determinare la giurisdizione delle autorità statunitensi per i fatti di corruzione internazionale, commessi all'interno od all'esterno

del territorio americano, tutti su base territoriale.

Precisamente, si tratta dei tre seguenti criteri:

- a) il ***criterio della territorialità fattuale***, in base al quale la giurisdizione degli Stati Uniti è affermata sulla base delle caratteristiche del fatto;
- b) il ***criterio della territorialità modale***, in base al quale la giurisdizione degli Stati Uniti è affermata sulla base delle caratteristiche di forma della condotta;
- c) il ***criterio della territorialità universale***, in base al quale la giurisdizione degli Stati Uniti è affermata sulla base delle caratteristiche del soggetto agente.

La giurisdizione degli Stati Uniti, esercitata in base al criterio di giurisdizione principale, in cui rientrano il criterio della territorialità fattuale e il criterio della territorialità modale, od in base il criterio di giurisdizione alternativo, costituito dal criterio della territorialità universale, ha comunque matrice territoriale.

È pur vero, tuttavia, come si vedrà nel paragrafo seguente, che sia il criterio di giurisdizione principale che il criterio di giurisdizione alternativo, conducono all'applicazione extraterritoriale del FCPA, di cui si parlerà nel paragrafo seguente.

2.1.3.5. L'applicazione extraterritoriale del FCPA.

Il FCPA, come si è visto sopra, stabilisce tre criteri di determinazione della giurisdizione.

I primi due criteri, che costituiscono il ***criterio di giurisdizione principale***, hanno, com'è evidente, matrice oggettiva e rendono perseguibili, a norma del FCPA, fatti di corruzione internazionale che hanno un collegamento territoriale rispettivamente forte e medio con gli Stati Uniti, riferendosi il primo alla territorialità del fatto, ed il secondo alla territorialità della forma della condotta.

Il terzo, invece, che costituisce il ***criterio di giurisdizione alternativo o sussidiario***, ha matrice soggettiva e rende perseguibili, a norma del FCPA, fatti di corruzione che hanno un collegamento territoriale debole con gli Stati Uniti, riferendosi lo stesso alla sola identità del soggetto agente.

Entrambi i criteri di giurisdizione, principale ed alternativo, come si è sopra accennato, costituiscono criteri di applicazione della legge penale nello spazio di matrice territoriale, e parimenti conducono all'applicazione extraterritoriale del FCPA.

Come si avrà modo di vedere nella Tabella seguente, il coefficiente di extraterritorialità risulta inversamente proporzionale al collegamento del fatto con l'ordinamento statunitense, per cui risulta più elevato laddove il *link* territoriale del fatto con il suolo americano è meno forte.

Tabella 15. – *Territorialità e coefficiente di extraterritorialità.*

<i>Criterio</i>	<i>Matrice</i>	<i>Collegamento con l'ordinamento U.S.A.</i>	<i>Coefficiente di extraterritorialità</i>
territorialità fattuale (principale)	oggettiva	forte	debole
territorialità modale (principale)	oggettiva	medio	medio
territorialità universale (sussidiario)	soggettiva	debole	forte

La Tabella sopra riportata sottolinea uno degli aspetti più problematici e discussi del FCPA, ossia la sua attitudine ad avere una applicazione extraterritoriale.

La dimensione del fenomeno è emersa soprattutto dall'analisi degli strumenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale, in cui le agenzie statunitensi hanno concordato la fine o la sospensione dei procedimenti civili e penali in corso, per fatti di corruzione internazionale che riguardavano, in primo luogo, imprese multinazionali straniere. Ciò è stato ed è possibile proprio in ragione del fatto che il FCPA definisce un ambito di applicazione, e dunque di giurisdizione, non necessariamente limitato ai confini nazionali degli Stati Uniti. Anzi, per alcune categorie di soggetti detta, come si è visto, un criterio di territorialità universale.

Invero, la struttura del FCPA mira effettivamente ad espandere la giurisdizione territoriale degli Stati Uniti sui fatti di corruzione internazionale. Nella sua applicazione nei confronti dei soggetti stranieri,

difatti, il FCPA richiede una connessione del fatto davvero minima con il territorio degli Stati Uniti, ed in alcuni casi essa risulta persino assente, per cui è possibile intravedere chiaramente i caratteri di una giurisdizione particolarmente estesa delle disposizioni americane, che travalica i confini nazionali ⁽⁴⁹⁴⁾.

Esempi di extraterritorialità nell'applicazione del FCPA ci provengono sin dai primi procedimenti in cui ad essere sanzionata è stata un'impresa multinazionale straniera.

Il caso *Statoil* è particolarmente emblematico, sul punto. La società petrolifera norvegese è stata la prima impresa multinazionale straniera a finire, nel 2006, nelle maglie della giustizia americana, per corruzione internazionale. In quel caso, l'unica connessione territoriale del fatto con gli Stati Uniti riguardava un trasferimento di denaro a mezzo bonifico bancario eseguito da un conto corrente aperto presso un istituto di credito a New York ad un conto svizzero. La corruzione aveva ad oggetto l'accaparramento di una serie di commesse da parte della società petrolifera pubblica iraniana, che avrebbero fruttato all'impresa multinazionale norvegese profitti per milioni di dollari. La corruzione non riguardava, sotto alcun profilo, la dimensione statunitense, giacché il corruttore era norvegese, il corrotto iraniano, e la tangente, quandanche transitata da un conto di N.Y., era comunque destinata, attraverso intermediari *offshore*, ai pubblici funzionari iraniani. Eppure, Statoil emetteva titoli negoziati nel mercato americano, che pertanto erano sottoposti all'obbligo di registrazione degli stessi a norma del *Securities Exchange Act* (1934). Conseguentemente, la multinazionale ricopriva la qualifica di «*issuer*» e dunque le sue condotte di corruzione internazionale anche al di fuori dei confini territoriali degli Stati Uniti erano perseguibili a norma del FCPA ⁽⁴⁹⁵⁾.

⁴⁹⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, in 22 Mich. St. Int'l L. Rev., 2014, p. 1071 in cui l'A. sottolinea la giurisdizione «ampia» che sottende alle norme anticorruzione contenute nel FCPA.

⁴⁹⁵ V. il caso *Statoil*, in *Information*, U.S. v. Statoil ASA, No. 06-cr-960, S.D.N.Y. Oct. 13, 2006 (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *DPA*, U.S. v. Statoil ASA, No. 06-cr-960, S.D.N.Y. Oct. 13, 2006 (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *In re*, SEC v. Statoil ASA, No. 3-cv-12453, Oct 13, 2006 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

La stessa applicazione extraterritoriale del FCPA si è registrata, ad esempio, nel caso *Bonny Island*, in cui imprese multinazionali di ogni parte del mondo, tra cui le italiane Snamprogetti, Saipem ed ENI, la francese Technip e la giapponese JGC hanno concluso un accordo con le autorità americane che prevedeva il pagamento di sanzioni civili e penali pari ad oltre un miliardo di dollari, per l'archiviazione del procedimento che aveva ad oggetto l'accusa di aver pagato oltre 180 milioni di dollari in tangenti a ufficiali nigeriani per ottenere contratti petroliferi, oltre ad altre accuse collaterali. Alcune di queste società, ed in particolare Technip ed ENI risultavano avere titoli negoziati nel mercato statunitense, e dunque punibili in quanto «issuers», anche se la connessione territoriale delle condotte con gli Stati Uniti era piuttosto debole, e consisteva nell'aver eseguito bonifici da conti correnti collocati a New York, e dall'aver spedito alcune e-mail e fax negli U.S.A. ⁽⁴⁹⁶⁾.

Emblematico è, poi, anche il caso *Total*, del 2013, in cui l'impresa multinazionale francese, attiva nel settore petrolifero, ha accettato di corrispondere alle autorità statunitensi sanzioni per quasi 400 milioni di dollari, al fine di ottenere l'archiviazione del procedimento avente ad oggetto la corruzione internazionale di funzionari iraniani, pagati per consentirle di ottenere lo sfruttamento di enormi giacimenti di petrolio e di gas nel paese. Anche in questo caso, il collegamento territoriale del fatto con gli Stati Uniti è particolarmente debole, dal momento che è costituito dal trasferimento di soli 500.000 dollari da un conto corrente di New York, cifra che nonostante la considerevole entità rappresentava meno dell'1% delle tangenti complessivamente pagate alle autorità iraniane ⁽⁴⁹⁷⁾.

Ancora di recente, il caso *ENI-Saipem*, del 2020, in cui la società italiana del cane a sei zampe ha accettato di corrispondere 20 milioni di dollari alla SEC per ottenere l'archiviazione del procedimento civile in cui le veniva contestato di non essere riuscita ad indurre la partecipata Saipem a

⁴⁹⁶ V. il caso *Bonny Island*, cit. *supra* nota 439.

⁴⁹⁷ V. il caso *Total*, in *Information*, U.S. v. Total, S.A., No. 13-CR-239, E.D.V. May 29, 2013 (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *DPA*, U.S. v. Total, S.A., No. 13-CR-239, E.D.V. May 29, 2013 (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *In re*, SEC v. Total, S.A., No. 69654, May 29, 2013 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

creare e mantenere sufficienti controlli interni, i quali avrebbero impedito la stipula di contratti con intermediari, privi di ragione economica, volti evidentemente a favorire l'accaparramento di commesse in Algeria. In quanto emittente di titoli negoziati nel mercato regolamentato statunitense, ENI, ancorché società straniera, è stata qualificata come «*issuer*» e dunque soggetta alle regole del FCPA, che oltre a dettare disposizioni in materia di anticorruzione, disciplina inoltre specifici e correlati obblighi di corretta tenuta delle scritture e dei registri contabili ⁽⁴⁹⁸⁾.

I casi sopra richiamati rendono oltremodo evidente che alcuni soggetti risultano sottoposti alle norme ed alla giurisdizione degli Stati Uniti, anche fuori dai confini territoriali del paese a stelle e strisce.

Nella Tabella che segue verranno esposti i casi di applicazione extraterritoriale delle norme anticorruzione del FCPA, declinati in relazione ai soggetti attivi che possono essere chiamati a risponderne.

Tabella 16. – *Soggetti esposti alla extraterritorialità del FCPA.*

<i>Soggetti</i>	<i>Qualificazione</i>	<i>Criterio</i>	<i>Fatti perseguibili</i>	<i>Luogo</i>	
PG AM EM	« <i>domestic issuers</i> »	territorialità universale	ogni atto	-	EXT
		territorialità modale	uso illecito di SIC	US	EXT
PG AM NEM	« <i>domestic concerns</i> »	territorialità universale	ogni atto	-	EXT
		territorialità modale	uso illecito di SIC	US	EXT
PF AM	« <i>domestic concerns</i> »	territorialità universale	ogni atto	-	EXT
		territorialità modale	uso illecito di SIC	US	EXT

⁴⁹⁸ V. il caso *ENI-Saipem, Order, SEC v. ENI S.p.A.*, No. 88677, April 17, 2020 (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020). Dalla stessa vicenda, sia la controllata Saipem S.p.A. che la controllante ENI S.p.A. sono state invece assolte: sul punto v. Corte di appello di Milano, Sez. II penale, Sent. 15 aprile 2020 (Ud. 15 gennaio 2020), n. 286, Presidente Ondei, Relatore Boselli, in *Giur. Pen. Web* con nota di LUIGI SCOLLO, *I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria*, fasc. 5, 2020, p. 1 ss. in cui si ricostruiscono, in parallelo, la vicenda processuale italiana e la vicenda processuale statunitense, culminate in esiti diametralmente differenti.

PF NAM	«foreign persons»	territorialità fattuale	ogni atto	US	-
			uso illecito di SIC	US	-
PG NAM NEM	«foreign persons»	territorialità fattuale	ogni atto	US	-
			uso illecito di SIC	US	-
PG NAM EM	«foreign issuers»	territorialità modale	uso illecito di SIC	US	EXT
			-	-	-

PF = Persone Fisiche

PG = Persone Giuridiche

AM = Americane

NAM = Non Americane

SIC = Strumenti di comunicazione e scambio interstatali

EM = Emittenti titoli negoziati nel mercato statunitense

NEM = Non Emittenti negoziati nel mercato statunitense

US = Compresso negli Stati Uniti

EXT = Compresso fuori dal territorio degli Stati Uniti

La Tabella mostra, anzitutto, che la disciplina anticorruzione del FCPA, quanto alle condotte poste in essere all'interno dei confini territoriali degli Stati Uniti, è generalmente più indulgente con le persone fisiche e giuridiche americane, ed assai meno con quelle straniere. Infatti, nel territorio statunitense, le persone fisiche, giuridiche non emittenti e giuridiche emittenti di nazionalità americana, possono essere chiamate a rispondere penalmente dell'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali, ma non anche di ogni altro atto che sia diverso da tale forma della condotta. Al contrario, le persone fisiche e giuridiche non emittenti di nazionalità non americana possono essere chiamate a rispondere di ogni atto anche diverso dall'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali. Si tratta, invero, di una scelta di politica criminale che non risulta condivisibile, giacché sembra effettivamente porre su piani differenti le persone e le imprese straniere non emittenti, rispetto a quelle locali.

La Tabella, inoltre, mostra chiaramente due aree di *extraterritorialità*, su cui è bene soffermarsi analiticamente.

La prima, collocata in alto nella Tabella, riguarda i soggetti americani,

ossia le persone giuridiche emittenti, non emittenti e le persone fisiche, di nazionalità o di diritto americano, ovvero che negli Stati Uniti hanno la sede principale dei propri interessi. La seconda riguarda invece le imprese multinazionali straniere che negoziano titoli nel mercato americano.

I soggetti, siano essi persone fisiche o giuridiche, di nazionalità americana, a norma del FCPA, rispondono dei fatti commessi all'estero, sia in base al criterio della *territorialità modale*, sia – soprattutto – in base al criterio della *territorialità universale*, che include i fatti perseguibili in base al primo criterio, indipendentemente dalla forma della condotta.

L'impresa multinazionale straniera con titoli quotati nel mercato degli Stati Uniti, invece, risponde delle condotte commesse all'estero in base al criterio della *territorialità modale*, dal momento che l'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali, a norma del FCPA, ovunque venga posta in essere la condotta, si considera consumato nel territorio degli Stati Uniti e, quindi, perseguibile.

Come si è visto, perciò, entrambi i criteri di giurisdizione, principale e sussidiario, hanno matrice territoriale, ed entrambi conducono all'applicazione extraterritoriale del FCPA. Il paragrafo seguente si concentrerà nell'analizzare se l'applicazione extraterritoriale del FCPA ha basi solide o si presta ad altrettanto solide contestazioni.

2.1.3.6. Le fondamenta giuridiche dell'extraterritorialità.

I paragrafi precedenti hanno diffusamente osservato come il FCPA stabilisca tre criteri di determinazione della giurisdizione statunitense, tutti di matrice territoriale: territorialità fattuale, territorialità modale, territorialità universale. La territorialità fattuale e quella modale costituiscono, come si è visto, il criterio di giurisdizione principale. La territorialità universale costituisce, invece, il criterio di giurisdizione sussidiario.

Entrambi i criteri menzionati, ossia il criterio principale e quello sussidiario, conducono all'applicazione extraterritoriale del FCPA. Nel presente paragrafo ci si soffermerà, allora, nell'analisi delle fondamenta giuridiche dell'applicazione extraterritoriale dello statuto penale, partendo da una doverosa premessa. È bene, difatti, osservare che la disciplina statunitense in commento non tiene affatto conto della possibilità che il

soggetto, sia esso una persona fisica o una persona giuridica, possa essere già sottoposto alla giurisdizione di origine, se straniero. Né, tantomeno, che il soggetto americano sia adeguatamente sanzionato laddove operi illegalmente fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti. Anzi, la stessa sembra muovere dal presupposto diametralmente opposto, per cui l'espansione della giurisdizione americana si giustifica anche nella mancanza di cooperazione internazionale nella adeguata tutela degli interessi in gioco da parte dei paesi stranieri ⁽⁴⁹⁹⁾.

Su queste premesse, prende forma l'applicazione extraterritoriale del FCPA che, con i suoi tentacoli, valica i confini nazionali degli Stati Uniti, pervenendo alla repressione di condotte di corruzione internazionale che hanno una connessione territoriale minima, se non assente, con il suolo americano. In questo modo, gli Stati Uniti si propongono quale "inquisitore globale" delle condotte di corruzione del pubblico funzionario straniero, ovunque praticate ⁽⁵⁰⁰⁾. I criteri di determinazione della giurisdizione sopra illustrati consentono di captare tutti o buona parte dei fenomeni di corruzione transnazionale, fornendo così alle agenzie americane la base giuridica per perseguire tali fatti ⁽⁵⁰¹⁾.

L'espansione territoriale della giurisdizione statunitense non è scevra di criticità. Anzitutto, occorre chiedersi su quali basi giuridiche e politiche essa possa trovare fondamento. Si è detto che l'applicazione extraterritoriale del FCPA parte dal presupposto che fuori dai confini territoriali degli Stati

⁴⁹⁹ V., sul punto, DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, cit. *supra* nota 119, p. 179.

⁵⁰⁰ V., sul punto, OSOFSKY, *Time to Act*, 26 *Int'l Fin. L. Rev.* 31, 2007, p. 31.

⁵⁰¹ V., sul punto, SCOLLO, *Il caso Alstom: un nuovo «deal de justice» in materia di corruzione internazionale*, in *Dir. Com. Internaz.*, 29, fasc. 3, 2015, p. 922 in cui si espone un'analisi critica della problematica della extraterritorialità del FCPA. In materia v. anche KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 1071; SMITH, PARLING, *American Imperialism: A Practitioner's Experience with Extraterritorial Enforcement of the FCPA*, 2012 U. Chi. Legal F. 237, 2012, p. 237 ss.; WILLBORN, *Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA: A Call for International Prosecutorial Factors*, 22 *Minn. J. Int'l L.* 422, 2013, p. 422 e ss.; WILLIAMS, *The Sometimes Craven Watchdog: The Disparate Criminal-Civil Application of the Presumption against Extraterritoriality*, 63 *Duke L.J.* 1381, 2014, p. 1381 ss.; LEIBOLD, *Extraterritorial Application of the FCPA under International Law*, 51 *Willamette L. Rev.* 225, 2015, p. 225 ss.

Uniti gli sforzi profusi dagli altri paesi, nella lotta alla corruzione internazionale, risultano scarsi o del tutto assenti. Ciò può costituire senz'altro una buona base su cui costruire la giustificazione politica dell'intervento americano nell'economia globale, sebbene in sede di adozione del testo di legge fu notevole la preoccupazione di creare una frattura politica ed istituzionale con i paesi stranieri ⁽⁵⁰²⁾.

Tale approccio, ad ogni modo, necessita di trovare anche un fondamento legale nel sistema giuridico americano, confrontandosi in particolar modo con la c.d. «*presumption against extraterritoriality*», in base alla quale il diritto americano non trova in genere applicazione al di fuori dei confini territoriali degli Stati Uniti d'America, per cui si palesa oltre che un possibile contrasto con gli ordinamenti stranieri, anzitutto un possibile corto circuito con lo stesso ordinamento americano ⁽⁵⁰³⁾.

È bene sgombrare subito il campo da un tale e rilevante dubbio, osservando che sia il diritto costituzionale statunitense sia il diritto internazionale ammettono che la legislazione degli Stati Uniti possa avere applicazione extraterritoriale ⁽⁵⁰⁴⁾.

⁵⁰² V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 2 ss. in cui l'A. ricostruisce il dibattito all'interno del Congresso, soffermandosi sulle perplessità emerse in merito a possibili ripercussioni politiche a fronte di una politica criminale così aggressiva nei confronti di operatori stranieri.

⁵⁰³ V., sul punto, DODGE, *Understanding the Presumption against Extraterritoriality*, 16 Berkeley J. Int'l L. 85, 1998, p. 85 ss. in cui l'A. ricostruisce il fondamento del principio della presunzione contro l'applicazione extraterritoriale del diritto statunitense; *ID.*, *Presumption against Extraterritoriality after Morrison*, 105 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 396, 2011, p. 396 ss. in cui l'A. affronta nuovamente il tema, alla luce della sentenza *Morrison*, in *Morrison v. National Australia Bank*, 130 U.S. S. Ct. 2869, 2010; *ID.*, *The New Presumption against Extraterritoriality*, 133 Harv. L. Rev. 1582, 2020, p. 1582 ss. in cui l'A. torna nuovamente sul tema, per ricostruire organicamente l'evoluzione del principio e la sua applicazione, in base ai recenti approdi *post Morrison*. V. anche CLOPTON, *Replacing the Presumption against Extraterritoriality*, 94 B.U. L. Rev. 1, 2014, p. 1 ss.; KNOX, *The Unpredictable Presumption against Extraterritoriality*, 40 Sw. L. Rev. 635, 2011, p. 635 ss.; HERZ-ROIPHE, *Innocent Abroad? Morrison, Vilar, and the Extraterritorial Application of the Exchange Act*, in 123 Yale L. J., 1875, 2014, p. 1875 ss.; WALSH, *Extraterritorial Confusion: The Complex Relationship between Bowman and Morrison and a Revised Approach to Extraterritoriality*, in 47 Valparaiso U. L. Rev., 627, 2012-2013), p. 627 ss.; KNOX, *A Presumption Against Extrajurisdictionality*, 104 Am. J. Int'l L. 351, 2010, p. 351 ss.; PORCELLUZZI, WINKLER, *C'era una volta Kiobel: i giudici americani tornano a pronunciarsi sull'extraterritorialità dell'Alien Tort Statute*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 3, 2015, p. 885 ss.

⁵⁰⁴ V., sul punto, WILLIAMS, *The Sometimes Craven Watchdog: The Disparate Criminal-*

In particolare, la costituzione degli Stati Uniti, già all'Art. 1, attribuisce esplicitamente al governo federale il potere di emanare atti suscettibili di applicazione extraterritoriale, in alcuni ambiti e secondo alcune date finalità (ad es. gli atti di pirateria) laddove necessario, in particolar modo, a garantire il rispetto delle normative statunitensi ⁽⁵⁰⁵⁾. Lo stesso vale per il diritto internazionale, che ha visto nel corso del tempo un affievolimento del principio di territorialità, a favore di un esplicito consenso all'applicazione extraterritoriale del diritto interno laddove non in contrasto con norme di diritto internazionale che espressamente lo proibiscano ⁽⁵⁰⁶⁾.

Poiché risulta coerente con l'assetto costituzionale e con il diritto internazionale, l'applicazione extraterritoriale di una disposizione statunitense non è da escludere in linea di principio. Tuttavia, se l'applicazione extraterritoriale del FCPA non è impedita dall'ordinamento costituzionale, né dal diritto internazionale, occorre però verificare che non si ponga in conflitto con la stessa presunzione contro l'extraterritorialità di matrice statunitense: è da quest'ultima, allora, che occorre proseguire con l'indagine.

In generale, la possibile applicazione extraterritoriale del diritto statunitense è stata riconosciuta dalla Corte Suprema, in numerose pronunce dal diverso tenore, che comunque ne hanno consolidato nel tempo la legittimità ed il fondamento costituzionale ⁽⁵⁰⁷⁾.

Civil Application of the Presumption against Extraterritoriality, cit. *supra* nota 501, p. 1385.

⁵⁰⁵ V. U.S. Const., Art. 1, § 8, co. 3, 10, 18.

⁵⁰⁶ V., sul punto, DODGE, *The New Presumption against Extraterritoriality*, cit. *supra* nota 503, p. 1590 in cui l'A. ripercorre il lungo cammino della presunzione contro l'applicazione extraterritoriale del diritto interno, osservando che la regola ottocentesca di *Charming Betsy*, per cui le prescrizioni legislative dovevano applicarsi in modo da non confliggere con gli ordinamenti stranieri, ben presto lascerà il posto a un principio opposto per cui legiferare in senso extraterritoriale è ammesso laddove non proibito da una espressa norma di diritto internazionale, ammettendo così interpretazioni della stessa regola assai meno stringenti che guardano agli effetti della condotta piuttosto che alla località della stessa.

⁵⁰⁷ Il tema dell'applicazione extraterritoriale del diritto statunitense è stato oggetto di pronunce della Corte Suprema anche risalenti, in cui la Corte ne ha progressivamente riconosciuto il fondamento. V., sul punto, *Church v. Hubbard*, 6 U.S. (2 Cranch) 187, 234-35 (1804) in cui la Corte ha stabilito che l'esercizio dei poteri derivanti dalla sovranità di uno stato può legittimamente sconfinare all'estero laddove necessario per assicurare che le leggi interne non vengano violate od eluse da comportamenti che avvengono fuori dai confini nazionali. Diversamente, in *Schooner*

In tale contesto si è sviluppato l'istituto della presunzione contro l'applicazione extraterritoriale del diritto statunitense (c.d. «*presumption against extraterritoriality*»), affermato più volte dalla stessa Corte Suprema per limitare l'applicazione geografica del diritto americano entro i confini territoriali degli Stati Uniti, sul presupposto base che la qualificazione di un fatto come conforme o non conforme al diritto può e deve avvenire, anzitutto, con riguardo al luogo in cui tale fatto viene posto in essere ⁽⁵⁰⁸⁾.

In altre parole, se da un lato la Corte Suprema ha ben presto riconosciuto come legittima l'applicazione extraterritoriale del diritto statunitense, dall'altro ha vigilato affinché tale pratica mantenesse un fondamento di razionalità e giustificazione legale.

La presunzione è stata, nel tempo, manipolata e stressata giungendo talvolta ad approdi non condivisibili, con l'effetto di negare o di estendere la giurisdizione delle autorità statunitensi sui singoli casi sottoposti alla valutazione del giudice ⁽⁵⁰⁹⁾, anche talvolta a scapito dell'uniforme interpretazione della legge che dovrebbe tendere a garantire, laddove possibile, la stabilità e la prevedibilità del diritto ⁽⁵¹⁰⁾. Seppure con qualche tappa intermedia non esattamente coerente, è comunque ravvisabile, nelle sentenze della Corte Suprema, una evoluzione storica dei connoti della presunzione contro l'extraterritorialità che si caratterizza per essere partita da una concezione rigida e stringente, per poi approdare ad una nozione elastica e complessivamente più coerente, con cui oggi occorre confrontare la pretesa legittimità dell'applicazione extraterritoriale del FCPA ⁽⁵¹¹⁾.

Exch. v. McFaddon, 11 U.S. (7 Cranch) 116, la Corte Suprema afferma che l'applicazione extraterritoriale può derivare esclusivamente da una presunzione legale che rende il fatto territoriale per effetto di una *fiction*

⁵⁰⁸ L'assunto è tratto dalla celebre *opinion* del giudice Holmes nel caso *Banana*, in U.S. S. Ct. *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

⁵⁰⁹ Sul punto, si pensi ad es. al caso *Aramco*, U.S. S. Ct. *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244 (1991), in cui la Corte Suprema negò che la legge statunitense in materia di discriminazione sul luogo di lavoro potesse applicarsi alla condotta di una società americana, nei confronti di un cittadino americano, commessa però all'estero.

⁵¹⁰ V., sul punto, SHAPIRO, *Continuity and Change in Statutory Interpretation*, 67 N.Y.U. L. REV. 921, 1992, p. 925 in cui l'A. sottolinea la necessità che l'interpretazione delle disposizioni normative deve tendere a privilegiare la stabilità del diritto.

⁵¹¹ V., sul punto, DODGE, *The New Presumption against Extraterritoriality*, cit. *supra* nota

Le origini della presunzione contro l'extraterritorialità risalgono ai primi dell'800 in cui la stessa rispondeva alla regola di *Charming Betsy*, per cui una disposizione normativa approvata dal Congresso non poteva essere interpretata in maniera confliggente alle norme di diritto internazionale ⁽⁵¹²⁾, e doveva essere applicata nei luoghi e nei confronti delle sole persone su cui il legislatore aveva in genere autorità e giurisdizione ⁽⁵¹³⁾, in sostanza all'interno dei propri confini territoriali.

I limiti posti dal principio di territorialità si affievolirono grandemente nel secolo successivo, dal momento che persino la allora Corte Permanente di Giustizia Internazionale ebbe ad affermare non solo che i comportamenti umani potevano essere oggetto di prescrizioni normative non soltanto in base alla località della condotta, bensì anche avuto riguardo alla sola località degli effetti della stessa, ma anche che in mancanza di espresse previsioni di diritto internazionale di segno contrario, i paesi erano legittimati a legiferare extraterritorialmente ⁽⁵¹⁴⁾.

Nel nuovo contesto storico-giuridico, agli inizi del Novecento, la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel noto caso *Banana* (1909), è chiamata a pronunciarsi sulla applicazione dello Sherman Act (1890) a condotte anticoncorrenziali di una società americana all'estero. Nella decisione, la Corte, senza abbandonare la presunzione contro l'extraterritorialità già più volte riconosciuta nel corso del secolo precedente, decise di riaffermarla sulla base di nuovi argomenti, precisamente ammettendo la possibilità che la legge statunitense potesse trovare applicazione extraterritoriale, ma decidendo di sottolineare che pure nel rinnovato contesto la legislazione degli Stati Uniti rimaneva di carattere *prima facie* territoriale, per cui in caso di dubbio doveva preferirsi una interpretazione che producesse effetti unicamente entro i

503, p. 1603 in cui l'A. diffusamente si sofferma sugli approdi recenti cui è addivenuto l'excurtus giurisprudenziale della presunzione, da regola stringente e talvolta non pienamente afferrabile ad elastico canone interpretativo, ancorché dotato di formalità e struttura che ne agevolano la corretta applicazione.

⁵¹² U.S. S. Ct. *Murray v. The Charming Betsey*, 6 U.S. 2 Cranch 64 64 (1804).

⁵¹³ L'espressione è del Giudice Story in U.S. S. Ct. *The Appollon*, 22 U.S. 9 Wheat. 362 362 (1824).

⁵¹⁴ S.S. *Lotus* (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), § 19-23.

confini territoriali su cui il legislatore statunitense esercitava normalmente e legittimamente il proprio potere ⁽⁵¹⁵⁾.

Ciò, come si è sopra accennato, in base al principio generale enunciato dal giudice Holmes, per cui la liceità o l'illiceità di un comportamento dovrebbe essere sempre determinata in base alla legge del paese in cui la condotta viene posta in essere, poiché diversamente si rischierebbe di interferire negativamente nei rapporti internazionali tra gli Stati («*comity of nations*») ⁽⁵¹⁶⁾.

È bene osservare che la presunzione contro l'extraterritorialità, dal caso *Banana* in poi, si concentra sul luogo della condotta oggetto di indagine, nel solco dell'opinione del giudice Holmes. Più tardi, nel caso *Foley* (1949), la Corte Suprema ribadisce tale impostazione, constatando che il Congresso agisce anzitutto avendo riguardo alla situazione nazionale, per cui è la località della condotta il punto nevralgico per discernere se si tratta di un fatto che rientra, avvenendo nei confini territoriali degli Stati Uniti, nella giurisdizione americana, a meno che non vi sia un chiaro intento del Congresso di superare la presunzione ⁽⁵¹⁷⁾.

Il canone di interpretazione elaborato dalla Corte Suprema nelle sentenze *Banana* e *Foley*, si rivelò tuttavia inadeguato a fronteggiare gli effetti che condotte poste in essere all'estero potevano produrre all'interno degli Stati Uniti. Per questo motivo, per molti anni, il canone interpretativo elaborato in precedenza fu ignorato o disapplicato con lo strumento del «*distinguishing*» ⁽⁵¹⁸⁾, sino a che la Corte Suprema non fu chiamata a pronunciarsi su un caso di licenziamento per causa di discriminazione, avvenuto all'estero, nella nota sentenza *Aramco* (1991) in cui il principio fu

⁵¹⁵ V. il caso *Banana*, in U.S. S. Ct. *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, cit. *supra* nota 508.

⁵¹⁶ L'assunto è tratto dalla celebre *opinion* del giudice Holmes nel caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, cit. *supra* nota 508.

⁵¹⁷ U.S. S. Ct. *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, 336 U.S. 281 (1949).

⁵¹⁸ Nel sistema statunitense caratterizzato, com'è noto, dalla regola dello *stare decisis*, lo strumento del «*distinguishing*» permette al giudice di non rovesciare il principio di diritto espresso nel precedente (si tratterebbe, altrimenti, di un «*overruling*»), bensì di specificare che per alcune ragioni il caso si presenta differente, dovendosi perciò applicare una diversa disciplina. V., sul punto, ESKRIDGE, *Overruling Statutory Precedents*, 76 Geo. L. J. 1361, 1988, p. 1361.

nuovamente riaffermato. Il giudice Rehnquist, infatti, ritenne valido l'approccio usato nelle sentenze *Banana* e *Foley*, in caso di intento non espresso chiaramente da parte del Congresso, per cui occorreva evitare di incrinare le relazioni internazionali e tenere presente che il Congresso legifera anzitutto per regolare la situazione nazionale ⁽⁵¹⁹⁾.

In poche parole, la sentenza *Aramco* rafforzò ed irrigidì notevolmente la presunzione contro l'extraterritorialità, trasformandola da canone interpretativo ad una vera e propria regola espressa, circostanza che non fu esente da critiche ⁽⁵²⁰⁾, ed inoltre consolidò il principio, che riprese vigore nell'applicazione del diritto nelle corti e nella stessa Corte Suprema ⁽⁵²¹⁾, incentrando il giudizio sulla località della condotta ⁽⁵²²⁾.

Tale approccio fu radicalmente modificato nella storica sentenza *Morrison* (2010) che abbandona definitivamente entrambi i principi sino ad ora affermati dalla Corte Suprema, e rafforzati da ultimo con la sentenza *Aramco*, statuendo al contrario che il principio contro l'extraterritorialità non costituisce una regola espressa, ed il giudizio non può basarsi sulla località della condotta. La Corte, in particolare, stabilì che quando la legge non indica chiaramente l'intento di avere applicazione extraterritoriale essa effettivamente non lo ha. Tuttavia, si tratta effettivamente di applicazione extraterritoriale solamente nel caso in cui, guardando al focus della disposizione normativa, si possa affermare che gli aspetti rilevanti della questione regolata dalla legge statunitense siano avvenuti all'estero, così superando l'approccio *Aramco* basato sulla condotta, ed aprendo le porte a disposizioni prive di limitazione geografica ⁽⁵²³⁾.

Il nuovo approccio, basato sugli aspetti rilevanti della questione disciplinata dal diritto, fu riaffermato nella successiva sentenza *Nabisco*

⁵¹⁹ V. il caso *Aramco*, U.S. S. Ct. EEOC v. Arabian American Oil Co., (1991), cit. *supra* nota 509.

⁵²⁰ V., sul punto, l'opinione dissenziente del giudice Marshall.

⁵²¹ V., sul punto, KRAMER, *Vestiges of Beale: Extraterritorial Application of American Law*, 1991 Sup. Ct. Rev. 179, 1991, p. 182.

⁵²² V., sul punto, U.S. S. Ct. Pasquantino v. United States, 544 U.S. 349 (2005); U.S. S. Ct. Small v. United States, 544 U.S. 385 (2005).

⁵²³ V. il caso *Morrison*, in *Morrison v. National Australia Bank*, cit. *supra* nota 503.

(2016) in cui la Corte sottolineò come la presunzione potesse essere vinta da una indicazione dell'intento del legislatore, senza che fosse necessaria una espressa indicazione normativa ⁽⁵²⁴⁾.

La nuova conformazione del principio contro l'extraterritorialità, secondo le sentenze *Morrison* e *Nabisco* appare conseguentemente più flessibile, ed allo stesso tempo più formale e strutturata. Essa consente, in particolare, di tenere in considerazione che l'obiettivo della disposizione normativa, in luogo della condotta, può essere collocato all'interno dei confini territoriali degli Stati Uniti, così escludendo il ricorso alla applicazione extraterritoriale della legge statunitense, e quindi il limite della presunzione contro l'extraterritorialità ⁽⁵²⁵⁾.

Una evidente applicazione del principio come riformulato nelle sentenze *Morrison* e *Nabisco* è la successiva sentenza *WesternGeco* (2018) in tema di lucro cessante all'estero per violazione di brevetto. La Corte Suprema, osservando che la violazione era avvenuta all'interno dei confini degli Stati Uniti, essendo la violazione il vero focus della legge oggetto di sindacato, ha escluso che si trattasse di applicazione extraterritoriale della disposizione normativa, e con essa ha escluso la presunzione contro l'extraterritorialità nel decidere sul lucro cessante avvenuto all'estero ⁽⁵²⁶⁾.

Il nuovo volto della presunzione contro l'extraterritorialità, elaborato a partire dalla sentenza *Morrison*, appare perciò consolidarsi definitivamente, ancorato su due pilastri principali: anzitutto, in mancanza di chiare indicazioni, la disposizione normativa statunitense non si applica fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti; in secondo luogo, occorre verificare se il fatto comporti davvero una applicazione extraterritoriale, e tale quesito si determina individuando, dapprima ed in astratto, il "focus" della disposizione normativa e poi verificando, in concreto, se la porzione del fatto che costituisce il focus della disposizione normativa sia avvenuta o meno

⁵²⁴ V. il caso *Nabisco*, in U.S. S.Ct. *RJR Nabisco, Inc. v. European Community* 136 U.S. 2090 (2016).

⁵²⁵ V., sul punto, DODGE, *The New Presumption against Extraterritoriality*, 133, cit. *supra* nota 503, p. 1613.

⁵²⁶ V. U.S. S. Ct. *WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp.*, 138 U.S. 2129 (2018).

all'interno degli Stati Uniti (c.d. «*focus-test*») ⁽⁵²⁷⁾.

Ricostruito in questi termini il meccanismo di funzionamento della presunzione contro l'extraterritorialità, occorre confrontare detto principio con la prassi attuativa del FCPA che, come si è sopra evidenziato, è suscettibile di applicazione extraterritoriale. Il punto di partenza non può che essere, anzitutto, il modo di declinarsi della presunzione sopradetta nei confronti della legge penale, e quindi anche in relazione al FCPA.

Il tema, invero, non ha formato oggetto di pronuncia specifica della Corte Suprema, per cui occorre ricostruire in via ermeneutica i termini della questione, per giungere ad una conclusione. Sul punto, l'indagine non può che partire dalla storica sentenza *U.S. v. Bowman* (1922), in cui la Corte Suprema stabilì che la presunzione contro l'applicazione extraterritoriale del diritto statunitense aveva (o poteva avere) una diversa rilevanza e disciplina con riguardo alle disposizioni di carattere penale, affermando in particolare che l'istituto poteva non trovare applicazione rispetto ad alcune categorie di reati, pure in assenza di una esplicita indicazione nella previsione normativa ⁽⁵²⁸⁾.

Precisamente, nel caso affrontato dalla sentenza *Bowman*, la sezione del codice penale rilevante non conteneva una specifica disciplina volta a limitare l'applicazione geografica delle fattispecie incriminatrici, né invero recava indicazioni contrarie nel senso di consentire o avallare una applicazione extraterritoriale. Tuttavia, fu osservato dalla Corte Suprema che la repressione di alcuni reati, come quelli commessi mediante frode, la cui consumazione non è strettamente collegata alla presenza dell'agente negli Stati Uniti, rischiava di risultare svilita da una applicazione strettamente territoriale della legge penale, basata sulla localizzazione della condotta. Pertanto, in presenza di peculiari tipologie di reati, in cui la lesione al bene giuridico tutelato poteva avvenire tanto da una condotta fisicamente commessa negli U.S.A. quanto all'estero, la presunzione contro l'applicazione extraterritoriale della legge statunitense doveva ritenersi

⁵²⁷ V., sul punto, S WILLIAMS, *The Sometimes Craven Watchdog: The Disparate Criminal-Civil Application of the Presumption against Extraterritoriality*, cit. *supra* nota 501, p. 1397.

⁵²⁸ V. *U.S. v. Bowman*, 260 U.S. 94 (1922).

superata e non applicabile, consentendo la conseguente applicazione extraterritoriale della legge penale ⁽⁵²⁹⁾.

Le statuizioni della sentenza *Bawman* sono cronologicamente precedenti alla nuova declinazione del principio contro l'extraterritorialità, espresso a partire dalla sentenza *Morrison*, di quasi un secolo. Tuttavia, non può revocarsi in dubbio che le stesse continuino ad essere vigenti e costituiscano un precedente vincolante, in tema di applicazione della presunzione in materia di leggi penali ⁽⁵³⁰⁾. Occorre allora, in primo luogo, domandarsi se le due sentenze siano conciliabili o risultino in contraddizione, e se, in secondo luogo, la presunzione contro l'extraterritorialità in materia penale si declini diversamente rispetto a quella in materia civile o amministrativa ⁽⁵³¹⁾.

La sentenza *Morrison*, invero, se da un lato non esclude la permanente validità dei principi espressi, quasi un secolo prima, nella sentenza *Bawman*, dall'altro afferma espressamente un principio che appare *prima facie* confliggente con la stessa. In *Bawman*, difatti, la Corte Suprema constatava l'assenza di indicazioni contrarie all'applicazione extraterritoriale della legge penale (“*ubi lex voluit, dixit...*”), laddove in *Morrison* invece la Corte afferma che se la legge di qualunque disciplina non contiene indicazioni di applicazione extraterritoriale la stessa si applica solo con riguardo ai fatti avvenuti negli Stati Uniti (“*...ubi noluit, tacuit*”). È, allora, evidente come i punti di partenza delle due declinazioni dell'istituto risultano, a prima vista, divergenti ⁽⁵³²⁾.

⁵²⁹ V., sul punto, DODGE, *The New Presumption against Extraterritoriality*, 133, cit. *supra* nota 503, p. 1593.

⁵³⁰ V., sul punto, ROTMAN, *Extraterritorial Criminal Enforcement of Securities Fraud Regulations after United States v. Vilar*, 70 U. Miami L. Rev. 53, 2015, p. 55.

⁵³¹ V., sul punto, CLOPTON, *Replacing the Presumption against Extraterritoriality*, cit. *supra* nota 503, pp. 22-45, in cui l'A. afferma che la presunzione contro l'applicazione extraterritoriale del diritto statunitense dovrebbe declinarsi diversamente a seconda che si tratti di legge penale, civile o amministrativa. In argomento, v. anche O'SULLIVAN, *The Extraterritorial Application of Federal Criminal Statutes: Analytical Roadmap, Normative Conclusions, and a Plea to Congress for Direction*, 106 Geo. L. J. 1021, 2018, p. 1080 in cui l'A. sostiene che la presunzione dovrebbe trovare applicazione nei casi di illecito penale, dovendo invece essere abbandonata nei casi regolati dal diritto civile.

⁵³² V., sul punto, U.S. v. *Bowman*, cit. *supra* nota 528, p. 98; *Morrison v. National*

Tuttavia, va osservato che in realtà la sentenza *Bawman* non riguarda qualunque legge penale. Al contrario, nella decisione pronunciata è la stessa Corte Suprema a specificare, già nel 1922, che il silenzio della legge non osta al superamento della presunzione contro l'extraterritorialità *solo* per alcune categorie di reati commessi contro il governo federale, dovendo la stessa invece operare nella sua declinazione generale e tradizionale per tutte le altre fattispecie incriminatrici ⁽⁵³³⁾.

La sentenza *Bowman*, infatti, distingue le fattispecie incriminatrici introdotte per tutelare il diritto del governo federale da ostruzioni e frodi, dagli altri crimini comuni, ossia i reati contro l'incolumità pubblica, contro la persona o contro il patrimonio, come l'omicidio, il furto, la rapina, l'incendio doloso, l'appropriazione indebita e le frodi in generale, che incidono sulla pace e l'ordine nella comunità dei consociati. Secondo *Bowman*, i primi appartengono ad una categoria speciale di reati contro il governo federale, e ricadono in una disciplina *ad hoc* in cui, pure in mancanza di esplicite indicazioni, il testo è suscettibile di applicazione extraterritoriale, specie se tali condotte, commesse all'estero, sono poste in essere da cittadini americani. I reati comuni, invece, rispondono alla presunzione generale contro l'applicazione extraterritoriale del testo normativo statunitense, per cui nel silenzio della legge si deve ritenere che la stessa non si applichi a fatti privi di connessione territoriale con gli Stati Uniti ⁽⁵³⁴⁾.

Il tema, invero, è risultato controverso a seguito delle statuizioni contenute nella sentenza *Morrison*. Alcune corti d'appello federali, infatti, nel confronto con la nuova decisione, hanno esposto perplessità sulla permanenza della presunzione contro l'extraterritorialità nel caso di leggi penali ⁽⁵³⁵⁾. Il nodo, tuttavia, è stato definitivamente risolto con il caso *Vilar*,

Australia Bank, cit. *supra* nota 503, p. 2878.

⁵³³ V., sul punto, U.S. v. *Bowman*, cit. *supra* nota 528, p. 98. V., anche, DODGE, *The New Presumption against Extraterritoriality*, 133, cit. *supra* nota 503, p. 1615, in cui l'A. sottolinea che gli elementi alla soluzione del quesito giuridico sono già contenuti nella sentenza *Bowman*, la quale semplicemente non è stata correttamente interpretata o applicata.

⁵³⁴ V., sul punto, U.S. v. *Bowman*, cit. *supra* nota 528, p. 98-99.

⁵³⁵ V., sul punto, U.S. v. *Siddiqui*, 699 F. 3d 690, 700 (2d Cir. 2012); v., anche, U.S. v. *Leija-Sanchez*, 820 F.3d 899, 901 (7th Cir. 2016).

in cui la Corte d'Appello del Secondo Circuito ha respinto la tesi del governo per cui la presunzione non dovrebbe più applicarsi nel contesto penale, riaffermando invece il principio per cui il Congresso, in genere, legifera avendo in mente di regolare i comportamenti dei consociati nel solo contesto nazionale ⁽⁵³⁶⁾.

La presunzione contro l'applicazione extraterritoriale della legge penale si applica, salvo le specifiche categorie di reati individuati con la sentenza *Bowman*, a tutte le altre fattispecie incriminatrici, tra le quali ricadono pacificamente quelle contenute nel FCPA. La struttura delle fattispecie e gli interessi che le stesse tutelano escludono che il FCPA possa essere qualificato come testo di legge volto alla protezione del governo federale, trattandosi al contrario di norme penali che tutelano la concorrenza e la corretta competizione delle imprese nel mercato, come si desume dagli stessi lavori preparatori ⁽⁵³⁷⁾. Con ciò deve escludersi che possa non trovare applicazione la presunzione contro l'extraterritorialità, dovendosi al contrario affermare che il FCPA soggiace alla stessa, come le altre leggi statunitensi che prevedono disposizioni di carattere penale.

In primo luogo, occorre perciò verificare, secondo i principi enunciati nella sentenza *Morrison*, se la presunzione è vinta da indicazioni chiare e precise, siano esse provenienti dal testo ovvero dai lavori preparatori, che attestino come tale la volontà del legislatore, e quindi individuare il focus delle disposizioni normative per accertare se la condotta concreta devoluta al giudice sia effettivamente extraterritoriale: si tratta dello schema, per l'appunto individuato nella sentenza *Morrison*, del «*focus-test*».

Il FCPA, come si è sopra osservato, è suscettibile di avere applicazione extraterritoriale. Precisamente, il testo anzitutto individua la condotta sanzionata mediante il ricorso ad una specifica modalità dell'azione, punendo con sanzione penale l'uso illecito di strumenti di comunicazione e

⁵³⁶ V., sul punto, U.S. v. Vilar, 729 F. 3d 62, (2d Cir. 2013).

⁵³⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 94 in cui l'A. sottolinea che il FCPA mira a criminalizzare i comportamenti atti ad influenzare il corretto svolgimento degli affari, e quindi dell'attività economica e commerciale, ossia, in altre parole, la libera concorrenza tra gli operatori economici che contribuisce a preservare la correttezza del mercato.

scambio interstatali. Mediante il richiamo alle sole modalità e non al luogo di commissione del fatto, la disposizione sarebbe astrattamente suscettibile di applicazione extraterritoriale, e dunque applicabile ai fatti ovunque commessi con tali modalità, da parte dei soggetti alla stessa sottoposti, e cioè le persone giuridiche emittenti titoli nel mercato americano (cc.dd. «*issuers*») e le persone fisiche e giuridiche americane (cc.dd. «*domestic concerns*») ⁽⁵³⁸⁾.

In secondo luogo, il FCPA punisce tanto l'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali quanto ogni altro atto o fatto, laddove commesso all'interno dei confini territoriali degli Stati Uniti, da parte di soggetti diversi da quelli indicati pocanzi, e cioè gli emittenti titoli e le persone fisiche e giuridiche statunitensi. Il FCPA, in questo caso, espressamente esclude che il testo possa trovare applicazione extraterritoriale specificando che la condotta è perseguibile in quanto commessa «*all'interno del territorio degli Stati Uniti*». Conseguentemente, tale disposizione non è suscettibile di applicazione extraterritoriale per espressa previsione normativa ⁽⁵³⁹⁾.

In ultimo, il FCPA punisce qualunque condotta posta in essere all'estero da persone fisiche e giuridiche americane, nonché da soggetti statunitensi emittenti titoli nel mercato americano. Tale disposizione espressamente attribuisce al testo di legge una applicazione extraterritoriale delle disposizioni penali, peraltro individuando come luogo di commissione del fatto il solo territorio estero, e non anche quello interno ai confini degli Stati Uniti. La disposizione pertanto appare astrattamente suscettibile di applicazione *solo* extraterritoriale ⁽⁵⁴⁰⁾.

La complessiva struttura delle disposizioni penali appena descritta indica che, nelle intenzioni del legislatore, trasfuse nel testo di legge, il FCPA non è concepito per avere applicazione extraterritoriale.

Sul punto, occorre anzitutto osservare che laddove la condotta non è

⁵³⁸ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a) per i «*domestic concerns*».

⁵³⁹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «*issuers*»; 78dd-2(a) per i «*domestic concerns*»; 78dd-3(a) per gli «*others*».

⁵⁴⁰ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g) per gli «*issuers*» di Diritto americano; 78dd-2(i) per i «*domestic concerns*».

stata tipizzata mediante il richiamo a specifiche forme (es. l'uso illecito di strumenti di comunicazione e scambio interstatali), il Congresso ha espressamente escluso l'applicazione extraterritoriale, proprio per scongiurare che qualunque condotta commessa al di fuori degli Stati Uniti potesse in qualche modo essere sindacata dal giudice americano, in capo al quale difetta l'autorità per giudicare comportamenti esogeni.

La specificazione, contenuta nella fattispecie incriminatrice riservata alle persone diverse dagli «*issuers*» e dai «*domestic concerns*», non può essere letta nel senso di consentire l'applicazione extraterritoriale delle altre disposizioni in cui tale specificazione risulta assente, e cioè ragionando in termini di “*ubi lex noluit, dixit*”. I principi espressi nella sentenza *Morrison* depongono in senso contrario e, difatti, richiedono che l'applicazione extraterritoriale debba essere sorretta da indicazioni chiare e precise in tal senso, non essendo sufficiente il mero silenzio della legge. In base a tale considerazione, la locuzione che espressamente statuisce la perseguibilità dei soli comportamenti assunti all'interno dei confini territoriali degli Stati Uniti rafforza, semmai, l'assunto per cui il testo legislativo non è suscettibile di applicazione extraterritoriale.

Nello stesso senso deve essere letta la presenza, nel FCPA, del principio alternativo di giurisdizione che conduce all'applicazione *latu sensu* extraterritoriale delle prescrizioni penali, per le persone fisiche e giuridiche, anche emittenti titoli, di diritto americano. Infatti, la disposizione che consente la perseguibilità dei fatti di corruzione internazionale, commessi all'estero da tali soggetti, non introduce una fattispecie incriminatrice suscettibile di applicazione tanto territoriale quanto extraterritoriale, e cioè accessoria a quella locale, bensì individua un'area esclusivamente straniera sulla quale gli Stati Uniti pretendono di esercitare la propria giurisdizione penale, in base al rapporto di nazionalità con l'agente. Non si tratta, perciò di una applicazione extraterritoriale di una legge penale, bensì più propriamente dell'esercizio della giurisdizione penale in territorio estero. In proposito, va osservato che la previsione di un criterio alternativo di giurisdizione, che introduce la perseguibilità nel solo territorio straniero delle condotte tipiche, commesse da soggetti determinati e legati agli Stati Uniti dal rapporto di nazionalità, non può che rafforzare la conclusione che le disposizioni generali non sono suscettibili di applicazione extraterritoriale. Difatti, se il

Congresso avesse voluto consentire l'applicazione extraterritoriale del FCPA lo avrebbe espressamente affermato, o ne avrebbe dato chiara indicazione, nel testo delle fattispecie incriminatrici, non ricorrendo – come ha invece scelto di fare in questo caso – all'introduzione di un criterio alternativo di giurisdizione che dispone letteralmente la perseguibilità di fatti commessi all'estero, non l'applicazione extraterritoriale di una disposizione generale.

Tali osservazioni consentono di giungere ad una prima conclusione, relativamente al nodo di extraterritorialità più problematico del FCPA, e cioè l'applicazione delle disposizioni anticorruzione alle persone giuridiche straniere emittenti titoli nel mercato americano, per fatti non occorsi all'interno dei confini territoriali degli Stati Uniti.

Si è sopra osservato che, anzitutto, il FCPA persegue l'uso illecito degli strumenti di commercio e scambio interstatali, posto in essere dagli emittenti sia statunitensi che stranieri. In particolare, di recente, nelle maglie delle agenzie americane sono finite numerose imprese multinazionali straniere che, avendo negoziato titoli nel mercato statunitense, ricoprivano la qualifica di «*issuers*», a norma del FCPA, per condotte aventi connessione territoriale minima o del tutto assente con il suolo americano ⁽⁵⁴¹⁾.

Tale disposizione anticorruzione prevede la perseguibilità di fatti, individuati mediante la forma della condotta, e cioè l'uso illecito di strumenti di commercio e scambio, che invero potrebbero essere commessi mentre l'agente si trova all'esterno del territorio statunitense ed è inconsapevole che la propria condotta abbia un collegamento con il suolo americano (si pensi, in particolare, all'uso di servizi di comunicazione digitale e servizi finanziari forniti da *provider* o istituzioni che hanno sede negli Stati Uniti), pertanto la stessa risulta in astratto suscettibile di applicazione extraterritoriale ⁽⁵⁴²⁾.

Tuttavia, sebbene la fattispecie non circoscriva espressamente la perseguibilità ai soli fatti occorsi all'interno dei confini degli Stati Uniti, il mero richiamo a forme della condotta che prescindono dalla collocazione fisica dell'agente in territorio U.S.A. non può ritenersi sufficiente a vincere

⁵⁴¹ V., sul punto, il caso *Total*, in *Information*, U.S. v. Total, S.A., cit. *supra* nota 497; *DPA*, U.S. v. Total, S.A., cit. *supra* nota 497; *In re*, SEC v. Total, S.A., cit. *supra* nota 497.

⁵⁴² V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) riguardante gli «*issuers*».

la presunzione contro l'applicazione extraterritoriale del diritto statunitense, tanto più se il testo di legge non contiene indicazioni in tal senso ed anzi, come si è sopra evidenziato, risulta contenere indicazioni contrarie che mirano a limitare l'applicazione delle disposizioni penali ai soli fatti commessi nel territorio americano.

In base ai principi dettati nella sentenza *Morrison*, pertanto, si deve concludere che il FCPA non è in concreto suscettibile di applicazione extraterritoriale, per cui l'applicazione delle disposizioni penali in esso contenute deve limitarsi a sanzionare le sole condotte che rientrano nei confini territoriali degli Stati Uniti ⁽⁵⁴³⁾. Ciò ha una prima e fondamentale conseguenza: le imprese multinazionali straniere che emettono titoli nel mercato americano, e sono perciò qualificabili come «*issuers*», non possono essere perseguite dalle agenzie federali per violazioni delle disposizioni anticorruzione commesse all'estero.

Il nodo centrale della perseguibilità dipende, perciò, dalla individuazione del luogo in cui avviene la violazione che, come si è sopra osservato, deve essere determinato in base al «*focus-test*», come descritto dalla stessa sentenza *Morrison*, a norma della quale va anzitutto individuato il “focus” della disposizione normativa, per poi accertare se la violazione è avvenuta all'interno dei confini statunitensi.

La fattispecie incriminatrice precisamente vieta «*l'uso della posta o di qualsiasi mezzo o strumento di commercio interstatale, in modo corrotto, per favorire l'offerta, il pagamento, la promessa di pagare, o l'autorizzazione al pagamento di una somma di denaro, di un'offerta, di un regalo, di una promessa di dare, o l'autorizzazione a dare qualcosa di valore*» a un pubblico funzionario straniero allo scopo di «*ricevere aiuto nell'ottenere o mantenere degli affari, per o con qualcuno, o direzionarli verso qualcuno*» ⁽⁵⁴⁴⁾.

⁵⁴³ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 116 in cui l'A. critica espressamente l'applicazione extraterritoriale che il FCPA ha assunto nella prassi.

⁵⁴⁴ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(1) ultimo periodo, 78dd-1(a)(2) u.p., 78dd-1(a)(3) u.p., per gli «*issuers*», 78dd-2(a)(1) u.p., 78dd-2(a)(2) u.p., 78dd-2(a)(3) u.p. per i «*domestic concerns*», 78dd-3(a)(1) u.p., 78dd-3(a)(2) u.p., 78dd-3(a)(3) u.p. per gli «*others*».

Il focus della disposizione normativa va perciò individuato nell'uso illecito degli strumenti di interconnessione, che facilitino l'elaborazione dello schema corruttivo o ne agevolino la realizzazione, come ad esempio l'uso di servizi finanziari per movimentare le somme di denaro da destinare al pubblico funzionario straniero, oppure lo scambio di comunicazioni via e-mail per coordinare le operazioni dello schema corruttivo ⁽⁵⁴⁵⁾.

Sul punto, va osservato che l'evoluzione tecnologica ha provocato la trasposizione dei servizi economico-finanziari e di comunicazione dai supporti materiali alle piattaforme digitali, molte delle quali sono offerte da operatori che dispongono di *server* collocati negli Stati Uniti. L'uso dello strumento digitale, avente tali caratteristiche, comporta necessariamente il transito sul suolo americano dell'informazione, sia essa di contenuto comunicativo o finanziario, come per l'appunto risultano rispettivamente una e-mail o un trasferimento mediante bonifico bancario, potendo con ciò integrare la connessione territoriale necessaria per affermare la giurisdizione delle agenzie statunitensi sulla condotta di corruzione internazionale ⁽⁵⁴⁶⁾. Inoltre, i dispositivi impiegati nello schema corruttivo operano tramite una connessione ad *internet*, la cui rete non è altro che uno strumento di interconnessione, il quale sembra effettivamente rientrare nella nozione di strumento di commercio interstatale, dal cui uso illecito discende la perseguibilità della condotta ⁽⁵⁴⁷⁾.

In tale scenario, il luogo della condotta sembra assumere invero un rilievo secondario, posto che il collegamento territoriale con il suolo statunitense è assicurato essenzialmente dagli strumenti attraverso cui la condotta viene posta in essere. Sul punto, nel caso *Straub*, il giudice ha rilevato che la giurisdizione americana poteva essere affermata proprio sulla base del fatto che alcune e-mail, correlate allo schema corruttivo, erano

⁵⁴⁵ V., sul punto, il caso *Straub*, in *Mem. e Order*, SEC v. *Straub*, cit. *supra* nota 445; V. anche il caso *Siemens*, in SEC v. *Steffen*, No. 11-Civ-9073 (S.D.N.Y. 2013 Feb. 19, 2013) (disponibile su: *sec.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁵⁴⁶ V., sul punto, DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, cit. *supra* nota 119, p. 179.

⁵⁴⁷ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., cit. *supra* nota 119, p. 9.

transitate su *server* collocati nel suolo statunitense ⁽⁵⁴⁸⁾.

In questi termini, è la forma della condotta a determinare un collegamento territoriale, e non anche il luogo in cui viene posta in essere. Tuttavia, una simile interpretazione rischia di entrare in conflitto con la presunzione contro l'extraterritorialità, come declinata nella sentenza *Morrison*. Difatti, il FCPA mira ad evitare che l'agente utilizzi gli strumenti di commercio e scambio interstatali per agevolare, e quindi anche commettere, la corruzione di un pubblico funzionario straniero. Il testo, però, non mira ad impedire il transito di informazioni con finalità illecite, per cui la violazione del divieto si consumerebbe nel territorio U.S.A., bensì l'uso illecito dello strumento. Il *focus* della disposizione risulta essere, perciò, l'uso dei sistemi di comunicazione e commercio interstatali per finalità illecite, uso che di norma può avvenire *internamente* o *esternamente* ai confini territoriali degli Stati Uniti. Si è sopra detto che il FCPA non contiene indicazioni che consentano la sua applicazione extraterritoriale, per cui deve escludersi che l'uso illecito di tali strumenti, laddove avvenuto esternamente ai confini americani, rientri nella giurisdizione statunitense.

L'assenza di indicazioni chiare e precise, all'interno del FCPA, non ne consentono l'applicazione extraterritoriale. Perciò, la violazione delle disposizioni anticorruzione deve avvenire effettivamente all'interno dei confini nazionali per poter rientrare nella giurisdizione statunitense. Ciò, di norma, esclude dall'ambito di applicazione del FCPA le condotte estere delle imprese multinazionali straniere che non abbiano una consistente connessione territoriale con il paese americano.

In base a tale lettura del FCPA, più aderente alla disposizione e meno alla prassi promossa dalle agenzie federali, che appare perciò illegittima, per incardinare la giurisdizione non può risultare sufficiente che una parte infinitesimale del prezzo della corruzione sia trasferito al percettore da un conto corrente istituito presso una banca di New York, o che un dipendente straniero, dalla sede estera di una impresa multinazionale straniera invii una

⁵⁴⁸ V., sul punto, il caso *Straub*, in *Mem. e Order*, SEC v. *Straub*, cit. *supra* nota 445; V. anche KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 110 in cui ricostruisce le poche pronunce intervenute sul tema da parte delle corti federali.

mail usando un servizio digitale con *server* collocati negli Stati Uniti. Al contrario, occorre che l'uso illecito degli strumenti di comunicazione e scambio interstatali ad opera dell'emittente straniero di titoli negoziati («*issuer*») avvenga, in maniera consistente, all'interno del territorio americano, dovendosi al contrario rifiutare la giurisdizione degli Stati Uniti qualora lo schema corruttivo interessi il paese solo in via incidentale e trascurabile.

Tale impostazione è basata sull'interpretazione letterale del testo approvato dal Congresso, e risulta in linea con la volontà del legislatore, entrambe perfettamente coerenti con le statuizioni della decisione della Corte Suprema, nel caso *Morrison*. Pertanto, non sembra, invero, suscettibile di essere confutata con argomentazioni egualmente solide, e comunque non senza un intervento della Corte Suprema che distingua il FCPA dalle regole generali dettate dalla sentenza *Morrison*, ad esempio ricollegando il testo di legge anticorruzione ai presupposti applicativi della sentenza *Bowman*. La predetta impostazione, semmai, evidenzia delle possibili criticità operative, ponendo due quesiti di non semplice soluzione.

Anzitutto, una interpretazione più rigorosa delle disposizioni in materia di giurisdizione, nel senso sopra indicato, potrebbe condurre ad un affievolimento del livello di *enforcement* dimostrato, negli ultimi decenni, dalla legge anticorruzione americana, così ridefinendo i tratti di un sistema che potrebbe, per ciò, dimostrarsi non più in grado di catturare la corruzione internazionale dell'impresa multinazionale, ovunque perpetrata, svilendo la funzione sociale, anche di dimensione sovranazionale, assunta dalla legge stessa. In proposito, va però osservato che, sebbene nell'applicazione delle norme non dovrebbe prescindersi dalle conseguenze, è pur vero che le stesse non possono alterare o veicolare il contenuto predeterminato della legge, giacché eventuali conseguenze irragionevoli o complessivamente inadeguate debbono essere risolte con rimedi diversi dall'interpretazione.

Nel caso di specie, il Congresso potrebbe espressamente prevedere la perseguibilità delle condotte di corruzione internazionale dell'impresa multinazionale straniera all'estero, così superando la presunzione di extraterritorialità, al netto dei conflitti istituzionali che tale disposizione potrebbe comportare, in parte già avvenuti a causa della prassi illegittima

promossa dalle agenzie federali ⁽⁵⁴⁹⁾.

In secondo luogo, è imprescindibile domandarsi il motivo per cui le imprese multinazionali straniere non contestino tale prassi applicativa, ed anzi accettino di sottoscrivere degli accordi extraprocessuali al fine di evitare uno scrutinio giudiziale che potrebbe essere per loro favorevole, se effettivamente, come si è sopra osservato, l'applicazione extraterritoriale del FCPA non è consentita dalla legge ⁽⁵⁵⁰⁾.

La risposta a questa domanda dovrà tenere conto, come si avrà modo di osservare in seguito, della particolare forza persuasiva delle agenzie federali statunitensi e dell'arsenale giuridico a loro disposizione, che rendono le disposizioni anticorruzione americane dotate di uno straordinario livello di *enforcement*. La chiave di lettura risiede, perciò, negli strumenti negoziali di risoluzione dei casi di corruzione internazionale, nelle facilitazioni che comporta la sottoscrizione di tali accordi, negli effetti negativi che può comportare il rifiuto di cooperare con le autorità federali ed il rifiuto di sottoscriverli. Nel prosieguo dell'indagine ci si soffermerà, dunque, su tali aspetti, i quali costituiscono, oltre alla peculiare struttura delle disposizioni sostanziali, il principale motivo di successo del modello anticorruzione statunitense. L'indagine si soffermerà, conseguentemente, sugli strumenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale, non prima di aver completato l'analisi delle disposizioni sostanziali.

⁵⁴⁹ V., sul punto, COONS, *Examining enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act, Hearing before the Subcommittee on Crime and Drugs of the Committee on the Judiciary*, senate (Nov. 30, 2010), in cui il senator esprime la preoccupazione che una tale prassi possa sottoporre gli Stati Uniti a ricevere, in futuro, lo stesso trattamento da parte di altre potenze straniere, invadendo la sfera di giurisdizione statunitense.

⁵⁵⁰ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 1075 in cui l'A. sottolinea che il principale motivo per cui l'impresa multinazionale non contesta l'assenza di giurisdizione nel contesto del FCPA deve essere attribuito alla probabilità che tale posizione possa essere qualificata come rifiuto di cooperare con l'agenzia federale, da cui discendono non solo la possibilità di una più rapida e veloce incriminazione e di essere definiti come non collaborativi, ma altresì l'inasprimento delle sanzioni che discende proprio dal rifiuto di cooperare. In altre parole, al semplice accenno di eccezioni, pure se fondate, l'impresa multinazionale rischia di perdere la possibilità di negoziare un accordo con sanzioni ridotte ed effetti più miti per l'immagine e le finanze della *corporation*. Come si vedrà più avanti, di fronte a questo meccanismo che premia la collaborazione e disincentiva il contenzioso, l'impresa sembra non avere alternative alla proposta di un accordo.

2.2. *Le eccezioni alle proibizioni («Exceptions for routine governmental action»)*

Il paragrafo (b) delle disposizioni anticorruzione del FCPA prevede espressamente che le stesse non si applichino (e con esse le disposizioni sulla giurisdizione alternativa) ai pagamenti unicamente finalizzati a facilitare o assicurare che il funzionario straniero adempia a compiti routinari ⁽⁵⁵¹⁾.

§ 78dd-1 – <i>Issuers</i>	§ 78dd-2 – <i>Domestic Concerns</i>	§ 78dd-3 – <i>Others</i>
<p>(b) Exception for routine governmental action</p> <p>Subsections (a) and (g) shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official 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.</p>	<p>(b) Exception for routine governmental action</p> <p>Subsections (a) and (i) shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official 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.</p>	<p>(b) Exception for routine governmental action</p> <p>Subsection (a) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official 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.</p>

La disposizione è rivolta ad escludere dall'ambito di applicazione del FCPA pagamenti di modesta entità, che peraltro non concernono l'adozione di atti contrari ai doveri d'ufficio, ovvero che comportino l'esercizio di poteri discrezionali. Si tratta, al contrario, di adempimenti per lo più burocratici di natura *standard* come, ad esempio, il rilascio di permessi, licenze, visti, o di altri documenti rilasciati dalla pubblica amministrazione, oppure il supporto

⁵⁵¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(b) per gli «*issuers*», 78dd-2(b) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(b) per gli «*others*». V., inoltre, sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, cit. *supra* nota 119, p. 23 in cui l'A. spiega che si tratta di ambiti in cui l'esercizio dei poteri del funzionario può essere qualificato come «automatico» ovvero che si tratti solo di una «questione di tempo», ma che il risultato sia scontato. In argomento, v. anche DIAMANT, MRDJENOVIC, *Don't You Forget about Me: The Continuing Viability of the FCPA's Facilitating Payments Exception*, 73 Ohio St. L.J. Furthermore 19, 2012, p. 19 ss.; STRAUSS, *Easing Out the FCPA Facilitation Payment Exception*, 93 B.U. L. Rev. 235, 2013, p. 235 ss.; ROHDE, *A New Affirmative Defense to the FCPA for Countries Exiting Major Internal Strife*, 13 Rich. J. Global L. & Bus. 545, 2014, p. 545 ss.; BONSTEAD, *Removing the FCPA Facilitation Payments Exception: Enforcement Tools for a Cleaner Business as Usual*, 36 Hous. J. Int'l L. 503, 2014, p. 503 ss.; EWALD, *Putting It on Paper: Codifying FCPA Best Practices through a Documented Legitimate Payments Affirmative Defense*, 20 Holy Cross J.L. & Pub. Pol'y 171, 2016, p. 171.

e la protezione di funzionari di polizia, all'occorrenza, od ancora nell'accesso ai servizi come l'elettricità o l'acqua sanitaria. Al contrario, sono sempre esclusi dall'ambito di applicazione dell'eccezione quei pagamenti finalizzati ad assicurarsi un nuovo affare o la continuazione dell'affare già in corso, ovvero finalizzati a persuadere le autorità pubbliche e di controllo ad ignorare la mancanza di requisiti per proseguire nell'attività in essere o futura ⁽⁵⁵²⁾.

L'applicazione dell'eccezione dipende, perciò, dalla finalità del pagamento, non dall'entità della somma elargita ⁽⁵⁵³⁾. Tuttavia, dall'entità può sempre dedursi la finalità illecita, giacché si presuppone che ingenti donativi trascendano la mera facilitazione di azioni routinarie. Per cui, in sostanza, l'eccezione risulta invero applicabile con un duplice limite: da un lato non può concernere l'adozione di atti contrari o l'esercizio di poteri discrezionali, dall'altro non può consistere in somme ingenti, dovendo al contrario attestarsi in quantitativi modici, ovvero di cortesia ⁽⁵⁵⁴⁾.

⁵⁵² V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 32; TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 21.

⁵⁵³ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 32 in cui, oltre a sottolineare come l'eccezione in argomento non costituisca una «affermative defense», bensì esclude tali pagamento dall'ambito di applicazione della fattispecie, richiama l'attenzione sulla modifica normativa intervenuta sul testo originario del FCPA su questo punto, il quale un tempo escludeva questi pagamenti con riferimento non alla finalità, bensì in base alle funzioni essenzialmente burocratiche ricoperte dai pubblici ufficiali. Tale disposizione, tuttavia, presentava delle difficoltà applicative, poiché non sempre era di facile discernimento l'esatta qualificazione dei compiti del funzionario. Perciò, il legislatore statunitense decise di modificare, nel 1988, il FCPA spostando l'attenzione dai compiti del funzionario alle finalità del pagamento, in linea – peraltro – con l'impostazione generale della disposizione, con ciò valorizzando ancor più il compito dell'elemento soggettivo quale momento di determinazione e selezione delle condotte penalmente perseguibili.

⁵⁵⁴ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 21-22. V., inoltre, DIAMANT, MRDJENOVIC, *Don't You Forget about Me: The Continuing Viability of the FCPA's Facilitating Payments Exception*, cit *supra* nota 551, p. 24 in cui gli AA. si soffermano sull'interpretazione dell'assioma nelle prassi applicative del DoJ.

2.3. *Le cause di esclusione della punibilità per pagamenti illeciti («Affirmative defenses»)*

Il paragrafo (c) delle disposizioni anticorruzione del FCPA contempla due possibili cause che escludono la natura illecita dei pagamenti rivolti ai funzionari stranieri: la liceità secondo il diritto locale e la finalità promozionale di tali spese ⁽⁵⁵⁵⁾.

Precisamente, tale paragrafo dispone che non siano perseguibili i pagamenti, i regali, le offerte o le promesse di qualunque valore, se costituiscono un'attività lecita secondo il diritto locale del pubblico ufficiale (par. 1), ovvero se gli stessi costituiscono spese «ragionevoli» ed effettuate «in buona fede», come ad esempio spese di viaggio, di alloggio, per un funzionario straniero correlate alla promozione o la presentazione di prodotti o servizi, ovvero in osservanza di un contratto con un governo straniero od una sua articolazione ⁽⁵⁵⁶⁾.

§ 78dd-1 – Issuers	§ 78dd-2 – Domestic Concerns	§ 78dd-3 – Others
(c) Affirmative defenses	(c) Affirmative defenses	(c) Affirmative defenses
It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (g) that—	It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (i) that—	It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) of this section that—
<p>(1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or</p> <p>(2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to—</p>	<p>(1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or</p> <p>(2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to—</p>	<p>(1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or</p> <p>(2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to—</p>

⁵⁵⁵ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c) per gli «issuers», 78dd-2(c) per i «domestic concerns», 78dd-3(c) per gli «others».

⁵⁵⁶ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 30.

(A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or (B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.	(A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or (B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.	(A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or (B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.
---	---	---

Non si tratta di vere e proprie cause di esclusione dell'antigiuridicità, per ragionare secondo le categorie proprie del diritto penale italiano, quanto piuttosto di clausole di esclusione della punibilità di cui – però – è la parte interessata a dover fornire la prova ⁽⁵⁵⁷⁾.

In relazione al diritto locale, si è osservato come non sia affatto agevole ricostruire la natura lecita dei pagamenti. Difatti, nessun paese espressamente qualifica come leciti pagamenti corruttivi, dunque risulta particolarmente difficile fornire la prova che il pagamento indagato sia, invero, riconosciuto come lecito secondo il diritto locale, tanto più se il silenzio della legge non è riconosciuto quale sufficiente a dimostrare la difesa. Occorre poi distinguere l'espressa qualificazione dei pagamenti come «leciti» dalle clausole di diversa natura che possono escludere la perseguibilità del pagamento o del soggetto che lo esegue, come ad esempio la non punibilità del concusso nel diritto italiano. Infatti, la circostanza che, ad esempio, secondo il Codice penale italiano, egli non sia sottoposto alla sanzione penale, a norma del FCPA non è sufficiente ad escludere l'illiceità del pagamento, che difatti rimane tale e, conseguentemente, sanzionabile a norma del diritto statunitense ⁽⁵⁵⁸⁾.

⁵⁵⁷ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 30; TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 22 in cui gli AA. sottolineano l'inversione dell'onere della prova a carico dell'impresa multinazionale ovvero dei suoi addetti, per scongiurare l'applicazione della sanzione penale.

In tema di cause che escludono la tipicità, l'antigiuridicità e la punibilità, v. *ex multis* MARINUCCI, Cause di giustificazione, in *Studi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1991 *passim*; ROMANO, Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 55; PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1952, p. 3; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, Padova, 1947, *passim*.

⁵⁵⁸ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 22 in cui gli AA. affermano che neppure la dimostrazione della non perseguibilità secondo il diritto locale risulta di per sé sufficiente ad escludere la sanzione penale laddove venga

Dunque, occorre che l'ordinamento locale, al tempo in cui fu effettuato il pagamento, ne affermasse espressamente la natura lecita, non potendo altrimenti escludersi l'applicazione della sanzione penale.

Il secondo argomento di difesa risulta altrettanto complesso. Oltre alla legittimità secondo il diritto locale, come si è anticipato, il FCPA esclude l'applicazione della sanzione penale in relazione a pagamenti caratterizzati da ragionevolezza e buona fede, eseguiti per promuovere l'attività commerciale dell'impresa⁽⁵⁵⁹⁾.

Tali pagamento non devono avere la finalità di allietare il pubblico funzionario, così influenzandone le decisioni, né devono essere occultati o mascherati nelle scritture contabili, ovvero costituire pagamenti non autorizzati, poiché altrimenti violano le disposizioni anticorruzione e sulla regolarità contabile del FCPA⁽⁵⁶⁰⁾.

La natura di tali pagamento e la loro aderenza al modello legale proposto dal FCPA è suscettibile di valutazione, dunque la norma si espone ad una applicazione discrezionale, conseguentemente disorientando il destinatario finale. Per ovviare al difetto di precisione, le autorità statunitensi aggiornano costantemente un *vademecum*, fornendo così alle imprese multinazionali dei criteri per orientare le proprie procedure interne e di controllo, al fine di evitare comportamenti illeciti.

A norma di tali criteri, risultano precisamente legittime le spese che hanno riguardo a:

dimostrato l'intento corruttivo, poiché occorre distinguere eventuali cause di non punibilità, ovvero la non punibilità di uno dei soggetti nei delitti plurisoggettivi impropri, ad esempio la concussione per costrizione, dalla liceità del pagamento che – invero – rimane di matrice corruttiva, secondo il FCPA. Infatti, per escludere la rilevanza penale del pagamento occorre «una minaccia imminente di un male fisico», rientrando al contrario nell'ambito di applicazione della fattispecie la coercizione di natura economica, ad esempio l'essere costretti al pagamento per accedere ad una commessa. In questo caso, difatti, non può parlarsi di una coercizione, quanto piuttosto di una scelta deliberata e consapevole, dunque perseguibile, di accedere ad un beneficio economico. V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 34. In argomento, v. anche YOCKEY, *Solicitation, Extortion, and the FCPA*, 87 Notre Dame L. Rev. 781, 2011, p. 781 ss.

⁵⁵⁹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c)(2) per gli «*issuers*», 78dd-2(c)(2) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(c)(2) per gli «*others*».

⁵⁶⁰ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 30

- a) la visita a strutture o operazioni aziendali;
- b) le attività di *training*;
- c) le dimostrazioni di prodotti;
- d) la partecipazione ad attività promozionali;
- e) la presenza a *meeting* aziendali.

L'ambito correlato al pagamento, tuttavia, non è di per sé sufficiente a qualificare la spesa come ragionevole ed in buona fede, poiché le modalità con cui essa avviene possono tradirne la finalità illecita. Occorre allora attenersi ad alcune linee guida che possono evitare all'impresa multinazionale di incorrere nella sanzione penale prevista dal FCPA. Ciò, precisamente, assicurando che:

- a) i pubblici ufficiali coinvolti non siano predeterminati, ovvero lo siano secondo criteri di merito;
- b) i pagamenti siano effettuati direttamente ai fornitori del servizio di trasporto o di alloggio, ovvero che il rimborso al pubblico funzionario sia effettuato solo dietro presentazione delle ricevute;
- c) le spese non vengano anticipate o rimborsate in contanti;
- d) le indennità riconosciute siano effettivamente commisurate ai costi che presumibilmente dovranno essere affrontati, ed essi siano limitati alle spese ragionevolmente necessarie;
- e) le spese siano trattate con trasparenza, sia nei confronti della società, sia del governo straniero;
- f) le spese non siano condizionate all'assunzione di comportamenti da parte del pubblico funzionario;
- g) la società acquisisca una dichiarazione scritta che il pagamento non è contrario al diritto locale;
- h) i pagamenti non eccedano il valore dei costi effettivamente occorsi;
- i) i pagamenti siano annotati correttamente nei libri contabili della società ⁽⁵⁶¹⁾.

⁵⁶¹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*

Tali criteri contribuiscono, se osservati, ad evitare che le scelte operative dell'impresa multinazionale assumano carattere di illiceità, secondo il FCPA. Trattandosi, in questo caso, di una valutazione *ex post*, l'osservanza dei criteri sopra menzionati aiuta ad evitare che tali spese siano contestate dal DoJ, e quindi comportino la responsabilità penale dell'impresa.

Al contrario, discostarsi dai criteri sopra menzionati può contribuire alla qualificazione delle spese come illecite, nel caso ad esempio si trascendano i criteri della ragionevolezza e della necessità (es. un biglietto aereo di prima classe, l'estensione dell'invito ai familiari, l'acquisto di biglietti per eventi di intrattenimento), ovvero se si usano criteri particolarmente differenti da quelli scelti dalla società per i propri dipendenti. Occorre, perciò, particolare cautela nell'approvare spese di questo tipo, ed ancor prima nel progettare i processi di approvazione, essendo necessario fare in modo che siano strutturati per evitare che superino i limiti imposti dal FCPA ⁽⁵⁶²⁾.

2.4. L'ingiunzione preventiva («Injunctive relief»)

Il paragrafo (d) delle disposizioni anticorruzione previste dal FCPA in relazione ai «*domestic concerns*» e gli «*others*» consente al procuratore generale di ottenere ingiunzioni avverso pratiche corruttive in corso o nel procinto di essere commesse, attribuendogli poteri ispettivi e di indagine che, se non adempiuti, possono essere sanzionati come oltraggio ⁽⁵⁶³⁾.

§ 78dd-1 – <i>Issuers</i>	§ 78dd-2 – <i>Domestic Concerns</i>	§ 78dd-3 – <i>Others</i>
---------------------------	-------------------------------------	--------------------------

(FCPA), cit. *supra* nota 349, p. 31

⁵⁶² V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 23, in cui gli AA. sottolineano come molte società scelgano di equiparare le spese in questione al trattamento per i propri dipendenti, in modo da ridurre il rischio di essere sanzionate.

⁵⁶³ V. 15 U.S.C. § 78dd-2(d) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(d) per gli «*others*».

<p>---</p> <p>---</p>	<p>(d) Injunctive relief</p> <p>(1) When it appears to the Attorney General that any domestic concern to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) or (i) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.</p> <p>(2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.</p> <p>(3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.</p> <p>All process in any such case may be served in the judicial district in which</p>	<p>(d) Injunctive relief</p> <p>(1) When it appears to the Attorney General that any person to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.</p> <p>(2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.</p> <p>(3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.</p> <p>(4) All process in any such case may be served in the judicial district in which such person resides or may be</p>
-----------------------	---	--

	such person resides or may be found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.	found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.
--	---	---

La previsione normativa che consente al procuratore generale di ottenere ingiunzioni è esclusa nel caso di «*issuers*» e, conseguentemente, trova applicazione unicamente in relazione alle altre due categorie di soggetti destinatari del FCPA. Essa, invero, rappresenta una modalità di contrasto al fenomeno della corruzione internazionale del tutto alternativa alla sanzione penale. Infatti, il Congresso ha espressamente riconosciuto al DoJ la facoltà di intentare azioni civili per stoppare fenomeni di questo tipo per società «*non-issuers*». Tale alternativa, tuttavia, ha trovato una scarsa applicazione, emergendo dai dati una chiara preferenza verso la sanzione penale ⁽⁵⁶⁴⁾.

2.5. *Le linee guida della procura generale («Guidelines by Attorney General»)*

I paragrafi (d) ed (e) delle disposizioni anticorruzione previste dal FCPA rispettivamente in relazione agli «*issuers*» ed ai «*domestic concerns*», dispongono che la procura generale emetta periodicamente delle linee guida e delle procedure-tipo a cui conformarsi, in modo da non violare il FCPA ⁽⁵⁶⁵⁾.

§ 78dd-1 – <i>Issuers</i>	§ 78dd-2 – <i>Domestic Concerns</i>	§ 78dd-3 – <i>Others</i>
(d) Guidelines by Attorney General	(e) Guidelines by Attorney General	---
Not later than one year after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Commission, the Secretary of Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the views of all interested	Not later than 6 months after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Securities and Exchange Commission, the Secretary of Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the	---

⁵⁶⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The FCPA's Record-Breaking Year*, 50 Conn. L. Rev. 91, 2018, p. 158.

⁵⁶⁵ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(d) per gli «*issuers*», 78dd-2(e) per i «*domestic concerns*».

<p>persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue—</p> <p>(1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and</p> <p>(2) general precautionary procedures which issuers may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.</p> <p>The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.</p>	<p>views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue—</p> <p>(1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and</p> <p>(2) general precautionary procedures which domestic concerns may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.</p> <p>The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.</p>	
--	--	--

L'applicazione delle disposizioni del FCPA, come in parte si è già osservato, comporta una valutazione di questioni di merito non univoche, e perciò con insufficienti margini di prevedibilità. Per ovviare, da un lato, che le disposizioni siano disattese a causa della eccessiva vaghezza e, dall'altro, che ciò possa condurre ad una loro applicazione discrezionale, il Congresso aveva disposto che periodicamente le autorità competenti emanassero due tipi di informazioni, ossia:

- a) linee guida con esempi di condotte conformi alle disposizioni del FCPA, in modo che le imprese internazionali possano conformarsi nelle pratiche commerciali in essere e future;
- b) procedure precauzionali cui i soggetti possono conformarsi per scongiurare che l'adozione di modelli differenti possa

comportare la responsabilità penale in caso di commissione di illeciti.

La disposizione ha trovato scarsa applicazione⁽⁵⁶⁶⁾. Tuttavia, nel 2012, il DoJ, in collaborazione con la SEC e con il ministero del commercio, ha redatto una *Guida*, peraltro aggiornata di recente, in cui sono incluse utili informazioni per circoscrivere l'ambito di applicazione oggettivo delle disposizioni anticorruzione, con particolare attenzione riservata all'impresa multinazionale, ed in cui sono individuati con precisione alcuni esempi di pagamenti consentiti e, soprattutto, i tratti essenziali dei «*compliance programs*» che il DoJ ritiene efficaci⁽⁵⁶⁷⁾.

Inoltre, utili spunti per l'impresa multinazionale derivano proprio dagli accordi negoziali di risoluzione dei casi di corruzione internazionale, le cui clausole accettate dalle multinazionali sono oramai prese a modello dei requisiti essenziali per conformare i modelli di organizzazione, gestione e controllo della società al FCPA⁽⁵⁶⁸⁾.

2.6. Le richieste di interpello alla procura generale («*Opinions of Attorney General*»)

I paragrafi (e) ed (f) delle disposizioni anticorruzione previste dal FCPA rispettivamente in relazione agli «*issuers*» ed ai «*domestic concerns*», dispongono che tali soggetti possano rivolgere un formale «interpello» alla procura generale, in modo da ricevere un parere di conformità di una specifica condotta rispetto all'attuale politica di applicazione delle

⁵⁶⁶ V., sul punto, DOTY, *Toward a Reg. FCPA: A Modest Proposal for Change in Administering the Foreign Corrupt Practices Act*, 62 Bus. Law. 1233, 2007, p. 1238.

⁵⁶⁷ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition*, cit. *supra* nota 349, p. 1 ss.

⁵⁶⁸ V., sul punto, il caso *Metcalf&Eddy*, in U.S. v. *Metcalf& Eddy, Inc.*, No. 99-cv-12566ng (D. Mass. filed Dec. 14, 1999), (disponibile su: *usdoj.gov* – ultimo accesso: 7/10/2020), in cui l'adozione di «*compliance & ethics programs*» viene considerata un'azione essenziale per conformarsi al FCPA. Cfr., in argomento, DOTY, *Toward a Reg. FCPA: A Modest Proposal for Change in Administering the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 566, p. 1238.

disposizioni anticorruzione del FCPA, da parte del DoJ ⁽⁵⁶⁹⁾.

§ 78dd-1 – <i>Issuers</i>	§ 78dd-2 – <i>Domestic Concerns</i>	§ 78dd-3 – <i>Others</i>
(e) Opinions of Attorney General	(f) Opinions of Attorney General	---
<p>(1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by issuers concerning conformance of their conduct with the Department of Justice’s present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice’s present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a request by an issuer and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice’s present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weigh all relevant factors,</p>	<p>(1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by domestic concerns concerning conformance of their conduct with the Department of Justice’s present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice’s present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a request by a domestic concern and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice’s present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weigh all relevant factors,</p>	---

⁵⁶⁹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(e) per gli “*issuers*» 78dd-2(f) per i «*domestic concerns*». V., sul punto, JUNEJA, *Navigating the DOJ FCPA Opinion Procedure: Certainty for Business Facing Increased, Indeterminate Anti-Bribery Enforcement*, 34 J. Nat’l Ass’n Admin. L. Judiciary 283, 2014, p. 283; inoltre, v. anche il *Report “DoJ Regulations Establishing the FCPA Review Procedure”*, 19 I.L.M. 1021, 1980, p. 1021 ss.

<p>including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.</p> <p>(2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by an issuer under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5 and shall not, except with the consent of the issuer, be made publicly available, regardless of whether the Attorney General responds to such a request or the issuer withdraws such request before receiving a response.</p> <p>(3) Any issuer who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.</p> <p>(4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.</p>	<p>including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.</p> <p>(2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by a domestic concern under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5 and shall not, except with the consent of the domestic concern, be made publicly available, regardless of whether the Attorney General responds to such a request or the domestic concern withdraws such request before receiving a response.</p> <p>(3) Any domestic concern who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.</p> <p>(4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.</p>	
--	---	--

I soggetti diversi dalle società emittenti titoli e dalle persone fisiche e giuridiche americane sono comprensibilmente esclusi da tale possibilità, poiché non avendo un collegamento egualmente solido con gli Stati Uniti costituirebbe una misura irragionevole oberare l'ufficio con eventuali richieste provenienti da tali soggetti. Oltretutto, la norma prevede una risposta rapida, ossia entro 30 giorni dalla presentazione dell'interpello, anche se tale termine non decorre sino a che non vengono depositate tutte le informazioni necessarie alla presa in carico della richiesta. Infatti, l'esponente ha l'obbligo di fornire tutte le indicazioni ed i dettagli del caso, senza omissione alcuna, giacché in caso contrario ciò costituisce una base per consentire l'inizio di una azione penale avverso il richiedente ⁽⁵⁷⁰⁾.

La SEC non dispone di una procedura analoga. Tuttavia, l'autorità si conforma al parere rilasciato dal DoJ, per cui non persegue le operazioni che ne hanno ottenuto il parere positivo ⁽⁵⁷¹⁾.

Una volta rilasciato, il parere ha efficacia di presunzione *iuris tantum* e risulta vincolante per l'autorità e la parte richiedente, ma non ha efficacia generale, per cui non possono trarne beneficio soggetti che si trovano nella stessa condizione ma non hanno esperito la procedura prevista ⁽⁵⁷²⁾.

L'autorità adita ha, inoltre, il potere di richiedere informazioni ulteriori a quelle fornite, nonché di acquisire certificazioni e documenti di tutte le parti coinvolte nella transazione economica cui fa riferimento la richiesta di parere, pur mantenendo la segretezza su tali informazioni. La richiesta, infatti, non può essere generica o ipotetica, bensì può essere correttamente proposta, in termini di specificità del quesito, e complessivamente completa, in termini di informazioni allegate al quesito ⁽⁵⁷³⁾.

La richiesta di interpello non preclude iniziative del DoJ con riguardo

⁵⁷⁰ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, cit. *supra* nota 119, p. 27.

⁵⁷¹ *Ibid.*, pp. 26.

⁵⁷² *Ibid.*, pp. 26.

⁵⁷³ *Ibid.*, pp. 26-27.

all'attività in essere. Al contrario, l'autorità rimane libera di avviare ogni attività investigativa che ritiene necessaria ed appropriata parallelamente alla richiesta ⁽⁵⁷⁴⁾. Per tale motivo, evidentemente, l'istituto non ha trovato una piena applicazione ⁽⁵⁷⁵⁾.

Oltretutto, una volta rilasciato, il parere ha carattere vincolante per il richiedente, il quale non ha più margine di azione per effettuare l'operazione. È pur vero che la richiesta può essere ritirata in qualunque momento, prima dell'emanazione del parere, ma permane in capo all'autorità la facoltà di utilizzare le informazioni ricevute ⁽⁵⁷⁶⁾.

2.7. *Le sanzioni («Penalties»)*

Il testo del FCPA dispone i limiti delle sanzioni applicabili per le violazioni in esso contenute ⁽⁵⁷⁷⁾.

Precisamente, esso prevede sia di natura civile che di natura penale. Inoltre, le sanzioni di carattere penale sono costituite da sanzioni pecuniarie, per le persone fisiche e le persone giuridiche, ovvero detentive, per le persone fisiche. A norma della sezione in commento, la sanzione penale irrogabile alle persone giuridiche, per ciascuna violazione, può essere pari a 2 milioni di dollari. Ad essa può aggiungersi una sanzione civile di 10 mila dollari. Per le persone fisiche, invece, è prevista una sanzione penale fino a 100 mila dollari, ovvero la detenzione sino a 5 anni, od anche entrambe. In aggiunta, come per le persone giuridiche, è prevista la sanzione civile sino a 10 mila dollari.

Il testo, inoltre, espressamente prevede che le sanzioni pecuniarie irrogate alle persone fisiche non possono essere pagate dalle persone

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁷⁵ V., sul punto, DOTY, *Toward a Reg, FCPA: A Modest Proposal for Change in Administering the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 566, p. 1238.

⁵⁷⁶ V., sul punto, DEMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, cit. *supra* nota 119, p. 27.

⁵⁷⁷ V. 15 U.S.C. §§ 78ff(c) per gli «*issuers*». V. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(e) per gli «*others*».

giuridiche alle cui dipendenze operano tali persone fisiche.

§ 78ff – Penalties	§ 78dd-2 – Domestic Concerns	§ 78dd-3 – Others
<p data-bbox="279 499 609 577">(c) Violations by issuers, officers, directors, stockholders, employees, or agents of issuers</p> <p data-bbox="279 593 609 723">(1) (A) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 78dd–1 of this title shall be fined not more than \$2,000,000.</p> <p data-bbox="279 750 609 902">(B) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 78dd–1 of this title shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.</p> <p data-bbox="279 958 609 1189">(2) (A) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who willfully violates subsection (a) or (g) of section 78dd–1 of this title shall be fined not more than \$100,000, or imprisoned not more than 5 years, or both.</p> <p data-bbox="279 1216 609 1422">(B) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who violates subsection (a) or (g) of section 78dd–1 of this title shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.</p> <p data-bbox="279 1473 609 1630">(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of an issuer, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such issuer.</p>	<p data-bbox="632 499 962 526">(g) Penalties</p> <p data-bbox="632 593 962 745">(1) (A) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.</p> <p data-bbox="632 750 962 929">(B) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.</p> <p data-bbox="632 958 962 1216">(2) (A) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who willfully violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.</p> <p data-bbox="632 1216 962 1451">(B) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.</p> <p data-bbox="632 1473 962 1630">(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a domestic concern, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such domestic concern.</p>	<p data-bbox="987 499 1318 526">(e) Penalties</p> <p data-bbox="987 593 1318 723">(1) (A) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.</p> <p data-bbox="987 750 1318 902">(B) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.</p> <p data-bbox="987 958 1318 1111">(2) (A) Any natural person who willfully violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.</p> <p data-bbox="987 1216 1318 1346">(B) Any natural person who violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.</p> <p data-bbox="987 1473 1318 1630">(3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a person, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such person.</p>

Tali disposizioni non esauriscono il catalogo delle sanzioni applicabili. Difatti, le condotte corruttive vietate dal FCPA possono essere

sanzionate a norma dell'Alternative Fines Act ⁽⁵⁷⁸⁾. Ciò comporta che la sanzione concretamente irrogabile può risultare sino al doppio del profitto o del danno emergente dalla condotta illecita ⁽⁵⁷⁹⁾.

Il procedimento applicativo delle sanzioni è poi regolato da apposite «*Guidelines*» nelle quali si tiene conto della gravità del reato, del livello dell'offesa, del grado della colpevolezza ⁽⁵⁸⁰⁾. In tale processo, è dato rilievo

⁵⁷⁸ V. 18 U.S.C. § 3571. Sentence of fine, il quale così dispone:

«(a) In General.—

A defendant who has been found guilty of an offense may be sentenced to pay a fine.

(b) Fines for Individuals.—*Except as provided in subsection (e) of this section, an individual who has been found guilty of an offense may be fined not more than the greatest of—*

- (1) the amount specified in the law setting forth the offense;*
- (2) the applicable amount under subsection (d) of this section;*
- (3) for a felony, not more than \$250,000;*
- (4) for a misdemeanor resulting in death, not more than \$250,000;*
- (5) for a Class A misdemeanor that does not result in death, not more than \$100,000;*
- (6) for a Class B or C misdemeanor that does not result in death, not more than \$5,000; or*
- (7) for an infraction, not more than \$5,000.*

(c) Fines for Organizations.—*Except as provided in subsection (e) of this section, an organization that has been found guilty of an offense may be fined not more than the greatest of—*

- (1) the amount specified in the law setting forth the offense;*
- (2) the applicable amount under subsection (d) of this section;*
- (3) for a felony, not more than \$500,000;*
- (4) for a misdemeanor resulting in death, not more than \$500,000;*
- (5) for a Class A misdemeanor that does not result in death, not more than \$200,000;*
- (6) for a Class B or C misdemeanor that does not result in death, not more than \$10,000;*

and

- (7) for an infraction, not more than \$10,000.*

(d) Alternative Fine Based on Gain or Loss.—

If any person derives pecuniary gain from the offense, or if the offense results in pecuniary loss to a person other than the defendant, the defendant may be fined not more than the greater of twice the gross gain or twice the gross loss, unless imposition of a fine under this subsection would unduly complicate or prolong the sentencing process.

(e) Special Rule for Lower Fine Specified in Substantive Provision.—

If a law setting forth an offense specifies no fine or a fine that is lower than the fine otherwise applicable under this section and such law, by specific reference, exempts the offense from the applicability of the fine otherwise applicable under this section, the defendant may not be fined more than the amount specified in the law setting forth the offense».

⁵⁷⁹ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 53 in cui viene sottolineato tale aspetto.

⁵⁸⁰ V., sul punto, UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual* (2016), (disponibile su: ussc.gov – ultimo accesso 7/10/2020).

alla collaborazione ed all’assunzione di responsabilità, le quali possono effettivamente mitigare la sanzione che, altrimenti, può raggiungere valori enormi ⁽⁵⁸¹⁾.

La sanzione penale e la sanzione civile sono, inoltre, ulteriormente aggravate dalla restituzione del profitto. Infatti, alle «*finés*» si aggiunge il pagamento di una somma a titolo di «*disgorgement*», che può essere pari all’entità del profitto, nel caso della SEC, e raggiungere sino il doppio del valore del profitto, nel caso del DoJ ⁽⁵⁸²⁾.

2.8. Le definizioni e le nozioni («Definitions»)

I paragrafi (f), (h) ed (f) delle disposizioni anticorruzione previste dal FCPA rispettivamente in relazione agli «*issuers*», ai «*domestic concerns*» e agli «*others*» prevedono la definizione di alcune nozioni rilevanti per l’applicazione della norma penale ⁽⁵⁸³⁾.

§ 78dd-1 – Issuers	§ 78dd-2 – Domestic Concerns	§ 78dd-3 – Others
<p>(f) Definitions</p> <p>For purposes of this section:</p>	<p>(h) Definitions</p> <p>For purposes of this section:</p> <p>(1) The term “domestic concern” means—</p> <p>(A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and</p> <p>(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</p>	<p>(f) Definitions</p> <p>For purposes of this section:</p> <p>(1) The term “person”, when referring to an offender, means any natural person other than a national of the United States (as defined in 8 U.S.C. § 1101) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the law of a foreign nation or a political subdivision thereof.</p>

⁵⁸¹ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 56.

⁵⁸² *Ibid.* pp. 56-57.

⁵⁸³ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f) per gli «*issuers*», 78dd-2(h) per i «*domestic concerns*», 78dd-3(f) per gli «*others*».

<p>(1) (A) The term “foreign official” means 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. (B) For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means— (i) an organization that is designated by Executive order pursuant to section 288 of title 22; or (ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.</p> <p>(2) (A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if— (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur. (B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.</p> <p>(3) (A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in— (i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;</p>	<p>territory, possession, or commonwealth of the United States.</p> <p>(2) (A) The term “foreign official” means 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. (B) For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means— (i) an organization that is designated by Executive order pursuant to section 288 of title 22; or (ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.</p> <p>(3) (A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if— (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur. (B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.</p> <p>(4) (A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in— (i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;</p>	<p>(2) (A) The term “foreign official” means 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. (B) For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means— (i) an organization that is designated by Executive order pursuant to section 288 of title 22; or (ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.</p> <p>(3) (A) A person’s state of mind is knowing, with respect to conduct, a circumstance or a result if— (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur. (B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.</p> <p>(4) (A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in— (i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;</p>
---	---	---

<p>(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;</p> <p>(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;</p> <p>(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or</p> <p>(v) actions of a similar nature.</p> <p>(B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decisionmaking process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.</p>	<p>(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;</p> <p>(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;</p> <p>(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or</p> <p>(v) actions of a similar nature.</p> <p>(B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.</p> <p>(5) The term “interstate commerce” means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of—</p> <p>(A) a telephone or other interstate means of communication, or</p> <p>(B) any other interstate instrumentality.</p>	<p>(ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;</p> <p>(iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;</p> <p>(iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or</p> <p>(v) actions of a similar nature.</p> <p>(B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.</p> <p>(5) The term “interstate commerce” means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of—</p> <p>(A) a telephone or other interstate means of communication, or</p> <p>(B) any other interstate instrumentality.</p>
---	---	---

Il testo del FCPA può presentare difficoltà interpretative, rispetto ad alcuni requisiti della fattispecie. La sezione dell’atto normativo qui posta in evidenza contribuisce ad una sua più univoca interpretazione. Le definizioni, com’è evidente dal testo sopra riportato, concernono molteplici aspetti della fattispecie, a partire dalla nozione di pubblico ufficiale straniero, che costituisce uno degli aspetti senz’altro più controversi della disciplina statunitense, come si è sopra osservato ⁽⁵⁸⁴⁾.

Nel medesimo paragrafo, trovano una più completa definizione

⁵⁸⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 916.

ulteriori elementi della fattispecie, altrettanto essenziali per l'applicazione delle disposizioni anticorruzione, come il requisito della consapevolezza della destinazione delle somme erogate ad intermediari («*knowing*»), l'eccezione per i pagamenti relativi a compiti routinari («*routine governmental action*»), e persino la nozione di «*interstate commerce*»: aspetti, tutti, rilevanti di cui si è ampiamente parlato nei paragrafi precedenti, ed ai quali si rinvia.

In questa sede, vale la pena sottolineare come la presenza di definizioni, se da un lato contribuisce ad una più chiara cognizione dell'esatto contenuto della legge, e ne favorisce la sua interpretazione, dall'altro ne conferma i margini volutamente ampi, aspetto su cui la prassi applicativa del DoJ fonda la propria interpretazione estensiva.

2.9. Criteri alternativi di giurisdizione («*Alternative jurisdiction*»)

I paragrafi (g) ed (i) delle disposizioni anticorruzione previste dal FCPA rispettivamente in relazione agli «*issuers*» e ai «*domestic concerns*» prevedono criteri alternativi ed aggiuntivi che determinano la giurisdizione degli Stati Uniti d'America per i fatti di corruzione internazionale commessi da tali soggetti ⁽⁵⁸⁵⁾.

§ 78dd-1 – <i>Issuers</i>	§ 78dd-2 – <i>Domestic Concerns</i>	§ 78dd-3 – <i>Others</i>
<p>(g) Alternative jurisdiction</p> <p>(1) It shall also be unlawful for any issuer organized under the laws of the United States, or a State, territory, possession, or commonwealth of the United States or a political subdivision thereof and 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, or for any United States person that is an officer, director, employee, or agent of such issuer or a</p>	<p>(i) Alternative jurisdiction</p> <p>(1) It shall also be unlawful for any United States person to corruptly do any act outside the United States 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 any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of subsection (a), for the purposes set forth therein, irrespective of whether such United States person</p>	<p>---</p> <p>---</p>

⁵⁸⁵ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g) per gli «*issuers*» 78dd-2(i) per i «*domestic concerns*».

<p>stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to corruptly do any act outside the United States 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 any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of subsection (a) of this section for the purposes set forth therein, irrespective of whether such issuer or such officer, director, employee, agent, or stockholder makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.</p> <p>(2) As used in this subsection, the term "United States person" means a national of the United States (as defined in section 1101 of title 8) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.</p>	<p>makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.</p> <p>(2) As used in this subsection, the term "United States person" means a national of the United States (as defined in section 1101 of title 8) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.</p>	
---	--	--

Il contenuto e la portata di tali criteri alternativi sono stati ampiamente esaminati nei paragrafi precedenti. Essi, in sostanza, estendono la giurisdizione statunitense a fatti occorsi fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti e commessi mediante qualunque forma della condotta.

In questa sede, rinviando sul resto a quanto si è già sopra osservato, merita di essere sottolineata la portata universale del FCPA il quale, con i propri criteri di giurisdizione, ordinari e sussidiari, ambisce ad estendere globalmente l'applicazione delle proprie disposizioni anticorruzione. Si tratta di un punto essenziale della presente analisi, dal momento che la vocazione universale del FCPA rappresenta il fondamento su cui si costruisce e si realizza la supremazia del diritto anticorruzione statunitense, non solo nei confronti delle altre potenze mondiali, bensì in primo luogo sulle multinazionali straniere, chiamate ad adeguarsi alla disciplina di matrice

americana ⁽⁵⁸⁶⁾.

3. LE DISPOSIZIONI CONTRO L'ALTERAZIONE DELLE SCRITTURE CONTABILI: «BOOKS AND RECORDS AND INTERNAL CONTROLS PROVISIONS»

Il fenomeno corruttivo di matrice internazionale emerse, come si è visto, a partire dagli scandali dell'epoca *Watergate*, negli Stati Uniti, rivelando da subito la forte connessione con la sfera economica e commerciale dell'attività d'impresa. Tale correlazione fu alla base della presa di coscienza, all'interno del Congresso, che disposizioni anticorruzione non adeguatamente supportate da obblighi altrettanto stringenti in materia di regolare tenuta dei libri contabili potessero condurre a risultati insoddisfacenti in termini di effettività ⁽⁵⁸⁷⁾.

Si tratta di disposizioni effettivamente di ampia portata, la cui finalità è evidentemente quella di impedire la falsificazione della contabilità aziendale, la quale spesso può celare la perpetrazione di condotte corruttive ⁽⁵⁸⁸⁾. Non si tratta, però, di norme necessariamente correlate, dal momento che

⁵⁸⁶ V., sul punto, WILLBORN, , *Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA: A Call for International Prosecutorial Factors*, cit. *supra* nota 501, p. 452 in cui l'A. individua nella cooperazione internazionale un possibile argine all'applicazione extraterritoriale e sconfinata del FCPA.

⁵⁸⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 137 in cui l'A. osserva che sebbene le disposizioni in materia di corretta tenuta delle scritture contabili possano operare indipendentemente da schemi corruttivi, esse si prestano ad avere efficacia deterrente rispetto alla perpetrazione di fatti di corruzione internazionale. V., inoltre, sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 25 in cui gli AA. sottolineano come l'inserimento di disposizioni contro la falsificazione delle scritture contabili fu determinato dalle condotte osservate nell'epoca degli scandali degli anni '70 in cui fu notato che le multinazionali avevano celato nelle scritture contabili, ovvero mistificato, i pagamenti ai pubblici funzionari stranieri, così rendendo necessario un intervento di questa natura. V., altresì, DEMING, *FCPA Prosecutions: The Critical Role of the Accounting and Recordkeeping Provisions*, 2010 Bus. L. Today 1, 2010, p. 1 in cui l'A. osserva che le disposizioni in materia di regolare tenuta dei libri contabili – se possibile – giocano un ruolo più cruciale delle stesse disposizioni anticorruzione.

⁵⁸⁸ V., sul punto, SEC, “*Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*”, 1976 in *Sec. Reg. & L. Rep. (BNA)*, n. 353. V., inoltre, STUCKWISCH, ALEXANDER, *The FCPA's Internal Controls Provision: Is Oracle*

tali disposizioni non richiedono né la corruzione, né riproducono i limiti applicativi delle disposizioni «*anti-bribery*»⁽⁵⁸⁹⁾.

Tali disposizioni sono applicabili esclusivamente alle società emittenti titoli negoziati nel mercato americano, poiché sono espressamente dettate per gli «*issuers*»⁽⁵⁹⁰⁾. In capo ad esse, a norma della specifica sezione del FCPA, vige l'obbligo di:

- a) mantenere la contabilità in maniera ragionevolmente dettagliata, in modo che rifletta correttamente ed accuratamente le transazioni e le operazioni svolte;
- b) stabilire e mantenere sistemi di controllo interno della contabilità in modo da assicurare che:
 - a. le transazioni siano eseguite dietro autorizzazione o in conformità alle policy generali prestabilite;
 - b. le transazioni siano registrate in modo da permettere che le comunicazioni sociali previste rispettino i principi contabili generalmente accettati e da mantenere la responsabilità delle stesse;
 - c. l'accesso alle risorse sia consentito dietro autorizzazione o in conformità alle policy generali prestabilite;
 - d. i dati riportati nella contabilità siano periodicamente verificati nella realtà, ed in caso di divergenze siano intraprese le opportune contromisure.

Le violazioni delle disposizioni contro la falsificazione dei libri contabili comportano, di norma, la sottoposizione ad una azione civile da parte della SEC. Tuttavia, è bene sottolineare che entrambe le autorità (e

and Oracle for the Future of SEC Enforcement, 28 Crim. Just. 10, 2013, p. 10; HUTCHISON, *Materiality and Internal Accounting Controls under the Foreign Corrupt Practices Act*, 1980 Ariz. St. L.J. 931, 1980, p. 931; FELLER, *An Examination of the Accounting Provisions of the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 245, 1982, p. 245.

⁵⁸⁹ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 140.

⁵⁹⁰ V. 15 U.S.C. §§ 78m.

dunque anche il DoJ) hanno competenza in materia, per cui non di rado tali condotte vengono sanzionate con sanzioni penali per iniziativa del Dipartimento di giustizia. Peraltro, richiedendo un onere probatorio meno gravoso rispetto alle disposizioni anticorruzione, risultano spesso applicate dal DoJ laddove non sia agevole sostenere le imputazioni di corruzione internazionale ⁽⁵⁹¹⁾, ovvero manchi uno degli elementi che ne caratterizzano la fattispecie penale ⁽⁵⁹²⁾.

L'ambito di applicazione delle disposizioni contabili è effettivamente ampio ⁽⁵⁹³⁾. Infatti, la legge definisce la nozione di libri e scritture contabili sostanzialmente come «qualsiasi documento o informazione trascritta manualmente o automaticamente», così abbracciando qualsiasi informazione sull'attività societaria ⁽⁵⁹⁴⁾, ed inoltre prescinde del tutto dal requisito della «materialità» per le violazioni, con ciò approntando una tutela omnicomprensiva ⁽⁵⁹⁵⁾.

Per quanto ampia, essa tuttavia è stata giudicata sufficientemente specifica da superare la censura per vaghezza ⁽⁵⁹⁶⁾. Difatti, si è notato che il nucleo della disposizione chiarisce efficacemente le condotte, in concreto, vietate, le quali possono consistere:

⁵⁹¹ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 25.

⁵⁹² V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 45 in cui si osserva, per l'appunto, che quand'anche la condotta non sia commessa attraverso l'uso degli strumenti di comunicazione e commercio interstatali, la transazione potrà comunque essere rilevante a norma delle disposizioni in materia di corretta tenuta delle scritture contabili, proprio perché tali disposizioni non sono vincolate all'applicabilità delle disposizioni anticorruzione, né ai limiti ed i requisiti in esse contenute.

⁵⁹³ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 142. In argomento, v. anche PARKER, RAPP, NOEL, *Recent Developments under the Securities Laws*, 6 *Barrister* 27, 1979, p. 27 in cui gli AA., all'indomani della sua approvazione, affermano che il FCPA costituisce l'esempio più significativo di applicazione della legge federale agli affari delle società.

⁵⁹⁴ V. 15 U.S.C. §§ 78c(a)(37) in cui si prevede che «the term “records” means accounts, correspondence, memorandums, tapes, discs, papers, books, and other documents or transcribed information of any type, whether expressed in ordinary or machine language».

⁵⁹⁵ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 26

⁵⁹⁶ V., il caso *Jensen*, in *U.S. v. Jensen*, 532 F. Supp. 2d 1187 (N.D. Cal. 2008).

- a) nell'omettere del tutto di registrare una transazione;
- b) nell'omettere di registrare alcuni aspetti qualitativi della transazione, rivelatori della natura illecita od impropria della stessa;
- c) nell'alterare il contenuto della registrazione al fine di nascondere aspetti di illiceità ⁽⁵⁹⁷⁾.

Le transazioni interessate da queste condotte, in violazione del FCPA, riguardano, di norma:

- a) pagamenti di rilevanti importi destinati a pubblici funzionari stranieri di medio od alto livello gerarchico;
- b) pagamenti "facilitatori" di piccoli importi destinati a pubblici funzionari di basso livello gerarchico;
- c) bustarelle e tangenti;
- d) contributi politici;
- e) donazioni caritatevoli;
- f) attività di contrabbando;
- g) violazioni fiscali;
- h) violazioni doganali o valutarie;
- i) regali esosi ⁽⁵⁹⁸⁾.

È allora necessario che l'impresa multinazionale adotti dei sistemi di controllo interno particolarmente stringenti, in grado di prevenire, intercettare e disinnescare simili violazioni, e che includano:

- a) il soddisfacimento dei più elevati requisiti etici e di integrità;
- b) la valutazione completa dei rischi;
- c) il controllo sull'effettivo rispetto delle direttive (ad es. il regime delle approvazioni, delle autorizzazioni, della separazione dei compiti);

⁵⁹⁷ V., sul punto, CRUVER, *Complying With the Foreign Corrupt Practices Act: A Guide for U.S. Firms Doing Business in the International Marketplace*, ABA, 2a ed., 1999, p. 14.

⁵⁹⁸ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 26. In argomento, v. GIRAUDO, *Charitable Contributions and the FCPA: Schering-Plough and the Increasing Scope of SEC Enforcement*, 61 Bus. Law 135, 2005, p. 135.

- d) l'adeguatezza delle informazioni e delle comunicazioni necessarie allo scopo;
- e) il monitoraggio interno ⁽⁵⁹⁹⁾.

Va poi osservato che, invero, non esiste un unico modello di controlli interni sufficiente ed universalmente efficace, dal momento che esso può variare sensibilmente in ragione del tipo di attività svolta dalla società, ed inoltre esso non potrà – neppure nella versione più efficace – eliminare completamente il rischio che si verifichino violazioni ⁽⁶⁰⁰⁾. Piuttosto, i sistemi di controllo interno andranno strutturati allo scopo di ridurre sensibilmente il rischio di illeciti e parametrati proprio in ragione della natura dei prodotti o dei servizi offerti dalla società, dalle modalità con cui vengono proposti sul mercato, dalla tipologia della forza lavoro necessaria a produrli, dal tipo di attività (se si tratta, cioè, di attività regolamentata o meno), dal grado di interazione con soggetti pubblici, dall'entità di operazioni in paesi ad alto rischio di corruzione ⁽⁶⁰¹⁾.

La prassi applicativa ha evidenziato alcune costanti nelle modalità corruttive. In base ai casi già affrontati, perciò, è possibile individuare alcune voci di spesa sulle quali rivolgere particolare attenzione e, conseguentemente, di cui tenere conto nel processo di elaborazione dei sistemi di controllo interno. Precisamente, si tratta delle seguenti tipologie e voci di spesa:

- a) commissioni su *royalties*;
- b) compensi per consulenza;
- c) spese di vendita e di *marketing*;
- d) incentivi o studi scientifici;
- e) spese di viaggio o di intrattenimento;

⁵⁹⁹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p.

⁶⁰⁰ V., sul punto, KOEHLER, *Strategies for minimizing risk under the Foreign Corrupt Practices Act and Related Laws*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2018, p. 281.

⁶⁰¹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 47.

- f) riduzioni o sconti;
- g) compensi per servizi *post-vendita*;
- h) spese “varie”;
- i) piccoli prelievi in contanti;
- j) beni gratuiti;
- k) conti correnti cointestati tra società;
- l) pagamenti tra fornitore e venditore;
- m) cancellazione di crediti;
- n) pagamenti per sdoganamento ⁽⁶⁰²⁾.

Naturalmente, non si tratta di una lista esaustiva, né di per sé tali voci di spesa risultano automaticamente in violazioni del FCPA. Tuttavia, la loro non corretta contabilizzazione nei documenti societari può comportare l’applicazione delle pesanti sanzioni ivi previste, anche se non ne viene dimostrata la connessione funzionale con ipotesi corruttive. Se possibile, per tali violazioni, sono previste sanzioni ancora più severe. Difatti, il FCPA prevede la pena pecuniaria sino a 5 milioni di dollari e fino a 20 anni di prigione per le persone fisiche, e la pena pecuniaria sino a 25 milioni di dollari per le persone giuridiche, per ciascuna violazione ⁽⁶⁰³⁾.

Va osservato che la responsabilità dell’impresa multinazionale si estende anche alle condotte delle società controllate o partecipate, sulle quali la capogruppo ha l’obbligo di esercitare ogni attività necessaria per garantire il rispetto delle predette disposizioni, dal momento che una violazione delle stesse incide sul bilancio consolidato, e dunque sulle comunicazioni sociali della stessa ⁽⁶⁰⁴⁾.

⁶⁰² V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 27.

⁶⁰³ V. 15 U.S.C. §§ 78ff (a).

⁶⁰⁴ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 50. Tale obbligo ha cagionato, di recente, la responsabilità di *Eni* nella vicenda algerina, risolta dalla Corte d’Appello di Milano, come si è visto, con una assoluzione, ed invece dalla SEC con l’applicazione di una sanzione di oltre 20 milioni di dollari. V., sul punto,

Inoltre, il quadro complessivo è ulteriormente aggravato dalle obbligazioni derivanti dall'approvazione, nel 2002, del *Sarbanes-Oxely Act* (SOX) che impone ai vertici societari di sottoscrivere periodiche delle certificazioni attestanti l'autenticità e completezza dei dati riportati nella documentazione societaria, l'idoneità dei sistemi di controllo interni e la comunicazione agli organi competenti di ogni eventuale *défaillance* rinvenuta negli stessi ⁽⁶⁰⁵⁾; dalle disposizioni in materia di cospirazione, applicabili anche a tali condotte ⁽⁶⁰⁶⁾; ed ancora, in materia di falso ⁽⁶⁰⁷⁾, di riciclaggio ⁽⁶⁰⁸⁾, frode postale ⁽⁶⁰⁹⁾ o telefonica ⁽⁶¹⁰⁾; insomma un complesso di disposizioni federali che consentono alla sezione frodi del DoJ di sanzionare pesantemente tali condotte ⁽⁶¹¹⁾.

La particolare efficacia delle disposizioni in materia contabile costituisce una delle principali ragioni di successo del modello anticorruzione statunitense, come dimostreranno i numeri indicati nel seguente paragrafo. In questa sede, vi è ancora spazio per un'ultima osservazione, da cui potranno essere tratte alcune considerazioni di ordine generale: la maggior parte delle sanzioni inflitte per violazioni contabili non tra origine da autonome investigazioni dell'autorità competente, bensì dalla

Order, SEC v. ENI S.p.A., cit. *supra* nota 174. In generale, sull'imputazione della responsabilità alla capogruppo, v. *ex multis* SIDORKINA, *Establishing Corporate Parent Liability for FCPA Violations*, 14 U.C. Davis Bus. L.J. 89, 2013, p. 89 ss.; BONELLI, *Responsabilità ex D.Lgs. 231/2001: quando la società controllante risponde della corruzione commessa da una controllata*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 143; SCAROINA, *Corruzione e responsabilità del gruppo d'impresa*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 71.

⁶⁰⁵ V. 15 U.S.C. § 7201 ss.

⁶⁰⁶ V. 18 U.S.C. § 371.

⁶⁰⁷ V. 18 U.S.C. § 1001.

⁶⁰⁸ V. 18 U.S.C. §§ 1956, 1957.

⁶⁰⁹ V. 18 U.S.C. § 1341.

⁶¹⁰ V. 18 U.S.C. § 1343.

⁶¹¹ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 31; CLARKE, BRAUDE, *More Sticky Strands in the FCPA Web: Tax Rules and Financial Reporting May Drive Disclosure*, 42 Int'l Law. 1095, 2008, p. 1095.

disclosure volontaria dell'impresa multinazionale ⁽⁶¹²⁾.

Ciò dimostra, oltre ogni dubbio, la peculiare capacità del sistema approntato dal FCPA di indurre le imprese multinazionali ad aderire alla collaborazione con le autorità competenti, DoJ e SEC, prima ancora di essere formalmente accusate dei misfatti perpetrati. È, tra le altre, la cifra dell'efficienza del modello statunitense, che oramai costituisce un vero e proprio riferimento di portata globale, come si vedrà nel seguente paragrafo.

4. L'EFFICIENZA DEL MODELLO AMERICANO

Il FCPA rappresenta lo strumento normativo contemporaneo più efficace contro la corruzione internazionale delle imprese multinazionali: dall'approvazione ad oggi, difatti, la sua applicazione ha conosciuto un incremento esponenziale, che non accenna a diminuire, facendone perciò il modello probabilmente più efficiente per combattere la corruzione internazionale, e dal quale occorre ripartire non solo per superare la logica del *legal transplant* dai modelli convenzionali, ma soprattutto per adattarvi le politiche aziendali in tema di *compliance* ⁽⁶¹³⁾.

Sul punto, basti osservare che – oggi giorno – il numero dei casi che coinvolgono mediamente imprese multinazionali, in un solo anno, è equiparabile al numero di casi analoghi registrati nei primi dieci anni dall'approvazione. Si tratta di un cambiamento radicale nel grado e nel livello di *enforcement* dello strumento legislativo statunitense, tanto che – di recente

⁶¹² V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 167.

⁶¹³ V., sul punto, UROFSKY, MOON, RIMM, *How Should We Measure the Effectiveness of the Foreign Corrupt Practices Act: Don't Break What Isn't Broken - The Fallacies of Reform*, 73 Ohio St. L.J. 1145, 2012, p. 1145 ss. in cui gli AA. si mostrano critici sull'argomento. V., in senso contrario, ASHCROFT, RATCLIFFE, *The Recent and Unusual Evolution of an Expanding FCPA*, 26 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 25, 2012, p. 38 in cui gli AA. sostengono che una vigorosa applicazione globale del FCPA possa incidere in modo determinante sulla riduzione della corruzione internazionale. In argomento, inoltre, v. PARK, *Keep your Eye on the Bribe: Focusing FCPA Enforcement*, 9 J.L. Econ. & Pol'y 305 2013, p. 305; KOEHLER, *A Common Language to Remedy Distorted Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Statistics*, 68 Rutgers U.L. Rev. 553, 2016, p. 553.

– si è parlato di «*Nuova Era*» del FCPA ⁽⁶¹⁴⁾.

I fattori che hanno contribuito ad accrescere, nel tempo, l'applicazione del FCPA sono numerosi. Difatti, dagli anni '70 ad oggi, il contesto economico globale è radicalmente mutato: le transazioni commerciali internazionali hanno registrato un incremento esponenziale, così moltiplicando le potenziali occasioni di corruzione, e le società aventi titoli negoziati nel mercato americano («*issuers*») sono cresciute numericamente, con ciò espandendosi l'ambito di applicazione soggettivo ⁽⁶¹⁵⁾.

Sono diverse anche le *policy* delle agenzie federali. DoJ ed SEC, in origine, raccolti gli elementi di prova, avevano due sole opzioni: procedere con una incriminazione o desistere. L'impiego dei metodi di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale ha letteralmente «rivoluzionato» la prassi applicativa del FCPA. Inoltre, l'attenzione delle agenzie si è concentrata progressivamente alle sole condotte delle imprese multinazionali. Se, all'indomani dell'approvazione, il 90% delle investigazioni nei confronti di società si svolgeva parallelamente ad investigazioni nei confronti dei dipendenti della stessa società, coinvolti nella corruzione, nella «nuova era» del FCPA le percentuali si sono pressoché invertite, dal momento che il 70% delle investigazioni si concentrano oramai esclusivamente sulla «*corporate liability*», senza coinvolgere le persone fisiche ⁽⁶¹⁶⁾.

Persino la legge non è identica a quella licenziata originariamente dal Congresso. Nel 1988 sono intervenute modifiche in tema di responsabilità per le condotte degli intermediari, in tema di eccezioni alla rilevanza penale ed alla perseguibilità di alcuni pagamenti (ossia, i pagamenti facilitanti per pratiche di *routine*, la liceità secondo la legge locale e le spese ragionevoli eseguite in buona fede, di cui si è detto), incidendo anche sulla nozione di pubblico ufficiale straniero ⁽⁶¹⁷⁾. Dieci anni dopo, nel 1998, ulteriori

⁶¹⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 31; *ID.*, *A Snapshot of the Foreign Corrupt Practices Act*, 14 Santa Clara J. Int'l L. 143, 2016, p. 143.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 37.

⁶¹⁶ *Ibid.* pp. 37-38.

⁶¹⁷ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c) e (f) per gli «*issuers*», 78dd-2(c) e (h) per i «*domestic*

modifiche normative hanno esteso l'ambito di applicazione soggettivo della legge a persone fisiche e giuridiche straniere, per le condotte commesse in territorio statunitense, ed ampliato la giurisdizione al fine di ricomprendervi le condotte commesse all'estero da parte delle persone fisiche e giuridiche americane ⁽⁶¹⁸⁾.

Inoltre, nel tempo, è mutato l'apparato sanzionatorio. Infatti, a partire dal 1990, la SEC ha ricevuto il potere di irrogare sanzioni pecuniarie civili su numerose violazioni, incluse quelle menzionate nel FCPA ⁽⁶¹⁹⁾. Nel 2006, l'approvazione dell'*Alternative Fines Act* ha consentito di parametrare le sanzioni non più ai limiti previsti dal FCPA, bensì al doppio del profitto tratto dalla corruzione ⁽⁶²⁰⁾. Infine, a partire dalla seconda metà degli anni 2000, le agenzie federali hanno fatto crescente ricorso all'istituto del «*disgorgement*» che costituisce esso stesso una pena ⁽⁶²¹⁾.

A ciò, senz'altro, si aggiunge la presa di coscienza del fallimento del *legal transplant* internazionale che, come si è visto, ha raggiunto risultati modesti ed insoddisfacenti, sia sul piano del recepimento formale delle previsioni normative, che sul piano sostanziale, ossia della loro concreta applicazione ⁽⁶²²⁾.

L'aspetto senz'altro più rilevante, ai fini della presente indagine, è che la maggioranza delle azioni intraprese dal DoJ e dalla SEC si rivolgono alle imprese multinazionali straniere. Da ciò, precisamente, discende l'esigenza di rivolgere lo sguardo al modello statunitense, non soltanto in una prospettiva *de iure condendo*, quanto piuttosto – potrebbe dirsi – in una

concerns».

⁶¹⁸ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-3(a); 78dd-1(g); 78dd-2(i).

⁶¹⁹ V., sul punto, Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act del 1990, Pub. L. 101-429 (Oct. 15, 1990)

⁶²⁰ V. 18 U.S.C. § 3571

⁶²¹ V. il caso *Kokesh*, in U.S. S.Ct. *Kokesh v. SEC* – 137 S. Ct. 1635 (2017) sulla natura sanzionatoria del «*disgorgement*». V., sul punto, anche TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 57; KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 981.

⁶²² V., sul punto, il Report elaborato dal WGB dell'Ocse intitolato “2018 Enforcement of the Anti-Bribery Convention. Investigation, proceedings, and sanctions”, cit. *supra* nota 336, p. 3 ss.

prospettiva *de iure condito*, dal momento che tale disciplina «straniera» trova applicazione nei confronti delle multinazionali di qualunque paese, compresa l'Italia, comportando perciò l'esigenza di confrontarsi con tale disciplina sia per le società, sia per i paesi stranieri. È su questo peculiare aspetto che si concentrerà il paragrafo seguente.

4.1. *La scure degli Stati Uniti sulle multinazionali straniere*

L'osservatorio dell'Università di Stanford ha determinato in circa due terzi i casi di applicazione del FCPA riguardanti persone fisiche e giuridiche statunitensi, mentre solo un terzo si rivolge a soggetti stranieri ⁽⁶²³⁾.

Tuttavia, focalizzando l'attenzione sui casi più rilevanti, in termini di entità della sanzione irrogata, riguardanti le imprese multinazionali, le proporzioni convergono verso conclusioni opposte, come può scorgersi chiaramente dalla tabella riportata di seguito ⁽⁶²⁴⁾.

Tabella 17. – *Top 25: DoJ & SEC FCPA corporate enforcement actions.*

	<i>Società</i>	<i>Anno</i>	<i>Paese</i>	<i>Settore</i>	<i>Strumento</i>	<i>Sanzioni</i>
1	Odebrecht	2016	Brasile	Oil & Gas	GPA/SEC	3.558
2	Airbus	2020	Francia	Trasport	DPA	2.092
3	Petrobras	2018	Brasile	Oil & Gas	NPA/SEC	1.786

⁶²³ V. *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020), in cui si stima che il 36 % delle azioni a norma del FCPA riguarda «foreign defendants», mentre il restante 64% concerne «domestic defendants».

⁶²⁴ I dati inseriti nella tabella sono disponibili sui siti del DoJ (justice.gov – ultimo accesso: 9/10/2020) e della SEC (sec.gov – ultimo accesso: 9/10/2020). V., sul punto, BREWSTER, *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*, 103 Va. L. Rev. 1611, 2017, p. 1611 ss.; CLARKE, *Not so Fast - Although Anti-Corruption Laws at Home are in Disarray, UK Companies Can't Avoid the Long Arm of US Foreign Corruption Law*, 26 Int'l Fin. L. Rev. 42, 2007, p. 42; VOLLEBREGT, *Extraterritorial Reach of the FCPA: Recommendations for U.S. Medical Device Companies with Activities in Europe*, 65 Food & Drug L.J. 347, 2010, p. 347.

4	Société Générale	2018	Francia	Banking & Finance	DPA/GPA/CFTC	1.335
5	Ericsson	2018	Svezia	Telecomm.	DPA/GPA/SEC	1.060
6	Telya	2017	Svezia	Telecomm.	DPA/GPA/SEC	1.005
7	Mobile Telesystem	2019	Russia	Telecomm.	DPA/SEC	850
8	Rolls-Royce	2016	U.K.	Power System	DPA	800
9	Siemens	2008	Germania	Technology	GPA/SEC	800
10	VimpelCom/Unitel	2016	Paesi Bassi	Telecomm.	DPA/GPA/SEC	795
11	Alstom	2014	Francia	Trasport	GPA	772
12	KBR	2009	U.S.A.	Engineering	GPA/SEC	579
13	Teva	2016	Israele	Pharma	DPA/SEC	519
14	Keppel	2017	Singapore	Shipyards	DPA/GPA	422
15	Och-Ziff Capital	2016	U.S.A.	Banking & Finance	DPA/GPA/SEC	412
16	BAE System	2010	U.K.	Defense	GPA	400
17	Total	2013	Francia	Oil & Gas	DPA/SEC	397
18	Alcoa	2014	U.S.A.	Metals	GPA/SEC	384
19	ENI/Snamprogetti	2010	Italia	Oil & Gas	DPA/SEC	365
20	Novartis/Alcon	2020	Svizzera	Pharma	DPA/SEC	345
21	Technip	2010	Francia	Oil & Gas	DPA/SEC	338
22	TechnipFMC	2019	U.S.A.	Oil & Gas	NPA/GPA/SEC	296
23	Walmart	2019	U.S.A.	Retail	NPA/GPA/SEC	281
24	Panasonic	2018	Giappone	Technology	DPA/SEC	280
25	JP Morgan Asia	2016	Hong Kong	Banking & Finance	NPA/SEC/FRSB	264
Totale						20.135

(dati in mln di \$)

NPA = Non-Prosecution Agreement

DPA = Deferred Prosecution Agreement

GPA = Guilty Plea Agreement
SEC = Securities and Exchange Commission Settlement
CFTC = Commodity Futures Trading Commission Settlement
FRSB = Federal Reserve System's Board of Governors Settlement

La tabella rivela, indubbiamente, la particolare attenzione delle agenzie federali statunitensi verso le multinazionali straniere ⁽⁶²⁵⁾. Infatti, appena il 20% dei principali casi di corruzione internazionale, sanzionati a norma del FCPA, ha riguardato un'impresa multinazionale statunitense (solo 5 su 25), e nessuna di queste figura nella *Top 10* delle sanzioni più esose inflitte. Anzi, complessivamente considerate, le sanzioni pecuniarie inflitte alle predette multinazionali statunitensi rappresentano meno del 10% del totale (1,952 miliardi su 20,135 miliardi di dollari).

Tale discrepanza può avere due differenti spiegazioni. La prima ipotesi è che le agenzie federali statunitensi prendano di mira principalmente le multinazionali straniere e che il FCPA si presti ad essere utilizzato come arma commerciale. La seconda, non necessariamente alternativa alla prima, è che le multinazionali straniere abbiano scarsa dimestichezza con la legge anticorruzione americana e dei rischi che dalla stessa derivano, perciò non si dotino di modelli organizzativi e procedure interne efficienti in termini di *compliance*, secondo gli *standard* della prassi applicativa del FCPA, e quindi finiscano nelle maglie dell'apparato sanzionatorio statunitense ⁽⁶²⁶⁾.

Entrambe le possibili spiegazioni conducono, comunque, alla medesima conclusione, la quale impone di considerare il FCPA come un testo di legge di portata universale, con il quale multinazionali e paesi stranieri debbono confrontarsi.

⁶²⁵ V., sul punto, JUEDES, *Taming the FCPA Overreach through an Adequate Procedures Defense*, 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 37, 2013, p. 37 in cui l'A. osserva che i rischi derivanti dal FCPA coinvolgono anzitutto le multinazionali americane su cui grava il compito di adottare adeguate procedure per evitare di competere, nel mercato internazionale, con la «nuvola» del FCPA sulla testa.

⁶²⁶ V., sul punto, GARAPON, SERVAN-SCHREIBER, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Presses Universitaires de France, 2013, p. 190 in cui gli AA. sottolineano la genialità statunitense di fare «politica» usando lo strumento del diritto. Nello stesso senso, v. LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 87.

4.2. *Indici di una applicazione universale*

L'applicazione extraterritoriale e la consistenza del numero e delle sanzioni inflitte alle multinazionali straniere non sono gli unici indici da cui desumere l'idoneità del FCPA ad avere portata universale ⁽⁶²⁷⁾.

I dati raccolti dall'Osservatorio dell'Università di Stanford, infatti, come vedremo, evidenziano un *trend* inequivocabile, che pone in evidenza l'inarrestabile ascesa del FCPA. Si tratta di indici quantitativi e qualitativi che complessivamente confermano la funzione di inquisitore globale dell'apparato investigativo e sanzionatorio americano.

4.2.1. *Gli indici quantitativi*

4.2.1.1. *Il crescente numero di casi risolti da DoJ e SEC*

Il primo elemento rivelatore dell'efficienza del sistema statunitense, nel contrasto alla corruzione internazionale, è costituito dal numero di investigazioni avviate e di sanzioni irrogate. I dati raccolti dall'Università di Stanford tracciano, sotto questo profilo, un *trend* univoco da cui risulta una concreta capacità del FCPA di intercettare condotte di corruzione internazionale di qualunque soggetto verso qualunque paese ⁽⁶²⁸⁾.

Particolarmente illuminante, in proposito, è constatare un vertiginoso incremento di casi a partire dal 2007, anno in cui si registrano 43 procedimenti aperti da DoJ e SEC, contro i 14 dell'anno precedente: il triplo. Si tratta di un vero e proprio spartiacque: nei tredici anni successivi, le autorità americane concluderanno oltre 700 casi, con una media di oltre 50

⁶²⁷ V., sul punto, BUCHHEIT, REISNER, *Why has the FCPA Prospered*, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. 263, 1998, p. 267 in cui gli AA. osservano che il FCPA non ha solamente cambiato il modo di condurre gli affari per le imprese multinazionali statunitensi, bensì ha imposto da subito tale modello anche alle società straniere.

⁶²⁸ V., sul punto, i dati in materia di “*DOJ and SEC Enforcement Actions per Year*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

casi all'anno, metà dei quali riguardano persone giuridiche (352 su 705 casi). Mentre nei circa trent'anni precedenti, si registrano complessivamente meno di 200 casi, vale a dire meno di 7 casi per anno, con una netta prevalenza per le persone fisiche (119 su 193 casi).

La crescita, perciò, è duplice. Difatti, ai fini della presente indagine, va sottolineato che, a partire dalla seconda metà degli anni Duemila, il FCPA si dimostra uno strumento sanzionatorio particolarmente efficace in ragione dell'aumento dei casi affrontati dalle agenzie statunitensi, in termini assoluti, nonché dell'incremento, in termini relativi, dei casi che coinvolgono persone giuridiche. Nel tempo, l'accresciuta capacità di intercettare e sanzionare le condotte di corruzione internazionale, ed in particolare quelle commesse dalle imprese multinazionali, attribuisce agli Stati Uniti una evidente posizione di *leadership* nel contrasto al fenomeno, e contestualmente il FCPA assume le sembianze di una legge universale.

4.2.1.2. La crescente entità delle sanzioni

Il secondo elemento rivelatore dell'efficienza del sistema statunitense può essere rinvenuto nella crescente entità delle sanzioni irrogate ⁽⁶²⁹⁾.

Sotto questo profilo, l'adozione dell'*Alternative Fines Act*, nel 2006, costituisce il fattore senz'altro determinante. Infatti, come si è già accennato, la legge approvata nella seconda metà degli anni Duemila ha consentito di sganciare le sanzioni per violazioni del FCPA dai limiti edittali previsti nello stesso testo legislativo, parametrando invece sull'entità del profitto.

Ciò ha comportato un severo inasprimento delle sanzioni pecuniarie inflitte alle imprese multinazionali accusate di cospirazione e corruzione internazionale. Difatti, analizzando i dati raccolti dall'Università di Stanford, si può constatare che la sanzione media applicata alle multinazionali,

⁶²⁹ V., sul punto, STEVENSON, WAGONER, *FCPA Sanctions: Too Big to Debar*, 80 *Fordham L. Rev.* 775, 2011, p. 775 ss., in cui gli AA. osservano che per quanto pesanti ed afflittive risultino le sanzioni, esse sembrano non essere in grado di avere funzione deterrente. In argomento, v. anche HINCHEY, *Punishing the Penitent: Disproportionate Fines in Recent FCPA Enforcements and Suggested Improvements*, 40 *Pub. Cont. L.J.* 393, 2011, p. 393 ss.; KOEHLER, *The FCPA's Record-Breaking Year*, cit. *supra* nota 564, p. 91 ss.

dall'approvazione del FCPA sino al 2006, non eccedeva i 4 milioni di dollari, contro una media attuale di 116 milioni di dollari ⁽⁶³⁰⁾.

Il dato è ancor più evidente analizzando i volumi assoluti. Difatti, prima dell'adozione dell'*Alternative Fines Act*, le violazioni del FCPA avevano prodotto un ammontare di sanzioni pecuniarie di circa 265 milioni di dollari complessivi. Dal 2007 ad oggi, le sanzioni irrogate dalle agenzie federali americane hanno superato complessivamente i 23 miliardi di dollari ⁽⁶³¹⁾.

Un marcato incremento si è registrato anche in relazione alle persone fisiche sanzionate con pene pecuniarie. Difatti, in termini assoluti, si è passati da un importo complessivo di 11 milioni di dollari, prima del 2007, a sanzioni per oltre 1,4 miliardi di dollari, dopo il 2007. Tale incremento, invero, risulta sensibilmente condizionato dal caso *Andrade*, un ex membro del Tesoro venezuelano, condannato a dieci anni di prigione ed oltre 1 miliardo di dollari di pena pecuniaria ⁽⁶³²⁾. Tuttavia, al netto della straordinarietà del caso, in circa dieci anni, dal 2007 al 2016, il valore complessivo delle sanzioni irrogate a persone fisiche eccedeva i 320 milioni di dollari, ossia quasi trenta volta la cifra raccolta nei primi trent'anni di applicazione del FCPA.

Lo stesso può dirsi per i valori medi. La sanzione pecuniaria irrogata prima del 2007 si attestava intorno ai 35 mila dollari. A partire dal 2007, e senza tenere conto del caso *Andrade*, la cifra media eccede i 650 mila dollari.

L'entità delle sanzioni irrogate, a partire dall'adozione dell'*Alternative Fines Act*, nel 2006, fanno del FCPA uno strumento particolarmente severo e dalla indiscussa capacità repressiva delle condotte di corruzione internazionale.

⁶³⁰ V., sul punto, i dati in materia di “*Total and Average Sanctions Imposed on Entity Groups per Year*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² V. il caso *Andrade*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Alejandro Andrade Cedeno, No. 17-cr-80242-RLR (S.D.C. Dec. 12, 2017), (disponibile su: justice.gov – ultimo accesso: 8/10/2020).

4.2.1.3. *La crescente imposizione di obblighi di compliance*

L'incremento numerico dei casi e delle sanzioni irrogate non esaurisce l'elenco degli indici quantitativi, sintomatici della vocazione universale del FCPA. Un ulteriore dato, infatti, risulta particolarmente rilevante, e concerne l'aumento delle richieste, da parte del DoJ alle imprese multinazionali sanzionate, di adottare o implementare le procedure interne di controllo al fine di prevenire il perpetrarsi di nuove ipotesi di corruzione internazionale.

Precisamente, si è osservato che, prima del 2007, le richieste in materia di *compliance* riguardavano meno del 30% dei casi (14 su 47). Successivamente a tale data, invece, la percentuale dei casi che prevedono per le multinazionali l'assunzione di obblighi in materia di *compliance* supera il 68% (136 casi su 198)⁽⁶³³⁾.

Tale incremento ha una duplice rilevanza, ossia in termini di capacità sanzionatoria ed anche di capacità preventiva. Difatti, tale dato, in primo luogo, attesta una maggiore capacità delle agenzie federali statunitensi, e dunque dello strumento legislativo oggetto dell'indagine, di imporre non solo sanzioni pecuniarie elevatissime, ma anche obblighi ulteriori volti a prevenire la reiterazione del reato sanzionato, con ciò disvelando una apprezzabile efficacia delle fattispecie. Ma ciò che forse è più interessante, ai fini della presente indagine, è rilevare che la crescente incidenza degli obblighi di *compliance* tende ad escludere che il FCPA risulti in grado unicamente di sanzionare casi ipotetici di corruzione internazionale, mostrando invece una (quantomeno astratta) capacità di incidere nella prevenzione di tali condotte, sia nell'ambito della società sanzionata, chiamata perciò ad adottare nuovi e più efficienti modelli e procedure di controllo, sia da parte della comunità degli operatori economici, i quali guardando agli obblighi imposti alla società «*target*» possono rinvenire spunti di miglioramento dei propri protocolli, così da prevenire i comportamenti illeciti e le conseguenti sanzioni a norma del FCPA.

⁶³³ V., sul punto, i dati in materia di “*Compliance Obligations*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

4.2.1.4. Il crescente coinvolgimento di intermediari

L'ultimo elemento di ordine quantitativo sintomatico della capacità del FCPA di intercettare fatti di corruzione internazionale, nelle molteplici forme in cui si manifestano, concerne l'incremento dei casi in cui è coinvolto un intermediario.

I dati raccolti, difatti, dimostrano che, in media, nella seconda fase di applicazione del FCPA, le agenzie federali hanno intercettato più vicende in cui le tangenti erano veicolate attraverso terzi intermediari, come agenti, società di comodo e consulenti. Precisamente, prima del 2007 la percentuale di casi che vedevano il coinvolgimento di «*third parties*» si attestava intorno al 79% (49 su 62 casi). Successivamente, invece, la percentuale supera il 92% (217 su 234 casi) ⁽⁶³⁴⁾.

In proposito, va osservato che – mentre l'incremento del numero assoluto di procedimenti e l'aumento dell'entità delle sanzioni irrogate possono essere in parte attribuiti ad un attivismo di DoJ ed SEC che risponde ad una prospettiva utilitaristica, ed in parte al cambiamento delle cornici sanzionatorie – dati come l'incremento degli obblighi di *compliance* e dei casi che coinvolgono intermediari risultano, invece, strettamente rappresentativi della particolare capacità del FCPA di intercettare e prevenire le ipotesi più rilevanti e sofisticate di corruzione internazionale, disvelando perciò l'idoneità dello strumento a prescindere dalle *policy* federali.

4.2.2. Gli indici qualitativi

4.2.2.1. L'estensione geografica dei tentacoli del FCPA

Il FCPA, lo si è sopra dimostrato, è suscettibile di avere applicazione extraterritoriale. Invero, esso risulta avere una propensione a catturare, nella

⁶³⁴ V., sul punto, i dati in materia di “*Third-Party Intermediaries Disclosed in FCPA-Related Enforcement Actions*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

propria rete, non solo «soggetti» stranieri, soprattutto società multinazionali estere, ma anche «fatti» di corruzione internazionale ovunque geolocalizzati (635).

Trattandosi di uno strumento legislativo che punisce la corruzione internazionale, e dunque la corruzione di un funzionario estero, non può stupire, ovviamente, che le sanzioni irrogate a norma del FCPA concernano funzionari di ogni parte del mondo. Ciò che merita considerazione in questa sede non è, conseguentemente, che i casi registrati interessino fatti e funzionari di diversi paesi, quanto piuttosto che nessuna area geografica del pianeta risulti impenetrabile (636).

I dati raccolti, infatti, riguardano pagamenti illeciti che coinvolgono indistintamente vaste zone dell’Africa, dell’Asia, del Nord e del Sud America, e – naturalmente – l’intera Europa (637).

Ciò dimostra inequivocabilmente l’estensione geografica dei tentacoli del FCPA, che risultano in grado di captare e sanzionare la corruzione internazionale ovunque si verifichi.

⁶³⁵ V., sul punto, WALLENSTEIN, *Bandits at the Well: FCPA Implications of Extortion at Well Sites in Mexico*, 6 Tex. J. Oil Gas & Energy L. 1, 2010, p. 1 ss.; WARIN, DIAMANT, PFENNING, *FCPA compliance in China and the gifts and hospitality challenge*, 5 Va. L. & Bus. Rev. 33, 2010, p. 34 ss.; GORMAN, *Panel on China and the FCPA Emerging Trends in FCPA Enforcement*, 37 Fordham Int'l L.J. 1193, 2014, p. 1193 ss.; WANG, *Valuable Nepotism: The FCPA and Hiring Risks in China*, 49 Colum. J.L. & Soc. Probs. 459, 2016, p. 459 ss.; LEE, SLEAR, *Unique Problems With FCPA Compliance In the People's Republic of China*, 16 Bus. L. Today 15, 2007, p. 15 ss.; CLARKE, NYE, *Beware the Brown Envelope*, 29 Int'l Fin. L. Rev. 54, 2011, p. 54 ss.; SUSE, *Questionable Payments in the Middle East: Potential Liability of American Corporations*, 4 J. Comp. Corp. L. & Sec. Reg. 101, 1982, p. 101 ss.

⁶³⁶ V., sul punto, MCLEAN, *Cross-National Patterns in FCPA Enforcement*, 121 Yale L. J. 1970, 2012, p. 1982 in cui l’A. sostiene che le autorità statunitensi selezionino con cura gli Stati verso cui dirigere la propria scure, giacché tendono a non pregiudicare i rapporti diplomatici con quei paesi con i quali condividono interessi politici ed economici. In proposito, conseguentemente, non ci si può esimere dal rilevare che, stando ai dati raccolti dall’Università di Stanford la maggior parte delle condotte corruttive riguarda proprio la Cina, un paese le cui relazioni diplomatiche ed economiche con gli Stati Uniti sono, come noto, particolarmente altalenanti. V., sul punto, i dati in materia di “*Location of Misconduct Alleged in FCPA-Related Enforcement Actions (by Country)*”, raccolti da *Stanford Law School’s Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁶³⁷ V., sul punto, i dati in materia di “*Location of improper payments 2011-2020*”, raccolti da *Stanford Law School’s Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

4.2.2.2. *L'estensione multidisciplinare: i settori colpiti*

La corruzione internazionale può interessare la maggior parte delle attività e dei settori economici, indipendentemente dal grado di regolamentazione degli stessi. Non sembra, infatti, potersi concludere che vi siano settori «immuni» alla corruzione: dal più lontano al più strettamente correlato, gli atti e l'esercizio dei poteri dei pubblici funzionari possono avere una rilevanza determinante nell'economia e nelle transazioni economiche internazionali.

Conseguentemente, un aspetto rilevante su cui porre l'attenzione per determinare se uno strumento legislativo combatte efficacemente la corruzione, è verificare se ciò avviene in modo trasversale a tutti i settori dell'economia e dell'industria.

A tale quesito, i dati raccolti dall'Università di Stanford sembrano fornire risposta affermativa. Infatti, dalla sua approvazione ad oggi, il FCPA ha sanzionato violazioni nei più disparati ambiti, dalla fornitura di beni industriali o di consumo, alla fornitura di servizi; nei settori petrolchimico, farmaceutico, tecnologico, aerospaziale, dei trasporti, finanziario ed altri ⁽⁶³⁸⁾.

⁶³⁸ V., sul punto, i dati in materia di “*Industry Classifications of FCPA Matters*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020). Tali dati, in particolare, dimostrano che il settore più colpito è quello dell'industria petrolchimica che, tra l'altro, coinvolge paesi evidentemente meno convinti della necessità di debellare il fenomeno corruttivo. Sul punto v. JONKERS, *Recent Trends in FCPA Enforcement*, 4 *Env'tl. & Energy L. & Pol'y J.* 297, 2009, p. 304 in cui l'A. osserva che sinché tali paesi non emuleranno il modello statunitense la corruzione in tale settore non accennerà a diminuire. In merito, tuttavia, va osservato che “se Maometto non va alla montagna...”. Difatti, quand'anche non si possa contare sul contributo dei paesi di pertinenza del pubblico agente, lo scopo precipuo della disciplina statunitense non consta della mera repressione. Alla dimensione sanzionatoria, per l'appunto, come si è più volte detto, si associa la prospettiva di migliorare la capacità delle imprese multinazionali di prevenire, individuare e fermare le prassi corruttive perpetrate nelle transazioni economiche internazionali, aderendo a nuovi e più virtuosi modelli di etica nella conduzione degli affari. In argomento, v. PERNAZZA, *Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 1, 2012, p. 153.

Con specifico riguardo al settore petrolchimico, v. WHITE, *Oil Corruption, and the Department of Justice: FCPA Enforcement and the Energy Industry*, 10 *Tex. J. Oil Gas & Energy L.* 181, 2014, p. 181 ss. In merito, invece, al settore dei giochi, v. GRUSMAN, *Gaming Corporations Gamble with the FCPA*, 6 *UNLV Gaming L.J.* 117, 2015, p. 117 ss. Per il settore *pharma*, v. JESSEE, *Pay to Prescribe: A Case for Strengthened Enforcement of the FCPA in the Global Pharmaceutical Industry in 2017 and beyond*, 16 *Rich. J. Global L. & Bus.* 81, 2017, p. 81 ss.; FOX, *Health Care Under the FCPA: Lessons Learned and Going Forward*, 1-2 *J. Health C. Comp.* 27, 2018, p. 27 ss.;

La trasversalità dimostrata da questi dati conferma che il FCPA non solo è in grado di intercettare fatti di corruzione internazionale di ogni parte del globo, ma altresì in ogni settore dell'economia, senza esclusione.

4.2.2.3. Transazioni economiche vs. operazioni societarie

L'applicazione di sanzioni all'impresa multinazionale, per fatti di corruzione internazionale, può incidere non solo sul conto economico della società, bensì ne può ostacolare lo sviluppo dimensionale, impedendo – ad esempio – le operazioni societarie di M&A. Per altro verso, invece, l'inefficienza del sistema sanzionatorio può vedere lo strumento legislativo soccombere rispetto alla sofisticazione delle predette operazioni, consentendo alla società di rimanere indenne da ripercussioni per tali misfatti.

Anche in questo caso, qualche spunto di riflessione perviene dai dati raccolti dall'Università di Stanford, dai quali si nota che oltre il 50% delle operazioni di M&A (21 su 41 casi) ha comportato l'applicazione di sanzioni alla società risultante dall'operazione societaria ⁽⁶³⁹⁾.

Invero, tale dato non è sufficiente a rispondere compiutamente al primo quesito, poiché dapprima occorrerebbe indagare il numero delle operazioni societarie naufragate o non avviate in concomitanza con l'avvio od in pendenza di un procedimento per violazione del FCPA, ed in secondo luogo determinare se i due eventi sono correlati da un rapporto di causalità ovvero di casualità.

I dati raccolti risultano, invece, più significativi alla luce del secondo quesito. Difatti, la circostanza che oltre la metà dei casi indagati abbia

KOEHLER, *A Malady in Search of a Cure - The Increase in FCPA Enforcement Actions against Health-Care Companies*, 38 U. Mem. L. Rev. 261, 2008, p. 261 ss. In merito ai servizi finanziari, v. SOKENU, *Financial Institutions Face Increased Scrutiny Under the FCPA*, in 30 J. Tax Reg. Fin. Inst. 5, 2017, p. 5.

⁶³⁹ V., sul punto, i dati in materia di “*Corporate Actions Initiated per Year Involving M&A and Successor Liability*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

comportato l'applicazione di una sanzione alla multinazionale risultante dall'operazione societaria consente di formulare due osservazioni. Anzitutto, essa è sufficiente ad escludere che il FCPA risulti inefficace rispetto ad operazioni di M&A. In secondo luogo, evidenzia un aspetto ancor più rilevante ai fini della presente indagine, e cioè manifesta un rischio concreto di cui tenere conto nelle attività di «due diligence», dal momento che le sanzioni a norma del FCPA sopravvivono alle operazioni di M&A e si impongono al soggetto giuridico risultante.

Ciò conduce ad una ulteriore conclusione, in base alla quale il mancato adeguamento al FCPA delle procedure e dei sistemi di controllo interni, per l'impresa multinazionale non costituisce solo un limite pericoloso nei confronti dell'autorità statunitense, bensì impatta significativamente sulle prospettive di sviluppo della società, dal momento che esse inevitabilmente passano attraverso le operazioni di M&A.

4.2.2.4. La pluralità delle forme corruttive

L'ultimo indice qualitativo che può contribuire a determinare la portata universale del FCPA è costituito dalla capacità dello strumento legislativo statunitense di captare le varie forme attraverso cui trova manifestazione la condotta illecita.

In questo contesto, assume un ruolo decisamente preponderante la corresponsione di denaro. Secondo i dati raccolti dall'Università di Stanford, oltre il 90% dei casi di corruzione internazionale, sanzionati a norma del FCPA, ha riguardato pagamento illeciti eseguiti a funzionari stranieri ⁽⁶⁴⁰⁾.

Tale dato non sorprende. Persino nell'immaginario comune, la corruzione è universalmente associata alla «bustarella». Nel caso della corruzione internazionale, tuttavia, si registra la corresponsione di somme di denaro davvero ingenti, nell'ordine di centinaia di milioni di dollari, per cui l'immagine della «bustarella» risulta piuttosto lontana dalla concretezza del

⁶⁴⁰ V., sul punto, i dati in materia di “*Types of Bribes Alleged in FCPA-Related Enforcement Actions*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

fenomeno. Eppure, al netto delle considerazioni sui volumi delle tangenti, le dinamiche sottese sembrano essere le medesime, e spiegano l'entità dei pagamenti illeciti in ragione del valore del profitto della corruzione.

La corruzione internazionale può assumere forme alternative alla corresponsione di somme di denaro. Conseguentemente, sembra essere questo il campo in cui misurare concretamente l'idoneità di uno strumento normativo ad intercettare i fatti illeciti di corruzione nelle più disparate manifestazioni.

In proposito, assumono rilevanza numerose voci di spesa. Come si è sopra osservato, ad esempio, costi di viaggio o di alloggio, spese concernenti attività di intrattenimento o la ristorazione, regali lussuosi e di tecnologia, possono costituire una violazione del FCPA. Sotto questo profilo, a norma della legge statunitense – sebbene, come si è visto, essa tenda ad escludere la «*petty corruption*» – qualunque voce di costo può celare una condotta illecita, e quindi comportare la responsabilità dell'impresa multinazionale.

4.2.3. Il FCPA: una legge trasversale ed universale

Gli indici quantitativi e qualitativi sopra menzionati descrivono il FCPA come uno strumento legislativo che, alla prova dei fatti, si dimostra trasversale.

Esso colpisce efficacemente e severamente le condotte di corruzione internazionale, impone alle imprese multinazionali sanzionate di rivedere i propri protocolli interni per evitare la reiterazione, e non si lascia sfuggire triangolazioni o sofisticazioni come l'impiego di intermediari nelle condotte illecite. Inoltre, non sembra avere limiti territoriali, dal momento che intercetta fatti di corruzione che coinvolgono funzionari di tutti i continenti, né argini settoriali, dal momento che interessa imprese multinazionali che operano in diversi ambiti dell'economia. Infine, non sembra ostacolare l'attività delle società, bensì appare orientato a correggerne l'etica nella conduzione degli affari, evitando (e, se del caso sanzionando) qualunque forma impropria di condizionamento delle logiche di mercato.

Nella sua trasversalità, soggettiva ed oggettiva, quantitativa e qualitativa, il FCPA sembra fondare le ragioni del proprio livello di *enforcement*, assumendo i tratti di una legge suscettibile di influenzare i

comportamenti delle società multinazionali e di provocare l'adeguamento dei paesi stranieri, e dunque assume i tratti di uno strumento non confinato ai confini territoriali degli Stati Uniti, bensì a vocazione universale.

4.3. *L'approccio totalizzante delle autorità competenti ed il doppio binario sanzionatorio: azioni civili, penali e amministrative*

Le violazioni del FCPA possono essere di duplice natura: come si è visto, il testo statunitense vieta la corruzione internazionale e la falsificazione delle scritture contabili ⁽⁶⁴¹⁾.

Il compito di perseguire entrambe le violazioni è assegnato a due diverse autorità, il DoJ e la SEC ⁽⁶⁴²⁾. Tuttavia, le funzioni delle due agenzie risultano solo in parte coincidenti, sebbene esse agiscano spesso in sintonia e lavorino in costante collaborazione. Inoltre, differente risulta la natura dell'azione che ciascuna può intraprendere, in relazione a tali violazioni: se di natura civile o penale, od anche amministrativa. Infine, divergono anche i soggetti sulle cui condotte esse risultano avere competenza ⁽⁶⁴³⁾.

Le competenze e le funzioni delle due autorità sono riassunte nella tabella seguente.

⁶⁴¹ V. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) per gli «issuers», 78dd-2(a) per i «domestic concerns», 78dd-3(a) per gli «others», per le disposizioni in tema di corruzione internazionale. V., inoltre, 15 U.S.C. §§ 78m per le disposizioni in tema di corretta tenuta delle scritture contabili.

⁶⁴² V., sul punto, CASINO, MABERRY, *FCPA, Due Process, and Jurisdictional Overreach by the DOJ and SEC*, American Bar Association Criminal Litigation E-Newsletter, 12 giugno 2013, 2013, p. 1; GRINDLER, BENNETT, *True Cooperation: DOJ's Reshaped Conversation and Its Consequences*, 30 *Crim. Just.* 32, 2015, p. 32; SWEENEY, *The SEC Interpretive and Enforcement Program under the FCPA*, 9 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 273, 1982, p. 273; SHINE, *Enforcement of the FCPA by the Department of Justice*, 9 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 283, 1982, p. 283; CARNEY, ESSER, *The Expanding Consequences of an FCPA Violation*, 2 *J. Payment Sys. L.* 360, 2006, p. 360.

In tema di «private enforcement», v. MARK, *Private FCPA Enforcement*, 49 *Am. Bus. L. J.* 419, 2012, p. 447.

⁶⁴³ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 75.

Tabella 18. – *DoJ e SEC: competenze e funzioni.*

<i>Autorità</i>	<i>Tipo di azione per violazione FCPA</i>					
	<i>Anti-bribery provisions</i>			<i>Books & Records provisions</i>		
DoJ	Penale / Civile			Penale / Civile		
	<i>issuers</i>	<i>concerns</i>	<i>others</i>	<i>issuers</i>	<i>concerns</i>	<i>others</i>
SEC	Civile / Amministrativa			Civile / Amministrativa		
	<i>issuers</i>			<i>issuers</i>		

Precisamente, il DoJ può perseguire le violazioni del FCPA sia con un'azione penale, che con una azione civile. Diversamente, la SEC non può intraprendere un'azione di natura penale, potendo invece azionare la violazione in sede civile o amministrativa ⁽⁶⁴⁴⁾.

L'azione civile, in genere, conduce all'applicazione di sanzioni meno severe. Ciò spiega il motivo per cui, pur essendo possibile, raramente il DoJ esclude l'azione penale. Va però osservato che i regimi di prova risultano del tutto differenti: nell'azione penale, infatti, occorre dimostrare «l'aldilà di ogni ragionevole dubbio», mentre nell'ambito civile è sufficiente «la preponderanza della prova», ragion per cui la scelta dell'azione da intraprendere può effettivamente dipendere dalla solidità degli elementi raccolti dall'autorità ⁽⁶⁴⁵⁾.

Tale aspetto può risultare rilevante anche riguardo alla violazione contestata. Difatti, mentre le disposizioni anticorruzione risultano piuttosto specifiche e ricche di dettagli da dimostrare, quand'anche sufficientemente ampie a reprimere efficacemente il fenomeno, le disposizioni in materia di scritture contabili, alla prova dei fatti, impongono un onere probatorio meno gravoso, per cui risultano di più facile applicazione, ed oltretutto conducono

⁶⁴⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 942.

⁶⁴⁵ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 82.

a sanzioni astrattamente persino più severe ⁽⁶⁴⁶⁾.

L'onere probatorio, invero, risulta diverso a seconda che siano sanzionate mediante un'azione civile ovvero un'azione penale. In questo secondo caso, infatti, occorre dimostrare che la violazione sia intenzionale. Non è necessario che l'agente abbia contezza della disposizione violata, ma occorre senz'altro provare che abbia intenzionalmente omesso di annotare correttamente, o del tutto, l'operazione. Nell'ambito di un'azione civile, invece, tale requisito risulta assente e l'attribuzione della responsabilità ha praticamente carattere oggettivo, per cui – in questo ambito – la SEC ha gioco facile ad ottenere la sottoscrizione di un accordo con la società indagata ⁽⁶⁴⁷⁾.

La scelta tra azione civile e ingiunzione amministrativa è poi, essa stessa, oggetto di negoziazione tra le parti in causa ⁽⁶⁴⁸⁾. Difatti, in genere, l'azione civile viene percepita come maggiormente pregiudizievole da parte della società che ha commesso la violazione. Tuttavia, se la gravità della violazione impone l'applicazione di una sanzione, la SEC non aveva altra scelta che agire in sede civile, ciò almeno sino al 2010 ⁽⁶⁴⁹⁾.

La prassi applicativa del FCPA ha mostrato che oltre un terzo delle iniziative delle due autorità è strettamente correlato. Infatti, DoJ e SEC interloquiscono, si scambiano informazioni, ed in ultimo raggiungono accordi paralleli con la medesima società «*target*» alla quale impongono sanzioni pecuniarie ⁽⁶⁵⁰⁾. In relazione ai casi più rappresentativi, sopra

⁶⁴⁶ V., sul punto, DEMING, *The potent and broad-ranging implications of the Accounting and record-keeping provisions of the Foreign Corrupt Practices Act*, 96 J. Crim. L. & Criminology 465, 2006, p. 493.

⁶⁴⁷ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 82.

⁶⁴⁸ V., sul punto, ATKINS, BONDI, *Evaluating the mission: a critical review of the history and evolution of the SEC enforcement program*, 13 Fordam J. Corp. & Fin. L. 367, 2008, p. 372 in cui gli AA. osservano che la SEC ha la possibilità di scegliere la sede in cui azionare la violazione delle disposizioni FCPA.

⁶⁴⁹ V., sul punto, HARNISHCH, COLTON, *When the SEC comes knocking*, 15 ABA Sec. Bus. L. 1, 2005, p. 1; KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 992.

⁶⁵⁰ V., sul punto, i dati in materia di “*Related Enforcement Actions per Year*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

menzionati, la percentuale di azioni combinate risulta elevatissima, ed è superiore al 75% (in 19 casi su 25, infatti, la società ha sottoscritto un accordo sia con la DoJ che con la SEC).

Il principio del «*double jeopardy*», per come interpretato dalla Corte Suprema, non osta tuttavia a tale pratica. Infatti, sebbene esso abbia radici profonde nella cultura giuridica americana, esso si applica esclusivamente alle sanzioni punitive di carattere penale. La Corte Suprema, invero, non ha escluso che una sanzione *di fatto* penale possa precluderne l'applicazione di una successiva, tuttavia occorre escludere che la prima sia espressamente qualificata come sanzione civile dalla legge, e che la stessa non risulti eccessivamente sproporzionata da trascendere la natura civile, od amministrativa, pervenendo ad una sostanziale natura penale ⁽⁶⁵¹⁾.

Pur nella molteplicità delle forme di contestazione, ciò che non differisce è l'epilogo: difatti, la quasi totalità delle violazioni del FCPA si chiude con un accordo, a seguito di una negoziazione che evita l'instaurarsi di un procedimento, nell'interesse comune delle parti. Da un lato, infatti, l'agenzia evita le obiezioni sulla base giuridica della contestazione. Dall'altro, e cioè vale specialmente per l'impresa multinazionale, si evitano ripercussioni negative, di carattere patrimoniale e reputazionali ⁽⁶⁵²⁾. L'ipotesi giudiziale, perciò, in questo ambito, risulta eccezionalmente rara, mentre – come dimostrano i dati raccolti dal WGB dell'Ocse – di norma è l'accordo a costituire il punto di arrivo ⁽⁶⁵³⁾.

⁶⁵¹ V., sul punto, Hudson v. United States, 522 U.S. 93 (1997). V., inoltre, YAMAMOTO, *Reassessing International Cooperation between Securities Regulators in View of the International Double Jeopardy Principle*, 65 Wayne L. Rev. 325, 2020, p. 339 in cui l'A. ricostruisce l'evoluzione del principio di «*double jeopardy*» negli Stati Uniti, pervenendo alla conclusione che esso non può applicarsi quale limite alla conclusione di accordi correlati di DoJ ed SEC. V., in argomento, anche DAVIS, *International Double Jeopardy: US. Prosecutions and the Developing Law in Europe*, 31 Am. U. Int'l L. Rev. 57, 2016, p. 64; VAN ALSTINE, *Treaty Double Jeopardy: The OECD anti-Bribery Convention and the FCPA*, 73 Ohio St. L.J. 1321, 2012, p. 1321.

⁶⁵² V., sul punto, KIM, *Public Perceptions of Corporate Criminal Sanctions: An Empirical Study of the Reputational Impact of Corporate Criminal Misconduct*, 29 S. Cal. Interdisc. L.J. 457, 2020, p. 467.

⁶⁵³ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 932. V., inoltre, sul punto il *Report* elaborato dal WGB dell'Ocse intitolato “*2018 Enforcement of the Anti-Bribery Convention. Investigation, proceedings, and sanctions*”, cit. *supra* nota 336, p. 3 ss.

Conseguentemente, l'analisi dei metodi di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale costituirà l'oggetto di indagine del paragrafo successivo. Ciò, non solo per ragioni di completezza, ossia perché in tali accordi approda l'applicazione delle disposizioni del FCPA, ma piuttosto per la centralità della giustizia negoziata nelle ragioni di successo del modello statunitense. Come si è più volte accennato, se gli Stati Uniti risultano il paese le cui disposizioni anticorruzione registrano il più elevato livello di *enforcement*, la ragione non risiede unicamente nella costruzione di fattispecie sostanziali appropriate ed efficaci. A ciò, infatti, come si vedrà, si accompagna un sistema processuale di risoluzione dei casi, del tutto originale per la prospettiva italiana, che impatta positivamente sulla emersione, sulla repressione e sulla prevenzione della corruzione internazionale ⁽⁶⁵⁴⁾.

5. I METODI DI RISOLUZIONE NEGOZIALE DELLE ACCUSE DI CORRUZIONE INTERNAZIONALE

Le indagini eseguite dal DoJ e dalla SEC raramente finiscono in un nulla di fatto. Si stima che oltre l'80% delle investigazioni conducano alla formulazione di ipotesi di violazione delle norme del FCPA ⁽⁶⁵⁵⁾. Tuttavia, l'instaurazione di procedimenti giurisdizionali, specialmente nei confronti di imprese multinazionali, è piuttosto rara, emergendo invece una netta preferenza per metodi alternativi di risoluzione dei casi di corruzione internazionale, tanto per le agenzie federali, quanto per le società oggetto di indagine ⁽⁶⁵⁶⁾.

Per avere una percezione della netta prevalenza, quasi totalizzante,

⁶⁵⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 169.

⁶⁵⁵ V., sul punto, i dati in materia di “*Types of Investigation Resolutions*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁶⁵⁶ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 932 in cui l'A., nel 2010, osservava come negli ultimi 20 anni nessuna iniziativa avviata dal DoJ e dalla SEC aveva comportato l'instaurazione di un procedimento giudiziario, risolvendosi invece con un accordo.

dell'epilogo negoziale, basti osservare che le 406 azioni penali e civili, sino ad ora intraprese, per violazione del FCPA, avviate dal DoJ, hanno portato alla sottoscrizione di 438 accordi. Nel caso della SEC, per le 246 azioni civili ed amministrative, per violazione del FCPA, gli accordi sottoscritti sono stati 298 ⁽⁶⁵⁷⁾. Conseguentemente, è di immediata percezione che ogni procedimento avviato abbia prodotto almeno un accordo, mentre risultino estremamente rari i casi in cui un'impresa multinazionale abbia scelto di contestare le accuse rivoltegli da DoJ ed SEC.

Un approfondimento sull'impatto del sistema della giustizia negoziata nella complessiva azione di contrasto alla corruzione internazionale risulta obbligato, ed è su tale argomento che si focalizzeranno i paragrafi successivi dell'elaborato.

5.1. La centralità degli accordi nella individuazione, repressione e prevenzione della corruzione internazionale

La centralità del sistema negoziale di risoluzione dei casi di corruzione internazionale, tra le ragioni di successo del modello statunitense, poggia su tre pilastri, ossia la capacità degli accordi di intercettare, di sanzionare e di prevenire la commissione delle violazioni del FCPA.

Sul punto, anzitutto, va osservato che l'esistenza di fattispecie incriminatrici ben strutturate non risulta di per sé sufficiente a garantire l'effettività dell'azione di contrasto al fenomeno. Infatti, un ruolo cruciale assume la sfera applicativa delle figure di reato, ossia le norme ed i sistemi processuali a norma dei quali esse trovano concreta applicazione.

Nel contesto italiano – lo si è visto – già i limiti interni alla fattispecie penale ne fanno una disposizione largamente inadeguata, contribuendo in modo determinante alla disfunzione generale del sistema repressivo. Nel

⁶⁵⁷ V., sul punto, i dati in materia di “*DOJ and SEC Enforcement Actions per Year*”, in materia di “*Types of DOJ Resolutions*” e in materia di “*Types of SEC Resolutions*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

contesto statunitense, invece, ad una figura criminosa già più congeniale si accompagnano altresì strumenti alternativi al processo che contribuiscono in maniera positiva al funzionamento generale del sistema penale.

Tali strumenti giocano un ruolo fondamentale a partire dall'emersione del fenomeno corruttivo di matrice internazionale.

Difatti, si è osservato che la scoperta delle violazioni FCPA, in larga parte, non proviene dall'attività di indagine del DoJ e della SEC. Al contrario, essa deriva anzitutto dal fenomeno della «*disclosure*» che, volontariamente, le imprese multinazionali effettuano nei confronti delle due agenzie ⁽⁶⁵⁸⁾.

Si è notato, poi, che tale fenomeno è causato proprio dal sistema degli accordi. La prospettiva di accedere ad un accordo che contempli sanzioni economiche sensibilmente ridotte ed eviti alla società un procedimento e poi una pronuncia di colpevolezza gioca un ruolo determinante: l'impresa multinazionale, in questo modo, è fortemente incentivata a disvelare i misfatti commessi ed a ravvedersi prontamente, e la tempestività con cui accede alla collaborazione è considerata positivamente dalle autorità ai fini del trattamento delle violazioni ⁽⁶⁵⁹⁾.

In secondo luogo, dopo aver ottenuto l'accordo, l'impresa multinazionale continua ad essere una fonte conoscitiva di possibili violazioni FCPA. Difatti, negli accordi – come si vedrà di seguito – è, di norma, inserito uno specifico obbligo per il contraente di informare le autorità statunitensi di ogni violazione FCPA di cui sia venuto a conoscenza. La violazione di tale obbligo è idonea ad invalidare l'accordo, per cui la società non può che attenersi alla clausola sottoscritta. Essa, inoltre, incentiva le imprese ad accusare soprattutto gli operatori concorrenti, così allargando enormemente il bacino di informazioni cui accede l'autorità inquirente ⁽⁶⁶⁰⁾.

Perciò, si tratta di un sistema che si auto alimenta, poiché la «*voluntary disclosure*», che è funzionale alla conseguente sottoscrizione di un buon accordo, risulta essere la soluzione preferibile per l'impresa

⁶⁵⁸ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 170.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 174.

multinazionale che “scopre” di aver commesso una violazione del FCPA. Ma, una volta sottoscritto, è l'accordo stesso a causare la «disclosure» di altre imprese multinazionali le quali hanno ragione di ritenere che la società sanzionata potrebbe rivelare fatti potenzialmente incriminanti.

La capacità del FCPA di sanzionare i fatti di corruzione internazionale è stata ampiamente illustrata. Perciò, appare superfluo, in questa sede, soffermarsi ulteriormente su tale aspetto. Merita, tuttavia, di essere sottolineato che il sistema degli accordi contribuisce in modo determinante all'irrogazione di sanzioni adeguate e proporzionate all'entità del profitto. Anzitutto, assicura l'applicazione della sanzione: elevatissima, peraltro, anche beneficiando dei meccanismi premiali. Esso, inoltre, impedisce l'arricchimento illecito, giacché le autorità fanno oramai ricorso all'istituto del «disgorgement» con sempre maggiore frequenza ⁽⁶⁶¹⁾.

Infine, va osservato che la condizione imprescindibile per addivenire alla sottoscrizione di un accordo, tanto con il DoJ, quanto con la SEC, è l'impegno formale che l'impresa multinazionale assume nell'adeguare i propri sistemi interni di *compliance* in modo da impedire la reiterazione del reato e, in alcuni casi, l'adesione ai programmi di «*monitoring*» che comportano un costante esame dell'attività e dei progressi della società nell'adempiere alle obbligazioni sottoscritte con gli accordi, da parte di speciali ispettori a ciò deputati, che riferiscono all'autorità oltre che alla società ⁽⁶⁶²⁾.

⁶⁶¹ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 53 in cui gli AA. ricostruiscono il complessivo sistema sanzionatorio, fatto di sanzioni pecuniarie penali, civili e – soprattutto – di un corposo ricorso al «disgorgement» che incide notevolmente sull'entità degli impegni monetari che l'impresa multinazionale assume con la sottoscrizione degli accordi.

⁶⁶² V., sul punto, DOTY, *Toward a Reg. FCPA: A Modest Proposal for Change in Administering the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 566, p. 1244, in cui l'A. si sofferma sui costi economici e sulla gravosa consistenza della presenza di «monitors» in azienda, prevista in alcuni accordi siglati dall'autorità statunitense. In argomento, V., inoltre, KOEHLER, *Foreign Corrupt Practices Act Enforcement and Related Developments*, 89 *Miss. L.J.* 227, 2020, p. 306 in cui l'A. è particolarmente critico verso tale nuova prassi che caratterizza oltre il 40% degli accordi e che appare per lo più simbolica, e assai poco efficace, specie in relazione alla dimensione dell'impresa multinazionale, per cui diviene essenzialmente impossibile verificarne l'attività complessiva, se non attraverso le idonee procedure interne di controllo che – dunque – rendono del tutto superflua la presenza di «monitors». V., anche, WARIN, DIAMANT, ROOT, *Somebody's Watching Me: FCPA Monitorships and How They Can Work Better*, 13 *U. Pa. J. Bus. L.* 321, 2011,

In proposito, difatti, va ulteriormente sottolineato che l'adozione di sistemi interni di controllo costituisce il cuore della giustizia negoziata. Non v'è dubbio che, a primo impatto, a catalizzare l'attenzione sia l'entità delle sanzioni pecuniarie accettate dalle imprese multinazionali che vi aderiscono. Tuttavia, a ben vedere, è nella funzione preventiva e general-preventiva che tali accordi si differenziano da qualunque altro sistema. Essi, per l'appunto, non consentono unicamente l'emersione del fenomeno, secondo logiche premiali. Non permettono unicamente la stigmatizzazione del fenomeno, attraverso l'irrogazione di sanzioni elevatissime. Al contrario, tali accordi esplicano il proprio compito preponderante nell'incentivare l'impresa sanzionata ad adottare nuovi «*compliance programs*» più efficienti nella prevenzione di future condotte corruttive, accompagnandola in questo percorso e verificandone i progressi sino al raggiungimento degli scopi ⁽⁶⁶³⁾.

p. 321 ss.

⁶⁶³ V., in generale, sul tema della *compliance*, ex multis ARMOUR, GARRETT, GORDON, MIN, *Board Compliance*, 104 Minn. L. Rev. 1191, 2020, p. 1191 ss.; BEST, *The Foreign Corrupt Practices Act: a compliance approach*, Nat. Leg. Center for the Public Int., 1996 p. 1 ss.; BESWICK, *Corporate Compliance with the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 301, 1982, p. 301 ss.; BIEGELMAN, M. T., BIEGELMAN, D. R., *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: protecting your organization from bribery and corruption*, Wiley, 2010, p. 1 ss.; BINKOVITZ, *Recent Changes in U.S. and U.K. Overseas Anti-Corruption Enforcement under the FCPA and the U.K. Bribery Law: Private Equity Compliance*, 3 Mich. J. Private Equity & Venture Cap. L. 75, 2013, p. 75 ss.; CARPENTER, *Avoid an Investigation: Automate FCPA Compliance*, 29 Crim. Just. 37, 2015, p. 37 ss.; CASSIN, *The Best Offense Is a Good Defense: How the Adoption of An FCPA Compliance Defense Could Decrease Foreign Bribery*, 36 Hous. J. Int'l L. 19, 2014, p. 19 ss.; FINDER, MCCONNELL, MITCHELL, *Betting the corporation: compliance or defiance? Compliance Programs in the context of Deferred and Non-Prosecution Agreements – Corporate pre-trial agreement update – 2008*, *Corporate Counsel Rev.*, South Tex. Coll. L., Vol. XXVIII, No. 1, 2009, p. 9 ss.; GOELZER, *Designing an FCPA Compliance Program: Minimizing the Risks of Improper Foreign Payments*, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. 282, 1998, p. 282 ss.; ISAAK, *FCPA Compliance - Navigating the Minefield of Intermediaries*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 22, 2008, p. 22 ss.; KOEHLER, Mike, *Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense*, 2012 Wis. L. Rev. 609, 2012, p. 609 ss.; *Id.*, *The Unique FCPA Compliance Challenges of Doing Business in China*, 25 Wis. Int'l L.J. 397, 2007, p. 397 ss.; LEE, SLEAR, *Unique Problems With FCPA Compliance In the People's Republic of China*, cit. *supra* nota 635, p. 15 ss.; LEVENSON, *Corporate compliance and the FCPA*, *Glasser LegalWork*, 1997, p. 1 ss.; LIVSHIZ, *Choosing between Saw and Scalpel: FCPA Reform and the Compliance Defense*, 47 Colum. J.L. & Soc. Probs. 417, 2014, p. 417 ss.; MCALLISTER, *The Impact of the Dodd-Frank Whistleblower Provisions on FCPA Enforcement and Modern Corporate Compliance Programs*, 14 Berkeley Bus. L.J. 45, 2017, p. 45 ss.; SIVACHENKO, *Corporate Victims of Victimless Crime: How the FCPA's Statutory Ambiguity, Coupled with Strict Liability, Hurts Businesses and Discourages Compliance*, 54 B.C. L. Rev. 393, 2013, p. 393 ss.; SPALDING, *Restoring Pre-Existing Compliance through the FCPA Pilot Program*, 48 U. Tol. L. Rev. 519, 2017, p. 519 ss.; STAFF,

Per cui, un'analisi della tipologia e della struttura di tali accordi consentirà, in effetti, di abbozzare i contorni di un nuovo modello di organizzazione, gestione e controllo, cui le imprese multinazionali sono chiamate definitivamente ad adeguarsi.

5.2. *La tipologia e la struttura degli accordi usati per la risoluzione anticipata delle controversie: aspetti comuni*

L'epilogo negoziale dei casi di corruzione internazionale risulta ormai una prassi consolidata, sebbene in origine non fosse contemplata nell'immaginario del Congresso, al momento dell'approvazione del FCPA. Per decenni, infatti, le alternative possibili risultarono classicamente due: perseguire o non perseguire la persona fisica o giuridica oggetto di investigazione ⁽⁶⁶⁴⁾. Oggi, come si è visto, la prospettiva è completamente diversa, e le imprese multinazionali accusate di aver commesso violazioni del FCPA accedono, di norma, ad un accordo con la DoJ e la SEC ⁽⁶⁶⁵⁾.

Il tipo e la struttura dell'accordo sottoscritto possono dipendere dalla gravità delle accuse, dal grado e dalla tempestività della collaborazione con l'autorità da parte della società, o infine dalla solidità degli elementi di prova raccolti ⁽⁶⁶⁶⁾. Tuttavia, tali accordi presentano effettivamente un nucleo

Reflection on Global Compliance: Intersection of FCPA, Sanctions and Export Controls, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 72, 2008, p. 72 ss.; WESTBROOK, *Does the Buck Stop Here: Board Responsibility for FCPA Compliance*, 48 U. Tol. L. Rev. 493, 2017, p. 493 ss.; WILLIAMS, *Grey Areas of FCPA Compliance*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 14, 2008, p. 14 ss.; WINER, *Doing It Right - Overseas*, 9 Bus. L. Today 45, 1999, p. 45 ss.; YOCKEY, *FCPA Settlement, Internal Strife, and the Culture of Compliance*, 2012 Wis. L. Rev. 689, 2012, p. 689 ss.

⁶⁶⁴ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 978 ss. in cui l'A. osserva che prima del 2004, il DoJ non aveva mai utilizzato lo strumento negoziale per risolvere un caso di violazione del FCPA. Lo stesso vale per la SEC, prima del 2010.

⁶⁶⁵ V., sul punto, ZHANG, *Foreign Corrupt Practices Act*, 57 Am. Crim. L. Rev. 837, 2020, p. 860 in cui l'A. osserva come sia oramai una prassi consolidata per le imprese multinazionali sottoscrivere un accordo con le autorità statunitensi.

⁶⁶⁶ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 939 in cui l'A. osserva che la gravità delle accuse e la solidità delle prove raccolte possono incidere sulla tipologia di accordo offerto dall'autorità all'impresa multinazionale indagata.

comune, basato sui seguenti tre elementi principali:

- a) la negoziazione delle clausole prima della loro sottoscrizione;
- b) l'accettazione dell'accordo come alternativo al processo;
- c) l'assenza di controllo giurisdizionale sul contenuto ⁽⁶⁶⁷⁾.

L'analisi dei principali accordi intervenuti in composizione dei casi di violazione del FCPA, come meglio si dirà di seguito, ha evidenziato che, al netto di alcune differenze formali, o peculiarità precipue dettate dalla tipologia dell'accordo, invero, quanto al contenuto, le formule adottate da DoJ ed SEC non differiscono in modo significativo ⁽⁶⁶⁸⁾.

Anzitutto, la fase di negoziazione, in tutti i casi, risulta imprescindibile. Essa, invero, comincia ancor prima di immaginare la sottoscrizione di un vero e proprio accordo ⁽⁶⁶⁹⁾.

Infatti, dal momento che il DoJ ha interesse ad evitare gli effetti potenzialmente devastanti di una sconfitta giudiziale che mini alle fondamenta la sostenibilità delle accuse, in base al FCPA, giacché potrebbe ripercuotersi negativamente sulla solidità dello stesso strumento legislativo, e la sua percezione all'esterno, la negoziazione prende le mosse dagli elementi di fatto e di diritto che, in fase investigativa, dovrebbero indurre l'agenzia – nella discrezionalità che gli è propria – a chiudere il caso senza intraprendere alcuna azione legale. È nel solco di tale interlocuzione che, se la contestazione risulta particolarmente solida, le parti cominciano a discutere le condizioni di un accordo ⁽⁶⁷⁰⁾.

⁶⁶⁷ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 351, in cui gli AA. sottolineano l'importanza della negoziazione; ZHANG, *Foreign Corrupt Practices Act*, 57 *Am. Crim. L. Rev.* 837, 2020, p. 860 in cui l'A. individua nel tratto comune la circostanza che tali accordi siano alternativi alla celebrazione di un processo, pur sottolineando che in alcuni casi si tratta di una conseguenza immediata, in altri una conseguenza differita; KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 934 in cui l'A. sottolinea l'assenza di controllo giurisdizionale.

⁶⁶⁸ V., sul punto, SCOLLO, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, in *Dir. Com. Internaz.*, 33, fasc. 4, 2019, p. 740 in cui si ricostruisce un decalogo di clausole comuni ai vari tipi di accordo.

⁶⁶⁹ V., sul punto, GARRETT, *To big to Jail. How prosecutors compromise with corporations*, Belknap Press, Cambridge, 2014, p. 1 ss.

⁶⁷⁰ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit.

In secondo luogo, se l'agenzia tende ad evitare di esporre le fondamenta delle proprie «*policies*», in materia di contrasto alle violazioni FCPA, avendo una chiara percezione della vulnerabilità di alcune prassi applicative, d'altro canto l'impresa multinazionale ha tutto l'interesse ad evitare il processo che condurrebbe, presumibilmente, ad una severa condanna, gravosa sia in termini di sanzioni economiche sia in termini di danni reputazionali: banalmente, «frode: l'impresa si accorda» ha un impatto negativo minore sugli azionisti, i partner commerciali, i creditori ed il mercato in generale, rispetto a «impresa condannata per frode»⁽⁶⁷¹⁾.

In ultimo, per quanto tali accordi – in base alla tipologia scelta – possano anche non avere affatto un passaggio giurisdizionale, laddove ciò è previsto, il sindacato del giudice appare comunque limitato al mero controllo che non vi sia stata elusione dei limiti temporali previsti dallo *Speedy Trial Act*⁽⁶⁷²⁾, che l'accordo non abbia impedito all'imputato di dimostrare la propria innocenza, che esso non contenga termini illegali o contrari all'etica⁽⁶⁷³⁾.

Premesso quanto sopra, più avanti si tornerà ancora sul contenuto delle clausole più ricorrenti nelle differenti tipologie di accordi. Ma prima è bene evidenziarne alcune delle principali differenze e peculiarità, affrontandoli singolarmente.

5.2.1. Il Deferred Prosecution Agreement (DPA)

La giustizia penale negoziata, nel contesto statunitense, nasce come alternativa, rispetto alle due ipotesi tradizionalmente previste nel caso di

supra 349, p. 351.

⁶⁷¹ V., sul punto, KIM, Public Perceptions of Corporate Criminal Sanctions: An Empirical Study of the Reputational Impact of Corporate Criminal Misconduct, cit. *supra* nota 652, p. 467; KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 946.

⁶⁷² V. 18 U.S.C. § 3161.

⁶⁷³ V., sul punto, U.S. v. Fokker Servs. B.V., 818 F.3d 733, 738 (D.C. Cir. 2016). V, in argomento, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 354.

indagini per corruzione internazionale, ossia l'incriminazione («*indictment*») o l'archiviazione («*declination*») ⁽⁶⁷⁴⁾.

Essa, nella visione originale, viene concepita come soluzione per ovviare alle esternalità negative che ciascuna delle due opzioni tradizionali comporta. Difatti, l'incriminazione può destabilizzare la società, pregiudicando non solo gli autori della condotta illecita, ma anche l'intera comunità di «*stakeholder*», ossia tutti quei soggetti (clienti, collaboratori, creditori, dipendenti, fornitori...) che hanno interesse alla prosecuzione dell'attività commerciale svolta dalla persona giuridica. Invece, l'archiviazione – oltre a consentire l'impunità degli autori di un illecito – rischia di pregiudicare la funzione general-preventiva della legge penale, disincentivando l'adesione al comportamento lecito ⁽⁶⁷⁵⁾.

Al contrario, gli strumenti di risoluzione alternativa dei casi di corruzione internazionale, oltre ad evitare entrambe le esternalità negative appena esposte, comportano l'ulteriore beneficio di instradare la società verso l'adesione a modelli di comportamento informati a criteri di eticità e liceità.

Su tali premesse, strumenti come il *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) e il *Non-Prosecution Agreement* (NPA), originariamente impiegati per la risoluzione di reati bagatellari e minorili ⁽⁶⁷⁶⁾, hanno trovato vasta applicazione nei casi di violazione del FCPA, divenendo *de facto* non più l'alternativa, bensì «la norma», tanto da creare – nelle società indiziate – la ragionevole aspettativa di risolvere tali procedimenti proprio con la sottoscrizione di un accordo ⁽⁶⁷⁷⁾.

⁶⁷⁴ V., sul punto, DOJ, SEC, U.S. Attorney's Manual 2008 (Justice Manual), Title 9 – Criminal, § 9-28.200 General Considerations of Corporate Liability, p. 1.

⁶⁷⁵ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 933.

⁶⁷⁶ V., sul punto, SCOLLO, WINKLER, *Questionable Transactions, Unquestionable Rules: The Odebrecht/Braskem Case and the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 16, p. 532.

⁶⁷⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 933. V., inoltre, GREENBLUM, *What happens to a prosecution deferred? Judicial oversight of corporate Deferred Prosecution Agreement*, 105 Colum. L. R. 1896, 2005, p. 1903 in cui l'A. sottolinea come, nella prassi applicativa, DPA e NPA sono divenuti non più una soluzione intermedia tra l'incriminazione e l'archiviazione, bensì mero un sostituto di quest'ultima. Sul punto, v., anche, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 985 in cui l'A. sottolinea il rischio che l'adesione a questi strumenti avvenga a prescindere dalla fondatezza delle

Il DPA è il primo di tali strumenti ⁽⁶⁷⁸⁾. Esso si distingue per le seguenti caratteristiche:

- a) consta di una struttura contrattuale;
- b) comporta la sospensione del procedimento ed il differimento di una eventuale incriminazione;
- c) è soggetto a deposito presso la corte distrettuale.

Ciascuna di queste caratteristiche merita di essere analizzata singolarmente.

Va osservato, in primo luogo, che la negoziazione delle condizioni per la sottoscrizione di un DPA conduce – come si è anticipato – alla sottoscrizione di un vero e proprio contratto, con una struttura predeterminata che include l'identificazione dei soggetti, la fissazione delle condizioni, e l'oggetto dell'accordo. Precisamente, dall'esame dei DPA sottoscritti dal DoJ è possibile rinvenire i seguenti elementi:

- a) l'identificazione delle **parti** contraenti nel DoJ e nella società indiziata;
- b) l'esposizione dei fatti che costituiscono le **premesse** all'accordo e sui quali il contraente sottoscrive un riconoscimento di responsabilità;
- c) l'elencazione delle **circostanze** che incidono sul contenuto dell'accordo, ossia la collaborazione con il DoJ e lo stato attuale delle procedure interne di *compliance*;
- d) l'**oggetto** dell'accordo, ossia la sospensione del procedimento ed il differimento dell'incriminazione della società indagata, in cambio dei quali la stessa si impegna generalmente a:
 - a. pagare una sanzione pecuniaria;
 - b. osservare ed adempiere alle condizioni contrattuali ulteriori negoziate e concordate con il DoJ;

accuse mosse nei confronti dell'impresa multinazionale oggetto di indagine, e che piuttosto si risolve in un mero calcolo di avversione al rischio, valorizzando l'interesse privatistico alla negoziazione, piuttosto che quello pubblicistico all'amministrazione della giustizia.

⁶⁷⁸ V., sul punto, WOODY, *Declinations with Disgorgement in FCPA Enforcement*, 51 U. Mich. J.L. Reform 269, 2018, p. 281, in cui l'A. analizza le caratteristiche essenziali del DPA.

- e) l'analitica esposizione delle *condizioni* alle quali il DoJ accetta di sottoscrivere il DPA, che verranno meglio illustrate nei paragrafi seguenti, ivi compresi gli obblighi assunti dalla società in materia di adeguamento dei «*compliance programs*»;

Il secondo elemento distintivo del DPA è, per l'appunto, il differimento di una eventuale incriminazione o archiviazione del procedimento, al termine del periodo prestabilito dall'accordo.

Le parti, a riguardo, concordano la fissazione di un termine che occorre alla società per adempiere alle obbligazioni assunte con l'accordo, sia riguardo al pagamento delle sanzioni, sia riguardo all'adeguamento dei sistemi interni di controllo. Il termine è generalmente determinato in un periodo compreso tra i due ed i quattro anni, ed è eventualmente prolungabile. L'osservanza ed il corretto adempimento delle obbligazioni, al termine del periodo stabilito, comporta la chiusura definitiva del procedimento senza incriminazione ⁽⁶⁷⁹⁾.

Infine, il terzo elemento distintivo consta nel deposito presso la corte distrettuale competente. Invero, come si è già osservato, si tratta di un adempimento meramente formale che non consente al giudice un pieno scrutinio. Tale aspetto costituisce uno dei maggiori profili di criticità della disciplina degli accordi, i quali sfuggono al controllo giurisdizionale, così dando vita al fenomeno della giustizia negoziata, in cui l'esigenza di neutralizzare una possibile sopravvenienza negativa rischia di prevalere sulla repressione delle violazioni del FCPA ⁽⁶⁸⁰⁾.

5.2.2. Il Non-Prosecution Agreement (NPA)

Il secondo strumento di risoluzione dei casi di corruzione

⁶⁷⁹ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 934.

⁶⁸⁰ V., sul punto, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, cit. *supra* 349, p. 354; KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 986.

internazionale, alternativo all'instaurazione di un processo, è il NPA ⁽⁶⁸¹⁾.

Il NPA condivide la struttura contenutistica del DPA, dal quale si differenzia – sotto il profilo formale – unicamente perché i contenuti negoziati non assumono la forma di clausole contrattuali, bensì di paragrafi di un «*letter agreement*», ossia di una lettera inviata dal DoJ all'impresa multinazionale indiziata, e da questa sottoscritta per accettazione ⁽⁶⁸²⁾.

La sottoscrizione del NPA, a differenza del DPA, determina da subito l'archiviazione del procedimento e la rinuncia all'incriminazione dell'impresa multinazionale indagata. In ciò risiede il principale elemento distintivo del NPA rispetto agli altri strumenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale ⁽⁶⁸³⁾.

Ciò capita, segnatamente, allorché vi sia stata collaborazione massima e l'impresa abbia già adempiuto al miglioramento delle procedure interne di controllo, ovvero l'adempimento sia in fase avanzata o di ultimazione ⁽⁶⁸⁴⁾. La scelta di un NPA comporta, infatti, un giudizio prognostico favorevole sul buon esito degli *input* contenuti nell'accordo, tenuto conto inoltre della gravità dei fatti e della solidità degli elementi di prova raccolti che concorrono a determinare lo strumento prescelto ⁽⁶⁸⁵⁾.

Il terzo elemento distintivo concerne la mancanza di scrutinio giudiziale. Il NPA, infatti, non viene depositato in tribunale, per cui il caso si

⁶⁸¹ V., sul punto, SENN, SOKENU, LUK, BERNSTEIN, *SEC, for the First Time, Uses a Non-Prosecution Agreement to Resolve an FCPA Enforcement Action*, 2013 Bus. L. Today 1, 2013, p. 1 ss. in cui gli AA. commentano il primo caso di NPA impegnato dalla SEC, nel 2013, nei confronti di Ralph Lauren. V., inoltre, WOODY, *Declinations with Disgorgement in FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 678, p. 283 in cui l'A. analizza le caratteristiche essenziali del NPA.

⁶⁸² V., sul punto, SCOLLO, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, cit. *supra* nota 668, p. 740.

⁶⁸³ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 934 in cui l'A. sottolinea quanto gli ulteriori elementi di differenziazione assumano rilievo del tutto secondario, opinione ulteriormente rimarcata, di recente, in ZHANG, *Foreign Corrupt Practices Act*, 57 Am. Crim. L. Rev. 837, 2020, p. 860.

⁶⁸⁴ V., sul punto, SPALDING, *Restoring Pre-Existing Compliance through the FCPA Pilot Program*, 48 U. Tol. L. Rev. 519, 2017, p. 521 in cui l'A. sottolinea l'importanza dell'adeguatezza dei sistemi di controllo interno, non solo al fine di prevenire la perpetrazione di violazioni del FCPA, ma anche allo scopo di mitigare le sanzioni che alle stesse conseguono.

⁶⁸⁵ V., sul punto, SCOLLO, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, cit. *supra* nota 668, p. 740.

risolve in un vero e proprio accordo privato ⁽⁶⁸⁶⁾.

Conseguentemente, le caratteristiche del NPA, che peraltro distinguono tale strumento dal DPA, si rinvengono nei seguenti tre aspetti:

- a) la forma epistolare;
- b) la definizione immediata del procedimento senza alcuna incriminazione;
- c) l'assenza di deposito in tribunale e di ratifica da parte del giudice.

5.2.3. Il Guilty Plea Agreement (GPA)

Il terzo strumento di risoluzione dei casi di corruzione internazionale, alternativo all'instaurazione di un processo, è il GPA.

Tale strumento è, di norma, utilizzato dal DoJ nella definizione dei casi di corruzione più seri, attinti dai più solidi elementi dimostrativi. Non è un caso, difatti, che circa la metà dei casi più rappresentativi e con le sanzioni pecuniarie più elevate sia stato definito con un GPA (14 casi su 25) ⁽⁶⁸⁷⁾.

Esso assume la forma del patteggiamento, in cui è rivolto al giudice un invito a pronunciarsi concordemente alle condizioni stabilite dalle parti. Nel testo del GPA, il DoJ e l'impresa multinazionale sanzionata si accordano su un pieno riconoscimento delle condotte addebitate, poiché il GPA comporta una pronuncia di colpevolezza. Inoltre, stabiliscono una serie di obblighi, come nei casi del DPA e del NPA, cui la società si sottopone, e determinano infine la misura delle sanzioni. Di norma, il giudice non effettua alcuno scrutinio su quanto concordato dalle parti, e si limita ad una mera ratifica delle condizioni concordate, perciò tale strumento presenta pienamente le caratteristiche della «giustizia negoziata» di cui si è sopra ampiamente parlato ⁽⁶⁸⁸⁾.

Le caratteristiche peculiari del GPA si rinvengono, pertanto, nei

⁶⁸⁶ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 934.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 939.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 939.

seguenti tre aspetti:

- a) la forma di patteggiamento;
- b) la definizione immediata del procedimento con l'affermazione della responsabilità dell'impresa multinazionale;
- c) la ratifica delle condizioni negoziate da parte del giudice.

I tre strumenti possono essere considerati unitariamente come l'armamentario sanzionatorio usato da DoJ e SEC per definire i casi di violazione del FCPA, secondo un ordine di severità, come può evincersi dal raffronto delle caratteristiche peculiari nella tabella di seguito riportata.

Tabella 19. – DPA, NPA, GPA.

NPA	DPA	GPA
Struttura epistolare	Struttura contrattuale	Struttura di patteggiamento
Definizione procedimento Nessuna incriminazione Riconoscimento di responsabilità	Sospensione procedimento Differimento incriminazione Riconoscimento di responsabilità	Definizione procedimento Pronuncia di colpevolezza Affermazione di responsabilità
Nessuno scrutinio giudiziale	Minimo scrutinio giudiziale	Ridotto scrutinio giudiziale

La scelta dello strumento negoziale con cui suggellare l'accordo, come si è anticipato, avviene in base alle circostanze del caso concreto, sulle quali incide in modo determinante – per l'appunto – la negoziazione tra le parti ed i rispettivi rappresentanti legali. Più è solida la posizione della società, sia in termini di argomenti di difesa rispetto alle accuse, sia in termini di sistemi di *compliance*, maggiore sarà il potere negoziale dei legali per ottenere un accordo migliore.

5.2.4. La Declination Letter (DL) e la Declination with Disgorgement (DLD)

I metodi più ricorrenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale sono, come si è visto, il DPA, il NPA ed il GPA.

In aggiunta, di recente, è emersa una ulteriore soluzione alternativa

non solo all'avvio di un processo, ma persino all'avvio di una vera e propria contestazione e, quindi, all'esercizio di una azione penale nei confronti dell'impresa multinazionale indiziata, ossia la *Declination Letter* (DL) ⁽⁶⁸⁹⁾.

Si tratta, come nel caso del NPA, non di un vero e proprio contratto, bensì di una lettera, inviata dal DoJ alla società indiziata. Per mezzo di tale lettera, preso atto delle particolari circostanze del caso, l'autorità dichiara di aver scelto di non avviare alcuna azione e di considerare, conseguentemente, chiusa l'investigazione. Nella decisione, giocano un ruolo essenziale i seguenti fattori:

- a) la natura e la gravità delle condotte illecite;
- b) il grado di pervasività all'interno della società;
- c) l'esistenza di pregresse violazioni di carattere simile;
- d) la volontà di cooperare con le autorità;
- e) la presenza di procedure di *compliance* preesistenti;
- f) la tempestività e il carattere volontario dell'auto-denuncia;
- g) i rimedi attuati, inclusi la sostituzione dei soggetti responsabili, la restituzione degli indebiti;
- h) la possibilità di evitare danni collaterali che scaturirebbero dall'incriminazione;
- i) l'adeguatezza dei rimedi diversi dall'azione penale;
- j) la superfluità dell'azione nei confronti della persona giuridica, posta l'adeguatezza dell'incriminazione delle persone fisiche coinvolte ⁽⁶⁹⁰⁾.

Una variante della DL è la *Declination Letter with Disgorgement* (DLD), in cui – in sostanza – assieme all'archiviazione, l'autorità ottiene il pagamento di un importo a titolo di restituzione del profitto illecito.

⁶⁸⁹ V., sul punto, WOODY, *Declinations with Disgorgement in FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 678, p. 289 in cui l'A. sottolinea che la recente emersione del fenomeno è dovuta all'avvio, nel 2016, del «*Pilot program*» in base al quale le società che auto-denunciano la scoperta di violazioni del FCPA, collaborano efficacemente con l'agenzia e pongono in atto tutti i rimedi necessari a prevenire la perpetrazione di nuove violazioni, ottengono un trattamento di favore, concernente nell'archiviazione delle accuse.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, pp. 289-290.

Tale strumento è stato ampiamente criticato sul piano teorico, giacché comporta la commistione di istituti propri del diritto penale e del diritto civile. Difatti, l'archiviazione discrezionale mediante la DL è una decisione che attiene alla rinuncia rispetto ad una possibile azione penale. Il «*disgorgement*» di cui alla DLD, invece, altro non è che una sanzione civile, ancorché non abbia carattere punitivo, associata ad una rinuncia penale ⁽⁶⁹¹⁾.

Si tratta, in ogni caso, di un istituto in forte ascesa. Dal 2016 ad oggi, il DoJ ha usato tale strumento in ben 14 casi, ed in 7 di questi casi ha inoltre ottenuto il pagamento di una somma equivalente al profitto del reato: dunque, il 50% dei casi ha riguardato un DLD ⁽⁶⁹²⁾.

5.2.5. Gli SEC settlement: il Cease-and-Desist Order (CDO) e il Consent Agreement (CA)

Il contrasto alle condotte di corruzione internazionale, come si è visto, è deputato non solo al DoJ, bensì anche alla SEC, la quale ha competenza in materia di violazioni FCPA commesse dalle società aventi titoli negoziati negli Stati Uniti: i c.d. «*issuers*».

Va osservato, anzitutto, che nel 2010, la SEC ha annunciato l'avvio di un nuovo corso nell'attività di monitoraggio delle violazioni FCPA che includeva il ricorso ai DPAs e i NPAs, così avvicinando il proprio armamentario sanzionatorio a quello del DoJ ⁽⁶⁹³⁾.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 297.

⁶⁹² V., sul punto, i seguenti casi: *In re: Nortek, Inc.* (3 giugno 2016); *In re: Akamai Technologies, Inc.* (6 giugno 2016); *In re: Johnson Controls, Inc.* (21 giugno 2016); *In re: HMT LLC* (29 settembre 2016); *In re: NCH Corporation* (29 settembre 2016); *In re: Linde North America Inc.* (16 giugno 2017); *In re: CDM Smith, Inc.* (21 giugno 2017); *In re: Dun & Bradstreet Corporation* (23 aprile 2018); *In re: Guralp Systems Limited* (20 agosto 2018); *In re: Insurance Corporation of Barbados Limited* (23 agosto 2018); *In re: Polycom Inc.* (20 dicembre 2018); *In re: Cognizant Technology Solutions Corporation* (13 febbraio 2019); *In re: Quad/Graphics Inc.* (19 settembre 2019); *In re: World Acceptance Corporation* (5 agosto 2020). Tutti i casi sono disponibili su: *justice.gov* – ultimo accesso 8/10/2020.

⁶⁹³ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 988 in cui l'A. ricostruisce l'evoluzione della prassi sanzionatoria della SEC in materia di violazioni FCPA.

Tuttavia, tali strumenti hanno trovato scarsa applicazione nel contesto della SEC, osservandosi invece una netta preferenza dell'agenzia verso i procedimenti amministrativi ⁽⁶⁹⁴⁾. Infatti, sempre a partire dal 2010 – grazie al *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd–Frank Act)* –, è stata estesa la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie di natura civile attraverso procedimenti amministrativi come quelli che conducono all'adozione di un *Cease-and-Desist Order (CDO)*⁽⁶⁹⁵⁾.

Si tratta di un provvedimento anch'esso privo di controllo giurisdizionale, come il NPA, in cui nella posizione della SEC risultano riassunte tutte le funzioni regolatorie e di garanzia, dal momento che – come si è osservato – essa assume il ruolo di «pubblico ministero, giudice e giuria», giacché l'intero procedimento si svolge all'interno dell'agenzia ⁽⁶⁹⁶⁾.

Nei casi di maggiore gravità, invece, l'opzione più ricorrente è la citazione in sede civile, che si risolve con l'adozione di un *Consent Agreement (CA)*, in relazione al quale il giudice è chiamato pressoché semplicemente a ratificare l'accordo delle parti ⁽⁶⁹⁷⁾.

È di tutta evidenza, al netto della scarsa applicazione del DPA e del NPA, che la SEC è dotata di strumenti non solo identici al DoJ, ma persino più ampi, che conducono allo stesso risultato, ossia la «giustizia negoziata», con le tre medesime caratteristiche sopra evidenziate in relazione agli strumenti in dote al DoJ, e cioè contrattazione di un accordo, esclusione del processo, esclusione del controllo giurisdizionale.

Si tratta di un sistema che, come si è visto, è in grado di auto-

⁶⁹⁴ V., sul punto, i dati in materia di “*Types of SEC Resolutions*”, raccolti da *Stanford Law School's Foreign Corrupt Practices Act Report Clearinghouse*, (disponibile su: fcpa.stanford.edu – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁶⁹⁵ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 992. V., inoltre, HANSBERRY, *In Spite of Its Good Intentions, the Dodd-Frank Act Has Created a FCPA Monster*, 102 *J. Crim. L. & Criminology* 195, 2012, p. 195 ss.; MATHIS, *Protecting the Brave: Why Congress Should Amend the Dodd-Frank Act to Better Protect FCPA Whistleblowers*, 49 *J. Marshall L. Rev.* 829, 2016, p. 829; HUFF, *The Case for an FCPA Exception to Dodd-Frank's Anti-Retaliation Provision*, 68 *Rutgers U.L. Rev.* 867, 2016, p. 867.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 993.

⁶⁹⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 945, in cui l'A. sottolinea come – al netto del passaggio giurisdizionale – anche il CA può dirsi, al pari del CDO, uno strumento sostanzialmente privo di scrutinio giudiziale.

alimentarsi, di favorire la «*disclosure*», di premiare la collaborazione, di sanzionare duramente la corruzione, ed infine di promuovere comportamenti virtuosi che passano attraverso gli obblighi negoziali assunti con gli accordi, volti all'adozione di efficaci procedure interne di *compliance*. Aspetti, questi, su cui si soffermerà il prossimo paragrafo.

5.3. Il contenuto degli accordi: analisi, osservazioni e qualche perplessità

La risoluzione dei casi di corruzione internazionale mediante il ricorso alla giustizia negoziata ha assunto, come si è visto, la dimensione di un fenomeno consolidato. Non si tratta, difatti, di una mera opzione alternativa bensì della prassi ricorrente.

La struttura formale degli accordi varia sensibilmente in ragione del tipo di «*agreement*» scelto dalle parti (ad es. una lettera, nel caso del NPA; un contratto, nel caso del DPA; un patteggiamento, nel caso del GPA). Tuttavia, il contenuto sostanziale delle circostanze e delle obbligazioni, come si è anticipato, risulta pressoché comune.

Anzitutto, è identificabile una prima parte di condizioni e circostanze che attengono alla fase preliminare alla sottoscrizione dell'accordo. Esse si riferiscono essenzialmente alla collaborazione della società indiziata nella scoperta e nell'accertamento dei fatti illeciti e dei soggetti che li hanno posti in essere ⁽⁶⁹⁸⁾. In secondo luogo, è identificabile un elenco di misure di *compliance* che la società si impegna ad attuare, in modo da prevenire la reiterazione dei reati ⁽⁶⁹⁹⁾. Vi è poi un numero di clausole eventuali che concernono circostanze peculiari del caso di specie, come il rapporto con altre autorità statunitensi o straniere ⁽⁷⁰⁰⁾. Infine, un catalogo di condizioni concernenti i rapporti con l'autorità contraente dopo la sottoscrizione

⁶⁹⁸ V., sul punto, SCOLLO, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, cit. *supra* nota 668, p. 740.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 742.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 744.

dell'accordo ⁽⁷⁰¹⁾.

5.3.1. Parte prima. La cooperazione preliminare con l'autorità

La prima parte delle clausole contenute negli accordi di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale concerne il comportamento della società indiziata sino alla sottoscrizione del «*settlement*».

5.3.1.1. La «voluntary disclosure»

Il primo elemento considerato nella sottoscrizione di un accordo riguarda la volontaria e tempestiva auto-denuncia dell'illecito, eseguita dalla società, prima ancora che l'autorità formulasse alcuna accusa, od iniziasse una investigazione.

Il sistema tende a premiare le persone giuridiche che espongono gli illeciti eventualmente commessi nell'attività d'impresa, prima che siano oggetto di indagine da parte del DoJ e della SEC. Per cui, il ruolo della «*voluntary disclosure clause*» all'interno degli accordi è quello di riconoscere il comportamento virtuoso dell'impresa multinazionale, attribuendo dei crediti che concorrono a ridurre la sanzione irrogata nel caso di specie ⁽⁷⁰²⁾.

5.3.1.2. La «cooperation clause»

Il secondo elemento considerato nella sottoscrizione di un accordo è l'apporto collaborativo della società indiziata nell'accertamento dei fatti che le vengono addebitati. L'autorità statunitense valuta positivamente ogni

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 744.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 740.

contributo che concorra a chiarire ogni aspetto della vicenda indagata, sia fornendo delucidazioni, documenti e pieno accesso ad ogni elemento di prova, sia compiendo autonome attività di indagine i cui risultati sono poi messi a disposizione degli inquirenti ⁽⁷⁰³⁾.

Come noto, una delle principali difficoltà nell'accertamento della corruzione internazionale e reperire gli elementi di prova in giurisdizioni straniere, spesso poco collaborative.

Il comportamento collaborativo della società indiziata che concorra a consolidare l'accertamento dei fatti illeciti è valutato positivamente dall'autorità, sia in termini di sanzioni, sia nella scelta della tipologia dell'accordo da sottoscrivere.

5.3.1.3. La «snitch clause»

La collaborazione richiesta alla società indiziata può trascendere i fatti oggetto di indagine, estendendosi anche a fatti non ancora scoperti, e soprattutto all'identificazione dei soggetti (persone fisiche) responsabili degli illeciti commessi.

Uno degli aspetti più delicati della fase preliminare alla sottoscrizione dell'accordo concerne perciò la richiesta di piena cooperazione che l'agenzia rivolge alla società indiziata. Tale richiesta presuppone un comportamento attivo della persona giuridica, non di mero affiancamento all'investigazione dell'agenzia. Con tale richiesta, infatti, la società diviene «*whistleblower*» di sé stessa e dei propri addetti. Essa, per l'appunto, è chiamata a disvelare tutte le violazioni FCPA di cui è a conoscenza, nonché tutti i soggetti che risultano coinvolti. Si tratta, in sostanza, di una vera e propria attività di delazione che, sempre in ottica premiale, l'impresa multinazionale è stimolata ad eseguire per ridurre le conseguenze sanzionatorie ⁽⁷⁰⁴⁾.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 740-741.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 741.

5.3.2. Parte seconda. I rimedi e l'adeguamento del modello organizzativo: sostituzione dei soggetti, adeguamento delle procedure decisionali e di compliance, organi di controllo

Il nucleo centrale degli accordi è costituito dai rimedi che l'impresa multinazionale indiziata si impegna ad adottare. Tali rimedi concernono principalmente quattro aree di interesse:

- a) la composizione dell'organico, sia riguardo alle posizioni di vertice, sia i sottoposti;
- b) le procedure decisionali;
- c) le procedure di *compliance*;
- d) gli organi di controllo.

Si tratta di obbligazioni precise che l'impresa multinazionale assume nei confronti dell'autorità statunitense e la cui inosservanza determina la risoluzione dell'accordo e, dunque, consente l'incriminazione formale.

Le clausole in materia di rimedi costituiscono il nucleo centrale e di maggiore interesse della giustizia negoziata, poiché – da un lato – forniscono all'impresa indiziata il decalogo di misure da adottare per poter implementare adeguatamente i propri protocolli interni e – dall'altro – sono suscettibili di avere valenza più ampia, dal momento che su queste fondamenta è possibile tracciare i contorni di un quadro generale in materia di *compliance* che consta della preventiva condivisione da parte delle autorità statunitensi.

5.3.2.1. L'obbligo di congedare i soggetti coinvolti

Il primo tassello del complesso quadro di misure concordate con la società riguarda la sostituzione o il licenziamento delle persone coinvolte nelle vicende corruttive ⁽⁷⁰⁵⁾.

Infatti, la sottoscrizione dell'accordo, di norma, comporta uno specifico obbligo a carico della società di sostituire i manager ed i soggetti in

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 742.

posizione apicale che risultano coinvolti negli schemi corruttivi oggetto di approfondimento investigativo. Lo stesso vale per i dipendenti ed i collaboratori che, nel patrimonio conoscitivo della società, risultano egualmente coinvolti.

Si tratta di una clausola piuttosto severa che impone alla società di effettuare una vera e propria «epurazione» delle persone coinvolte nella perpetrazione degli illeciti. Sul punto, va osservato che, sebbene in linea di principio possa risultare condivisibile che la multinazionale si dissoci formalmente dagli autori delle attività illecite per cui interviene l'accordo, e che gli stessi non traggano giovamento dal comportamento irregolare, anzi che tale comportamento conduca all'allontanamento dalla società, l'assenza di uno scrutinio giudiziale sulla fondatezza delle accuse e sulla riferibilità delle stesse ai soggetti «presuntamente» coinvolti comporta il rischio concreto che a pagare le spese per l'illecito dell'ente siano, anzitutto, soggetti privi di margini sostanziali di difesa.

Ciò vale senz'altro per i soggetti in posizione apicale, i quali risulteranno estromessi dall'amministrazione ed ancor più per i dipendenti che non ricoprono posizioni di vertice, i quali presumibilmente non disporranno di mezzi sufficienti per contestare adeguatamente l'infondatezza dei presupposti per il loro licenziamento.

La clausola, di norma, non richiede che la selezione dei soggetti coinvolti avvenga previo l'esperimento di investigazioni interne, ovvero assicurando ai medesimi alcuna possibilità di dimostrare la propria estraneità dalle accuse. La sensazione, perciò, è che tale clausola risponda più ad esigenze di immagine piuttosto che ad esigenze di giustizia, ed è paradossale che a produrre ciò sia proprio un accordo al quale i principali soggetti danneggiati non hanno preso parte.

5.3.2.2. L'obbligo di migliorare le procedure decisionali

Il secondo tassello del complesso quadro di misure concerne l'adeguamento delle procedure decisionali a più elevati *standard* etici e di controllo, in modo da prevenire l'aggiramento delle procedure interne di

compliance ⁽⁷⁰⁶⁾.

Nello specifico, l'oggetto delle obbligazioni assunte dalla multinazionale può riguardare:

- a) l'ampliamento dell'ambito delle decisioni per la cui approvazione è necessaria una delibera dell'organo amministrativo, su cui dunque grava un maggiore impegno nella prevenzione di pagamenti di natura illecita (***controllo di vertice***);
- b) la limitazione dei poteri decisionali individuali e l'ampliamento delle procedure congiunte che prevedano un doppio passaggio per le decisioni più rilevanti, che coinvolga almeno un soggetto apicale di una differente funzione aziendale, così da aumentare il livello di controllo (***controllo incrociato***).

5.3.2.3. L'obbligo di migliorare le procedure di compliance

Il terzo tassello del complesso quadro di misure concerne l'adeguamento delle procedure interne di *compliance* ⁽⁷⁰⁷⁾.

In particolare, all'impresa multinazionale è richiesto di:

- a) implementare i propri protocolli e provvedere, se del caso, ad una riorganizzazione interna, in modo da assicurare che siano centralizzate le funzioni di acquisto di beni e servizi, e che venga svolta una approfondita *due diligence* sull'oggetto dei contratti e sulla natura dei contraenti, anche dopo la conclusione degli stessi;
- b) improntare le direttive, le procedure ed i controlli interni a criteri di correttezza e garantire un efficace ed approfondito

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 742. V., sul punto, SIVACHENKO, *Corporate Victims of Victimless Crime: How the FCPA's Statutory Ambiguity, Coupled with Strict Liability, Hurts Businesses and Discourages Compliance*, cit. *supra* nota 663, p. 393 ss.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 742.

- controllo contabile sulle operazioni societarie, in modo da prevenire, indagare e scoraggiare condotte illecite;
- c) approntare sistemi interni che impediscano interferenze da parte di pubblici funzionari nelle procedure di selezione del personale e di accaparramento di beni e servizi;
 - d) stabilire o potenziare le attività di formazione anticorruzione a tutti i livelli del personale, incluse le posizioni di vertice, e specialmente per i soggetti che hanno responsabilità di acquisto e poteri di spesa.

Le procedure di *compliance* costituiscono il cuore delle misure preventive alla perpetrazione delle condotte di corruzione internazionale. Più risultano efficaci, minore sarà effettivamente il rischio che simili condotte illecite si verifichino ⁽⁷⁰⁸⁾.

5.3.2.4. L'obbligo di creare o implementare gli organismi di controllo

Il quarto tassello del complesso quadro di misure concerne la creazione di organi preposti a verificare che le procedure stabilite vengano correttamente osservate, e non si verifichino sviamenti e comportamenti di carattere illecito ⁽⁷⁰⁹⁾.

In particolare, le clausole che concernono tale aspetto, di norma, richiedono alla multinazionale di:

⁷⁰⁸ V., sul punto, CASSIN, *The Best Offense Is a Good Defense: How the Adoption of An FCPA Compliance Defense Could Decrease Foreign Bribery*, cit. *supra* nota 663, p. 19. In argomento, inoltre, v. HOFMAN, *Using Data Analytics in FCPA Investigations*, 29 *Crim. Just.* 47, 2014, p. 47; LIVSHIZ, *Choosing between Saw and Scalpel: FCPA Reform and the Compliance Defense*, cit. *supra* nota 663, p. 417; KOEHLER, *Foreign Corrupt Practices Act Ripples*, 3 *Am. U. Bus. L. Rev.* 391, 2014, p. 391.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 743. Sul tema del «whistleblowing», v. O'SULLIVAN, *Private Justice and FCPA Enforcement: Should the SEC Whistleblower Program Include a Qui Tam Provision*, 53 *Am. Crim. L. Rev.* 67, 2016, p. 67. Nella dottrina italiana, di recente, v. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2019, p. 393.

- a) separare e rendere indipendente la funzione *compliance*, creando uno speciale dipartimento i cui membri non possono essere licenziati senza il voto favorevole dell'organo amministrativo, e di coloro i quali rappresentano gli azionisti di minoranza in seno a tale organo;
- b) creare un comitato, interno al dipartimento *compliance*, che abbia il compito di verificare e contestare eventuali violazioni dei dipendenti, con poteri di sospensione e rimozione dalle funzioni in caso di violazione;
- c) creare un comitato interno con autorità sugli investimenti, in cui partecipi il dipartimento di *compliance*;
- d) creare un comitato responsabile delle attività interne di investigazione, con procedure che assicurino il funzionamento e la confidenzialità del «*whistleblowing*»;
- e) creare un comitato etico con il compito di implementare e promuovere codici etici e di condotta.

5.3.3. Parte terza. Le clausole eventuali

Le peculiarità del caso risolto attraverso il ricorso alla giustizia negoziata possono comportare l'inserimento di condizioni ulteriori all'interno dell'accordo sottoscritto dalla multinazionale ⁽⁷¹⁰⁾.

Si tratta di una parte quasi sempre presente negli accordi conclusi da DoJ ed SEC in cui si dà rilievo al comportamento della società indiziata concomitante alla sottoscrizione.

5.3.3.1. L'assunzione di responsabilità

La stipula degli accordi di risoluzione negoziale implica, di norma, il

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 743.

riconoscimento della responsabilità della società nei fatti illeciti indicati come premessa all'accordo.

Ciò avviene, in particolare, nel caso del NPA e del DPA. Come si è visto, tale aspetto è presente anche nella sottoscrizione del GPA in cui si perviene ad una più stigmatizzante pronuncia di colpevolezza.

Nel caso di accordi con la SEC, l'autorità consente di concludere accordi che comprendano né una ammissione, né una negazione di responsabilità. Tuttavia, va sottolineato che la sottoscrizione di un «*settlement*» sarà rifiutata se l'impresa multinazionale rifiuterà espressamente o implicitamente di riconoscere la propria responsabilità, ad esempio contestando le accuse ⁽⁷¹¹⁾.

5.3.3.2. La storia criminale della società indiziata

La commissione di violazioni del FCPA può assumere i tratti di una condotta ricorrente. Di norma, gli accordi sanzionano una molteplicità di pratiche corruttive commesse all'estero dalle multinazionali, giacché la corruzione è strettamente correlata alla mancanza di procedure interne adeguate e della mancata condivisione di principi di etica nella conduzione degli affari.

Perciò, eventuali violazioni passate possono avere rilevanza nella determinazione delle condizioni contenute negli accordi. Infatti, la storia criminale della società indiziata può giustificare un aggravamento delle condizioni contrattuali, giacché indica che non si tratta di fatti episodici ma piuttosto di un problema di carattere strutturale.

5.3.3.3. La stipula di accordi paralleli

Le pratiche di corruzione internazionale possono dare vita a molteplici

⁷¹¹ V., sul punto, KOEHLER, *The Facade of FCPA Enforcement*, cit. *supra* nota 80, p. 944, in cui l'A. sottolinea che la SEC mira ad escludere che possa diffondersi la credenza che i fatti menzionati negli accordi dalla stessa sottoscritti, in realtà, non siano mai avvenuti.

violazioni che esorbitano persino i confini ampi del FCPA. Non è inusuale, pur rimanendo all'interno del perimetro tracciato da tale strumento legislativo, che ricorrano comunque una molteplicità di accordi per la medesima vicenda, con autorità pubbliche, con soggetti privati, e persino con governi stranieri ⁽⁷¹²⁾.

Tali aspetti possono comportare l'inclusione di clausole *ad hoc* in seno agli accordi con DoJ ed SEC, che concorrono a determinarne l'assetto complessivo.

In particolare, possono essere oggetto di contrattualizzazione:

- a) la parallela risoluzione di controversie con le vittime delle condotte illecite (ad es. la composizione di una *class actions*);
- b) la stipula di un accordo parallelo alternativamente con il DoJ o la SEC;
- c) la stipula di un accordo parallelo con le autorità del paese in cui si sono verificate le condotte corruttive, ovvero con il paese in cui ha la sede principale la multinazionale straniera sanzionata.

Tale ultimo aspetto, ai fini della presente indagine, risulta di particolare interesse e merita un conseguente approfondimento. Difatti, in molti casi, di recente, le autorità statunitensi hanno riconosciuto all'impresa multinazionale straniera, sanzionata a norma del FCPA, un credito corrispondente ad una percentuale della sanzione pattuita che la società può scegliere di azionare laddove ha pagato il corrispondente importo al paese di provenienza o di verifica dei fatti ⁽⁷¹³⁾.

⁷¹² V., sul punto, FRICK, *Ice Capades: Restitution Orders and the FCPA*, 12 Rich. J. Global L. & Bus. 433, 2013, p. 434 ss. in cui l'A. sottolinea come la prospettiva vittimologica risulti pressoché assente nelle prassi applicative del FCPA.

⁷¹³ V., sul punto, *ex multis* il caso *Odebrecht*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Odebrecht S.A., cit. *supra* nota 386, §21-d., p. 18; il caso *Airbus*, in *Deferred Prosecution Agreement*, U.S. v. Airbus SE (Airbus), No. 1:20-cr-00021-TFH (U.S.D.C. Jan. 31, 2020), (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020) §8, p. 13.

La tecnica impiegata dalle autorità statunitensi consente di ovviare alle problematiche di *bis in idem* suscitate dall'attivismo extraterritoriale del FCPA. In argomento, v. SARAVALLE, *Corruzione internazionale e «ne bis in idem»*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 205.

Tale opzione aggiunge una terza alternativa rispetto alle due già prospettate, in base alle quali occorrerebbe proseguire con il *legal transplant*, o sul modello convenzionale o sul modello statunitense. Difatti, la nuova prassi applicativa delle agenzie federali consente agli Stati di limitarsi alla cooperazione nella fase investigativa, per poi trarne beneficio nella fase sanzionatoria ⁽⁷¹⁴⁾.

5.3.3.4. L'obbligo di cooperazione futura

L'ultimo aspetto di interesse, cui in parte si è già accennato, concerne l'inserimento di obblighi di collaborazione e cooperazione dopo la sottoscrizione dell'accordo.

Non è inusuale, difatti, l'inserimento di specifici obblighi che impongano la prosecuzione della cooperazione dell'impresa multinazionale con le autorità statunitensi, ed il preciso compito di disvelare ogni altro fatto corruttivo passato, presente o futuro di cui la società abbia conoscenza. Tale obbligo, ed in ciò risiede l'elemento di particolare interesse, comprende non solo l'attività commerciale svolta dalla società, bensì anche qualunque fatto riguardi i dipendenti, i collaboratori, gli amministratori, i fornitori, i clienti, i partner commerciali ed i concorrenti della stessa.

Si è osservato che un simile obbligo finisce per ricadere essenzialmente sui lavoratori, ai quali la società chiede collaborazione con le autorità. Costoro, però, finiscono per trovarsi tra l'incudine e il martello, poiché se espongono tutti i fatti a loro conoscenza possono rischiare di trasformarsi da fonti di prova a indiziati. Tuttavia, se non collaborano efficacemente rischiano di essere sottoposti a contestazione una disciplinare o il licenziamento ⁽⁷¹⁵⁾.

⁷¹⁴ V., sul punto, STEWART, *The FCPA Is Just as Relevant and Necessary Today as Thirty-Five Years ago*, 73 Ohio St. L.J. 1039, 2012, p. 1045 in cui l'A. osserva che nonostante la diffusione globale di disposizioni anticorruzione sul modello americano c'è ancora bisogno di una forte azione di contrasto, giacché il fenomeno corruttivo non accenna a diminuire.

⁷¹⁵ V., sul punto, YOCKEY, *FCPA Settlement, Internal Strife, and the Culture of Compliance*, cit. *supra* nota 663, p. 705; HUSKINS, *FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch*, 60 Stan. L. Rev. 1447, 2008, p. 1451. Nel panorama italiano, v. MANTOVANI, COTTONE, *La reazione*

Tale clausola costituisce un elemento peculiare cui guardare con speciale attenzione. Difatti, esso – in buona sostanza – trasforma la società sanzionata in una fonte di conoscenza di ulteriori violazioni: non solo in capo all’impresa multinazionale incombe l’obbligo di disvelare i propri misfatti, ma altresì essa assume le sembianze di una sentinella del DoJ a cui dovrà riportare ogni possibile violazione.

La dimensione multinazionale della società, poi, rende tale clausola particolarmente pervasiva, dal momento che potenzialmente estende i tentacoli dell’autorità statunitense in luoghi in cui mai e poi mai gli occhi del DoJ potrebbero scorgere violazioni del FCPA.

5.3.4. Parte quarta. Le condizioni della «resa»

L’ultima parte degli accordi conclusi con il DoJ e la SEC consta di condizioni particolarmente stringenti che l’impresa multinazionale è «costretta» ad accettare senza riserve, per poter accedere alla risoluzione del caso ed evitare di essere incriminata e citata in giudizio.

L’accettazione di tali condizioni è funzionale ad ottenere, da parte dell’autorità statunitense, la rinuncia alla prosecuzione del procedimento. Come si è visto, tale rinuncia può essere temporanea (nel caso del DPA), oppure sottoposta a condizione risolutiva (nel caso del NPA e del GPA).

In cambio, l’impresa multinazionale accetta anzitutto di pagare una sanzione pecuniaria che, come si è visto, può avere natura civile o penale, di restituire il profitto e di corrispondere gli interessi maturati.

Inoltre, acconsente ad una serie di rinunce ulteriori che concernono, in buona parte, l’esercizio dei diritti costituzionali, come si vedrà di seguito.

dell’impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 7.

5.3.4.1. La rinuncia a contestare le accuse e allo scrutinio giudiziale

La sottoscrizione di un accordo con il DoJ e la SEC comporta, automaticamente, la rinuncia al diritto a contestare le accuse e a dichiararsi non colpevole di fronte all'autorità giudiziaria ⁽⁷¹⁶⁾.

La condizione trascende la dimensione giurisdizionale. Infatti, con l'accettazione dell'accordo, l'impresa multinazionale rinuncia a contestare i fatti allegati dall'autorità anche nella sfera pubblica: ad esempio, con interviste di propri addetti, o comunicazioni societarie agli azionisti, agli organi di stampa o al mercato.

Contestualmente, la società rinuncia ad essere sottoposta al giudizio di una giuria, da cui potrebbe derivare l'accertamento della inconsistenza delle accuse, e ad un rapido processo. In buona sostanza, l'accordo comporta la definitiva rinuncia a proferirsi innocente ⁽⁷¹⁷⁾.

Va osservato che, in linea di principio, la rinuncia a contestare le accuse – ad esempio, con l'argomento dell'innocenza – specie in un sistema che comprende l'alea della giuria, può risultare una decisione ponderata. Tuttavia, non ci si può esimere dal riportare due osservazioni.

Anzitutto, la pratica degli accordi rischia, come si è già accennato, di trasformare la legislazione penale anticorruzione in una mera imposizione fiscale. Tale rischio è, almeno in parte, mitigato dall'inclusione – negli accordi – di obblighi di miglioramento delle procedure interne di *compliance* e degli organismi di controllo. La funzione dell'accordo, in questo modo, si sposta sensibilmente dal profilo sanzionatorio alla prospettiva di

⁷¹⁶ V., sul punto, SMITH, *Combating FCPA Charges: Is Resistance Futile*, 54 Va. J. Int'l L. 157, 2013, p. 170 in cui l'A. sottolinea che pur disponendo di argomentazioni in punto di diritto, le società preferiscono risolvere la controversia con un accordo piuttosto che contestare le accuse. In argomento, v. THEMELI, *FCPA Enforcement and the Need for Judicial Intervention*, 56 S. Tex. L. Rev. 387, 2014, p. 387.

⁷¹⁷ V., sul punto, *ex multis* il caso *Odebrecht*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Odebrecht S.A., cit. *supra* nota 386, §17-a., p. 13; il caso *Petrobras*, in *Non-Prosecution Agreement*, U.S. v. Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), (U.S.D.J. filed Sept. 26, 2018), (disponibile su: justice.gov – ultimo accesso: 8/10/2020) §3, p. 3; il caso *Avon*, in *Deferred Prosecution Agreement*, U.S. v. Avon Products, Inc., No.1:14-cr-00828-GBD (S.D.N.Y., Dec. 17, 2014), (disponibile su: justice.gov – ultimo accesso: 8/10/2020), §1, p. 2

prevenzione.

In secondo luogo, l'assenza di scrutinio giudiziale esclude la possibilità di accedere all'interpretazione giurisdizionale delle disposizioni oggetto di analisi nel presente elaborato, con ciò non lasciando altra scelta all'interprete che adeguarsi alle politiche di *enforcement* del DoJ e della SEC.

In particolare, l'assenza di controllo giurisdizionale non consente all'indiziato, sia esso una persona fisica, sia esso una persona giuridica, specie se straniera, di sindacare la giurisdizione e l'applicazione extra-territoriale del FCPA, di cui si è ampiamente parlato. Specie se, come si è sopra osservato, esse poggiano su fondamenta assai poco solide e, dunque, potrebbero prestarsi ad una più che ragionevole contestazione ⁽⁷¹⁸⁾.

5.3.4.2. La rinuncia ad eccepire la prescrizione

La scoperta di complessi schemi corruttivi può avvenire anche a distanza di molti anni rispetto al momento in cui si sono verificati i pagamenti illeciti. Tuttavia, una condizione per accedere all'accordo, per l'impresa multinazionale, è la rinuncia ad eccepire la prescrizione dei fatti emersi dalle investigazioni ⁽⁷¹⁹⁾.

Con la sottoscrizione, inoltre, la società accetta di sospendere il corso della prescrizione per tutta la durata dell'accordo, con ciò preservando intatta la possibilità di perseguire la multinazionale, nel caso di inadempimento e conseguente risoluzione dello stesso, per tutti i fatti non ancora prescritti ⁽⁷²⁰⁾.

⁷¹⁸ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 1075 in cui l'A. comprensibilmente si domanda il motivo per cui le multinazionali straniere, che dispongono di ingenti risorse economiche, sufficienti per sostenere i costi di una ferma opposizione ad una pratica che appare dubbia preferiscano invece sottoscrivere tali accordi, senza eccepire l'illegittimità dell'approccio giurisdizionale ed extra-territoriale delle agenzie federali.

⁷¹⁹ V., sul punto, ad esempio il caso *Alstom*, intervenuto nel 2014 ma che comprende fatti risalenti addirittura al 2000, in *Information*, U.S. v. Alstom S.A., Cr. No. 3:14-cr-00246-JBA (D.C.C. Dec., 22, 2014), §57, p. 20 (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020); *Plea Agreement*, U.S. v. Alstom S.A., Cr. No. 3:14-cr-00246-JBA (D.C.C. Dec., 22, 2014), §57, p. B-20 (disponibile su: *justice.gov* – ultimo accesso: 8/10/2020).

⁷²⁰ V., sul punto, *ex multis* il caso *Petrobras*, in *Non-Prosecution Agreement*, U.S. v. Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), cit. *supra* nota 717, § 11, p. 7.

5.3.4.3. La rinuncia alle eccezioni di inutilizzabilità

L'impresa multinazionale, aderendo all'accordo con l'autorità statunitense, rinuncia inoltre ad eccepire l'inutilizzabilità degli atti d'indagine raccolti durante le investigazioni e forniti anche dalla stessa società, mediante la propria collaborazione.

La rinuncia ha efficacia processuale, giacché la parte accetta di rinunciare anche nell'ipotesi in cui l'accordo dovesse essere risolto, e quindi l'autorità dovesse esercitare l'azione penale o civile in giudizio. Con la dichiarazione, l'impresa multinazionale rinuncia ad eccepire in futuro l'inutilizzabilità delle prove raccolte ⁽⁷²¹⁾.

5.3.4.4. La rinuncia ad impugnare l'accordo

L'accordo ha carattere vincolante per la parte privata che lo sottoscrive, mentre non impegna altre sezioni dell'autorità federale ⁽⁷²²⁾. Ciò comporta che la multinazionale si impegna a non impugnare l'accordo, ovvero a non proporre appello nel caso si tratti di un GPA ⁽⁷²³⁾.

5.3.4.5. La rinuncia alla riservatezza

Le parti di una transazione, com'è noto, generalmente si accordano nel prevedere un accordo di riservatezza che concerne, in tutto od in parte, il contenuto della transazione.

Nel caso degli strumenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale, conclusi dal DoJ e dalla SEC, tale possibilità non è concessa

⁷²¹ *Ibid.* § 13, p. 8. V., inoltre, il caso *Avon*, in *Deferred Prosecution Agreement*, U.S. v. Avon Products, Inc., cit. *supra* nota 717, §2, p. 2.

⁷²² V., sul punto, *ex multis* il caso *Petrobras*, in *Non-Prosecution Agreement*, U.S. v. Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), cit. *supra* nota 717, § 16, p. 9.

⁷²³ V., sul punto, *ex multis* il caso *Odebrecht*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Odebrecht S.A., cit. *supra* nota 386, §17-e., p. 14.

alle parti private, per cui l'autorità si riserva non solo di diffondere pubblicamente il contenuto dell'accordo, anche nella sua interezza, ma altresì di comunicare – se del caso – ad altre autorità, anche straniere, il contenuto dell'accordo e degli atti d'indagine su cui lo stesso si fonda ⁽⁷²⁴⁾.

5.3.4.6. La rinuncia al rimborso e ai benefici fiscali

La sottoscrizione dell'accordo con l'autorità statunitense prevede, altresì, per l'impresa multinazionale una formale rinuncia ad ogni pretesa di rimborso, anche nel caso di risoluzione dell'accordo per inadempimento della stessa. Inoltre, essa rinuncia a dedurre dall'imponibile gli importi pagati in forza dell'accordo, e dunque a qualunque beneficio fiscale possa derivarne ⁽⁷²⁵⁾.

5.3.4.7. Il termine e la clausola risolutiva espressa

La rinuncia all'esercizio dell'azione penale o dell'azione civile di fronte al giudice è subordinata, come si è detto, al rispetto delle condizioni previste dall'accordo.

L'accordo, pertanto, prevede un termine – di regola, tra i due ed i quattro anni, ed eventualmente prolungabile di un anno – entro cui l'impresa multinazionale deve provvedere all'adempimento degli obblighi sottoscritti, ossia in materia di sostituzione del personale manageriale o dipendente coinvolto, di predisposizione ed implementazione di adeguate procedure decisionali interne e di *compliance*, di creazione di organismi di controllo.

La valutazione del corretto adempimento viene, di regola, svolta al

⁷²⁴ V., sul punto, *ex multis* il caso *Petrobras*, in *Non-Prosecution Agreement*, U.S. v. *Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras)*, cit. *supra* nota 717, §§ 16-17, p. 9. V., inoltre, il caso *Avon*, in *Deferred Prosecution Agreement*, U.S. v. *Avon Products, Inc.*, cit. *supra* nota 717, §8, p. 8.

⁷²⁵ V., sul punto, *ex multis* il caso *Petrobras*, in *Non-Prosecution Agreement*, U.S. v. *Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras)*, cit. *supra* nota 717, § 9, p. 6; il caso *Airbus*, in *Deferred Prosecution Agreement*, U.S. v. *Airbus SE (Airbus)*, cit. *supra* nota 713 §10, p. 14.

termine del periodo previsto. Tuttavia, se l'impresa multinazionale si conforma rapidamente l'autorità può decidere di azionare anticipatamente la condizione risolutiva, ovvero cessare la sospensione e definire simultaneamente il caso con la definitiva chiusura del procedimento ⁽⁷²⁶⁾.

L'adempimento è oggetto di esclusiva valutazione dell'autorità federale, ed essa sola può determinare se la società ha rispettato le condizioni iniziali pattuite. Viceversa, se non rispetta le obbligazioni assunte, in materia di *compliance* e di organismi di controllo, ovvero commette ulteriori violazioni del FCPA o altri reati federali, viene avviata una procedura di contestazione, nella quale la società ha la possibilità di esporre adeguati rimedi che sta adottando od intende adottare, al fine di stimolare la concessione di una proroga, così evitando la riapertura del procedimento che, altrimenti, risulta inevitabile ⁽⁷²⁷⁾.

5.3.4.8. La clausola M&A: la responsabilità successoria

Lo sviluppo dimensionale, commerciale ed industriale della società multinazionale spesso passa per la via del «*merger*». Non stupisce, perciò, trovare negli accordi siglati da DoJ e SEC una clausola sulla responsabilità successoria, in caso di operazioni straordinarie ⁽⁷²⁸⁾.

La finalità della clausola, com'è evidente, ha lo scopo di impedire che trasformazioni societarie possano vanificare l'azione dell'autorità federale, rendendo inesigibile la sanzione ed il miglioramento della compagine societaria, in termini di soggetti, di procedure decisionali e di *compliance*.

È ricorrente, perciò, che gli accordi stipulati dalle agenzie statunitensi includano uno specifico obbligo per il contraente privato, in caso di operazioni straordinarie, di rendere edotto il *partner* commerciale

⁷²⁶ V., sul punto, *ex multis* il caso *Odebrecht*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Odebrecht S.A., cit. *supra* nota 386, §1, p. 1-2.

⁷²⁷ V., sul punto, il caso *Petrobras*, in *Non-Prosecution Agreement*, U.S. v. Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), cit. *supra* nota 717, § 11, p. 7.

⁷²⁸ V., sul punto, PRESTIDGE, *Avoiding FCPA Surprises: Safe Harbor from Successor Liability in Cross-Border Mergers and Acquisitions*, 55 Wm. & Mary L. Rev. 305, 2013, p. 305.

dell'esistenza dell'accordo, e di ottenere dallo stesso l'assunzione in proprio, o nella società risultante dall'operazione, le obbligazioni originariamente concordate dal contraente. Ciò, a pena di nullità dell'operazione ⁽⁷²⁹⁾.

Tale clausola pone in evidenza il duplice rischio corruzione nell'ambito delle operazioni di M&A. Infatti, non solo l'attività di *due diligence* dovrà occuparsi del rischio della sopravvenienza di contestazioni per violazioni – tra le altre – del FCPA. Ma, inoltre, essa dovrà tenere in considerazione i rischi derivanti dall'accordo nonché le possibili conseguenze di una inadeguata od omessa gestione degli stessi.

5.3.4.9. La clausola di «monitorship»

L'inadeguatezza delle procedure interne di *compliance* costituisce la premessa di fondo degli accordi sopra ampiamente descritti. L'adempimento degli obblighi negoziali, assunti dall'impresa multinazionale con la sottoscrizione dei predetti accordi, ha la finalità di ovviare, per l'appunto, a tale inadeguatezza.

Il processo di adeguamento agli *standard* richiesti risulta in capo alla società contraente. Tuttavia, gli accordi possono prevedere la nomina di «*monitor*», ossia di commissari nominati dall'agenzia federale, su una rosa di nomi fornita dalla società, e dotati di esperienza, abilità e indipendenza, con il compito di supportare nel raggiungimento degli obiettivi, con *report* periodici e raccomandazioni ⁽⁷³⁰⁾.

Parallelamente a tale attività, è compito del monitor quello di informare il dipartimento di eventuali violazioni di cui dovesse venire a conoscenza, ed inoltre di informare periodicamente l'autorità sui progressi

⁷²⁹ V., sul punto, *ex multis* il caso *Odebrecht*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Odebrecht S.A., cit. *supra* nota 386, §10, p. 8. V., inoltre, il caso *Petrobras*, in *Non-Prosecution Agreement*, U.S. v. Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), cit. *supra* nota 717, § 14, p. 8.

⁷³⁰ V., sul punto, il caso *Odebrecht*, in *Plea Agreement*, U.S. v. Odebrecht S.A., cit. *supra* nota 386, §§30-32, pp. 23-25, nonché “*Attachment D*” ad esso allegato, p. D-1 ss. V., inoltre, il caso *Airbus*, in *Deferred Prosecution Agreement*, U.S. v. Airbus SE (Airbus), cit. *supra* nota 713 – *Attachment D*, p. D-1, in cui anziché l'attività di «*monitorship*» è prevista una attività di «*reporting*» ad opera della società.

compiuti dalla società ⁽⁷³¹⁾.

Tale attività e le informazioni assunte nel compimento della stessa, naturalmente, rimangono confidenziali e riservate, comprendendo in parte segreti aziendali ed industriali ⁽⁷³²⁾.

L'attività e, conseguentemente, la clausola di «*monitorship*» sono state ampiamente criticata, poiché dispendiose e ritenute inefficaci allo scopo. In effetti, il corretto adempimento delle obbligazioni negoziali sarebbe di per sé sufficiente a garantire il rispetto dell'accordo, ed inoltre la prospettiva di una risoluzione per inadempimento incentiva in modo determinante la società ad adempiere. Per di più, in società multinazionali strutturate, le dimensioni risulterebbero incompatibili con la supervisione di uno o pochi commissari ⁽⁷³³⁾.

Tuttavia, va osservato che l'attività di affiancamento risulta tutt'altro che inutile. Difatti, la presenza di una o più figure esperte, che supportino la società nel processo di ammodernamento delle funzioni di *compliance* e degli organismi di garanzia non può che contribuire alla riuscita del programma concordato. Inoltre, si tratta di costi che comunque la società dovrebbe sostenere per procurarsi tali competenze nel mercato. La circostanza che ciò sia previsto dall'accordo non può che contribuire a centrare il risultato, per cui deve guardarsi con favore a tale soluzione.

5.4. La forza degli accordi: collaborazione vs. non collaborazione

L'efficacia del modello statunitense poggia su due pilastri principali: la codificazione di fattispecie penali che non presentano limiti applicativi, e un apparato sanzionatorio che fonda il proprio successo sul metodo e gli

⁷³¹ *Ibid.*, §20, p. D-9.

⁷³² *Ibid.*, §23, p. D-10.

⁷³³ V., sul punto, in senso critico DOTY, *Toward a Reg. FCPA: A Modest Proposal for Change in Administering the Foreign Corrupt Practices Act*, cit. *supra* nota 566, p. 1244; KOEHLER, *Foreign Corrupt Practices Act Enforcement and Related Developments*, 89 *Miss. L.J.* 227, 2020, p. 306. V., anche, WARIN, DIAMANT, ROOT, *Somebody's Watching Me: FCPA Monitorships and How They Can Work Better*, 13 *U. Pa. J. Bus. L.* 321, 2011, p. 321 ss.

strumenti della giustizia negoziata.

Su tale ultimo aspetto, va osservato che dall'applicazione del FCPA sembra emergere non solo una netta preferenza per la risoluzione dei casi di corruzione internazionale mediante il ricorso agli accordi sopra descritti, ma anche una netta convenienza di tutte le parti in causa a procedere in questi termini. Ciò che emerge, in particolare, è che nel calcolo utilitaristico tra le opzioni in gioco, l'impresa multinazionale non sembra avere molto da guadagnare da una contrapposizione netta con l'autorità statunitense, potendo invece mitigare gli effetti di eventuali contestazioni gestendo tali questioni mediante il ricorso alla giustizia negoziata.

Come si vedrà di seguito, gli effetti della non collaborazione possono essere ben peggiori del mero inasprimento delle sanzioni, mentre una piena adesione al «programma di riabilitazione» concordato con l'autorità federale può costituire la soluzione più efficiente.

5.4.1. Gli effetti della non collaborazione

L'impresa multinazionale raggiunta da elementi di colpevolezza, in merito a violazioni del FCPA avrebbe, come si è visto, qualche interesse a contestare le accuse del DoJ e della SEC. Infatti, l'apparato sanzionatorio di cui dispongono le due autorità risulta particolarmente severo ed espone la società alla prospettiva di dover pagare pesanti sanzioni economiche ed affrontare un estenuante e costoso processo ⁽⁷³⁴⁾.

Tuttavia, la scelta di non collaborazione con il DoJ e la SEC può recare pregiudizi e conseguenze collaterali persino più gravosi della stessa sanzione pecuniaria.

⁷³⁴ V., sul punto, FRASER, *Assessing the Risk of Going to Trial in a FCPA Prosecution*, 23 *Currents: Int'l Trade L.J.* 44, 2016, p. 44.

5.4.1.1. L'aumento dell'entità delle sanzioni

Il primo effetto collaterale della mancanza di collaborazione è l'incremento delle sanzioni irrogate. Difatti, mediante il sistema dei premi delle «*Guidelines*», l'impresa multinazionale che – raggiunta da accuse di corruzione internazionale – eccepisce questioni di ordine processuale o sostanziale, senza neppure contestare il merito delle accuse, viene immediatamente bollata come «non collaborativa» e, con ciò, le viene precluso l'accesso ai benefici. Ciò si traduce, in sostanza, in un inasprimento della sanzione irrogata al termine della procedura, per cui, la società ha anzitutto un interesse economico alla collaborazione, poiché ha l'opportunità – da subito – di mitigare i rischi patrimoniali derivanti dall'investigazione⁽⁷³⁵⁾.

5.4.1.2. La sottoposizione a procedimento penale

La mancanza di collaborazione iniziale può condurre l'investigazione verso il rapido consolidarsi delle accuse e la formale incriminazione.

Da ciò derivano due conseguenze. Anzitutto, la mancanza di collaborazione iniziale può escludere la società da un accordo nella forma e nelle condizioni meno severe. Difatti, la collaborazione iniziale è uno dei principali elementi che incidono sulla scelta della tipologia dell'accordo, escludendo, in ottica premiale – ad esempio – il ricorso al più gravoso GPA.

La persistenza della non collaborazione, invece, conduce direttamente all'instaurazione di un procedimento penale. Difatti, come si è visto, pochissime sono le ipotesi in cui una investigazione non conduce all'accertamento di violazioni del FCPA, per cui – in assenza di un accordo – la società va incontro ad una incriminazione e, dunque, ad un processo,

⁷³⁵ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 1076 in cui l'A. osserva che alla minima obiezione, la risposta del DoJ è di considerare tale condotta come «non collaborazione».

In materia di sanzioni, v. U.S. Sentence Guidelines, §8C2.5(g), (disponibile su: ussc.gov – ultimo accesso (10/10/2020).

molto costoso, dall'esito incerto, e a sanzioni ancor più severe in caso di condanna: un calcolo sull'economicità delle opzioni in gioco sembra suggerire all'impresa multinazionale di raggiungere un compromesso, anche nella convinzione di poter dimostrare l'insussistenza dei fatti. Anzi, migliori sono le premesse fattuali, maggiore sarà il vantaggio competitivo in fase di trattativa, con la possibilità – però – di evitare l'alea del giudizio.

5.4.1.3. I danni reputazionali

L'impresa multinazionale che non collabora e, poi, finisce sotto processo subisce danni reputazionali enormi ⁽⁷³⁶⁾.

Difatti, mentre l'accertamento della responsabilità sarà oggetto di giudizio di fronte alla corte, il giudizio da parte degli investitori non potrà che essere immediato: la notizia di una incriminazione, o anche solo di un coinvolgimento in indagini per violazione del FCPA – a fronte dell'imponente armamentario sanzionatorio – non può che preoccupare ed influenzare le decisioni di investimento nel mercato azionario ⁽⁷³⁷⁾.

In proposito, va sottolineato che se la multinazionale che finisce sotto la lente di ingrandimento del DoJ e della SEC è, generalmente, una società quotata. La notizia di una indagine e, soprattutto, della decisione della società di non collaborare con le autorità può originare conseguenze imprevedibili sulla sua capitalizzazione, danneggiando l'ente in modo ancor più

⁷³⁶ V., sul punto, KIM, *Public Perceptions of Corporate Criminal Sanctions: An Empirical Study of the Reputational Impact of Corporate Criminal Misconduct*, cit. *supra* nota 652, p. 467.

⁷³⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, cit. *supra* nota 494, p. 1076 in cui l'A. osserva che le notizie di una incriminazione penale o di una citazione civile, da parte del DoJ o della SEC possono produrre conseguenze ben peggiori delle stesse elevatissime sanzioni irrogabili da tali autorità. V., altresì, KEELING, ADAMS, LUPTON, *Lessons from Libya: Regulatory Scrutiny Has Increased FCPA Risks for Private Equity and Hedge Funds in Their Dealings with Sovereign Wealth Funds*, 33 *Int'l Fin. L. Rev.* 47, 2014, p. 47; AYE, *Taming the Country's Natural Resources*, 32 *Int'l Fin. L. Rev.* 50 2013, p. 50 ss., in cui l'A. osserva come la legislazione in materia di corruzione internazionale orienta le politiche di investimento delle imprese; MANNING, *Private Equity and the FCPA: Deal-Making as Reform Mechanism*, 42 *Pepp. L. Rev.* 377, 2015, p. 377; GOLUMBIC, ADAMS, *The Dominant Influence Test: The FCPA's Instrumentality and Foreign Official Requirements and the Investment Activity of Sovereign Wealth Funds*, 39 *Am. J. Crim. L.* 1, 2011, p. 1 ss.

significativo di quanto potrebbe fare l'autorità ⁽⁷³⁸⁾.

5.4.1.4. Le misure interdittive

L'apertura di un fascicolo per violazione delle disposizioni del FCPA produce una conseguenza immediata per l'impresa multinazionale: le articolazioni governative possono decidere la sospensione o il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione ⁽⁷³⁹⁾.

La misura della sospensione può essere decisa anche in base alla mera incriminazione, non è necessario attendere la condanna. Per cui, la scelta dell'impresa multinazionale di non collaborare conduce inevitabilmente all'esclusione dai contratti con il governo federale ⁽⁷⁴⁰⁾.

La decisione, invero, non è appannaggio degli inquirenti. Essa viene assunta da ogni articolazione governativa indipendentemente, tenendo conto di numerosi fattori, tra cui però vi è – *in primis* – l'interlocuzione ed il parere del DoJ. In tale contesto, perciò, la contrapposizione ed il rifiuto di collaborare non consentono all'impresa multinazionale di contare sul parere favorevole del DoJ, con ciò pregiudicando le sorti della valutazione governativa ⁽⁷⁴¹⁾.

Inoltre, un parere negativo di DoJ e SEC può comportare l'esclusione da ogni rapporto con istituzioni internazionali come la World Bank, la Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo ed altre Banche multilaterali, le quali, dal 2010, hanno adottato una politica anticorruzione comune ⁽⁷⁴²⁾.

Infine, la violazione del FCPA può comportare conseguenze negative in ogni settore regolamentato, come ad esempio quello delle armi in cui

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 1076.

⁷³⁹ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 75.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 75.

⁷⁴¹ *Ibid.*, pp. 75-76.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 76.

occorrono particolari licenze per l'esportazione ⁽⁷⁴³⁾.

In questo campo, le autorità federali assumono un ruolo di cruciale importanza. Difatti, in presenza di condotte di corruzione internazionale sanzionate mediante il ricorso alla giustizia negoziata, DoJ ed SEC possono fornire rassicurazioni sulla idoneità delle misure adottate dalla società sanzionata per evitare la reiterazione di tali condotte, così scongiurando l'applicazione delle anzidette misure interdittive.

5.4.2. Gli effetti della collaborazione

L'impresa multinazionale che pone in essere condotte di corruzione internazionale, ovvero che viene a conoscenza delle condotte illecite commesse nell'esercizio dell'attività commerciale potrebbe avere interesse a mantenere il silenzio ed avvantaggiarsi dei profitti della corruzione.

Tuttavia, come si è osservato, le fonti di informazione di interesse investigativo, nel ben congeniato sistema americano, sono molteplici, per cui è possibile che soggetti interni alla compagine societaria od operatori concorrenti procedano a notificare l'autorità per ottenerne dei benefici, con conseguente pregiudizio per l'accusata.

Ciò, come si è detto, ingenera una generale convenienza alla «*voluntary disclosure*» che alimenta il sistema di controllo sulle attività illecite commesse dalle imprese multinazionali. Tuttavia, quand'anche non sia scaturita da una auto-denuncia, la società continua ad avere un concreto interesse a prestare la massima collaborazione con l'autorità federale.

5.4.2.1. La rapida definizione del procedimento, ed a condizioni migliori

La cooperazione con DoJ ed SEC, come in parte si è anticipato, consente all'impresa multinazionale di accedere al sistema premiale degli

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 76.

accordi. Tanto più è significativa la collaborazione, poi, tanto più favorevole saranno le condizioni stesse dell'accordo.

Ciò comporta la possibilità, per la società, di definire rapidamente l'indagine, evitare una incriminazione formale ed un processo, scongiurare finanche la possibilità di evitare una pronuncia di colpevolezza. Infatti, laddove la collaborazione sia immediata e completa, il DoJ e la SEC saranno più disponibili ad accordarsi con uno degli strumenti negoziali più favorevoli, come il NPA o il DPA (nel caso della SEC, inoltre, l'impresa multinazionale potrebbe accedere alla sottoscrizione di un CDO).

Inoltre, la cooperazione garantisce alla società una diminuzione delle sanzioni, per cui essa ne beneficia economicamente, riducendo l'entità degli importi che altrimenti sarebbe stata costretta a pagare ⁽⁷⁴⁴⁾.

5.4.2.2. La mancanza di una incriminazione formale per corruzione

La risoluzione del caso mediante il ricorso ad un accordo, che presuppone la collaborazione con l'autorità federale, consente all'impresa multinazionale di evitare gli enormi danni reputazionali e di capitalizzazione che potrebbero derivare da una formale incriminazione ⁽⁷⁴⁵⁾.

La cooperazione, difatti, non deriva da un mero calcolo economico basato sull'avversione al rischio della società, bensì dalle conseguenze potenzialmente devastanti che le notizie di una indagine e, tanto più, di una incriminazione possono cagionare nel mercato borsistico, le quali possono consistere nel crollo del valore delle azioni della società. La sensazione, perciò, è che le imprese multinazionali siano spinte a «gestire» la notizia dell'avvio di una indagine, trasformandola nella notizia di aver «concluso un accordo» per evitare ogni sviluppo imprevedibile della stessa ⁽⁷⁴⁶⁾.

⁷⁴⁴ V., sul punto, U.S. Sentence Guidelines, cit. *supra* nota 735, §8C2.5(g)

⁷⁴⁵ V., sul punto, KIM, Public Perceptions of Corporate Criminal Sanctions: An Empirical Study of the Reputational Impact of Corporate Criminal Misconduct, cit. *supra* nota 652, p. 467.

⁷⁴⁶ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 269 in cui l'A. sottolinea il crollo del valore delle azioni delle società, nei casi *Wal-*

L'apertura di una investigazione, senza una adeguata risposta da parte della società, specie la mancanza di collaborazione con l'autorità, può costare molto all'ente, in termini di risorse economiche e personali da impiegare nella gestione del contenzioso, in termini di aumento dei tassi di credito, in termini di valore economico nelle operazioni straordinarie di M&A. Per cui, l'obiettivo di evitare tali conseguenze negative, restituendo al mercato l'immagine di una società che, scoperto il «misfatto», ha escluso i soggetti coinvolti, migliorato le proprie procedure interne in modo da evitare nuove violazioni, e risolto complessivamente la problematica senza esporre la società a rischi incalcolabili, risulta prevalente rispetto a qualsiasi altra strategia legale, basata sull'infondatezza dei fatti o della loro rilevanza penale a norma del FCPA ⁽⁷⁴⁷⁾.

5.4.2.3. Il parere favorevole delle autorità per evitare le misure interdittive

L'incriminazione e la condanna per violazioni del FCPA, come si è visto, possono condurre alla sospensione dei contratti con il governo federale e al divieto generale di contrarre con la pubblica amministrazione ⁽⁷⁴⁸⁾.

La cooperazione con le autorità, invece, può comportare il rilascio di un parere favorevole ai dipartimenti chiamati a decidere circa le misure interdittive, poiché DoJ ed SEC possono attestare l'impegno della multinazionale nella predisposizione di sistemi di *compliance* che eviteranno la reiterazione dei reati ⁽⁷⁴⁹⁾.

Mart's (2012) e *Sciclone* (2010).

⁷⁴⁷ V., sul punto, KOEHLER, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, cit. *supra* nota 68, p. 271 ss.

⁷⁴⁸ V., sul punto, DOJ, SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, cit. *supra* nota 349, p. 75.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, pp. 75-76.

6. LA SCELTA OBBLIGATA: ULTERIORI NOTAZIONI CONCLUSIVE

La prevenzione e la repressione della corruzione internazionale hanno messo radici profonde negli ordinamenti comunemente percepiti come più avanzati. La larga condivisione e la conseguente adesione alle convenzioni internazionali, da parte di un numero sempre crescente di paesi, dimostrano una attenzione pressoché universale al fenomeno corruttivo nelle transazioni economiche internazionali.

Tuttavia, l'interesse e la capacità dei paesi di introdurre disposizioni sostanziali e processuali in grado di reprimere efficacemente il fenomeno della corruzione internazionale, alla prova dei numeri, si sono dimostrati insoddisfacenti, e dalle classifiche del WGB è emerso chiaramente come, all'esito del processo di criminalizzazione e del tentativo di *legal transplant*, il modello statunitense continua ad essere l'unico concretamente applicato con successo nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale.

Ciò si è verificato, anzitutto, per merito delle decisioni di politica criminale adottate negli Stati Uniti, prima che per demerito degli altri paesi. Infatti, la decisione di criminalizzare la corruzione internazionale, all'indomani dagli scandali dell'epoca *Watergate*, e la pervicacia con cui la potenza americana ha promosso la diffusione di disposizioni uniformi in materia hanno sicuramente inciso non solo all'esterno, e cioè sui tentativi di esportazione del modello, ma in primo luogo all'interno, ossia sulla concreta ed efficace applicazione dello stesso. Diversamente, non pare potersi dubitare che neppure i risultati «deludenti», conseguiti oltre i confini territoriali degli Stati Uniti, sarebbero stati raggiunti.

In secondo luogo, tra le ragioni del successo statunitense nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale, assumono centralità sia l'adozione di disposizioni sostanziali particolarmente efficaci, e scevre di limiti applicativi, sia l'impiego di un modello sanzionatorio caratterizzato dagli elementi della severità, della premialità e della negozialità.

In merito al primo aspetto, occorre sottolineare almeno tre elementi di interesse, sia per comprendere le ragioni dell'affermazione del modello statunitense come particolarmente efficace, sia avendo riguardo alle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano. Anzitutto, la scelta di dotare la fattispecie penale di elementi, quali la forma della condotta o la qualità dell'agente, che ne estendono oltremodo l'applicazione extra-territoriale.

L'elevato livello di *enforcement* del FCPA si verifica in primo luogo per l'espansione dei tentacoli del DoJ e della SEC alle condotte ovunque perpetrate, e non solo in territorio americano, ed inoltre in ragione della sottoposizione a tale disciplina da parte delle società aventi titoli negoziati. In secondo luogo, è risultata efficace la scelta di non frazionare la fattispecie, bensì di ricomprendervi tutti i fatti relativi alla condotta attiva del corruttore, senza richiedere la verifica che il pagamento illecito abbia sortito l'effetto atteso, e dunque espungendo l'accordo dagli elementi costitutivi per inserirlo, al più, nell'elemento soggettivo. In ultimo, l'inclusione nella fattispecie degli intermediari, in modo tale da punire efficacemente le dazioni a terzi che si suppone, sulla base di elementi di fatto, avessero il compito di «comprare» l'atto o la funzione del pubblico agente straniero. Tali elementi, come si è visto, potrebbero costituire un modello verso cui dirigere la fattispecie di corruzione internazionale prevista dall'ordinamento italiano che, alla prova dei fatti, ha dimostrato difficoltà applicative proprio su tali tre elementi. Più che al modello convenzionale, pertanto, risulta preferibile la scelta di recepire, nell'ordinamento interno, le ragioni di successo della fattispecie statunitense.

A ciò va aggiunto che è risultata particolarmente efficace la scelta di affiancarvi una fattispecie in materia di regolare tenuta delle scritture contabili e di sistemi di controllo, indipendente dalla fattispecie principale, e con sanzioni elevatissime, perciò dotata di capacità general-preventiva ancora maggiore. Si è visto, difatti, che laddove l'autorità federale non ha raccolto elementi sufficienti per procedere alla formulazione di una accusa di corruzione internazionale, ciò non ha impedito di azionare le disposizioni in materia di corretta redazione e controllo contabili. Ancorché non costituisca l'oggetto della presente analisi, sembra utile accennare al fatto che una revisione delle disposizioni italiane in materia è stata oggetto di auspicate istanze di riforma, anche di recente, per cui il modello statunitense potrebbe costituire una valida opzione ⁽⁷⁵⁰⁾.

⁷⁵⁰ V., sul punto, in tema di falso dichiarativo, nel contesto del diritto penale tributario, le riflessioni contenute in MUCCIARELLI, *Le dichiarazioni fraudolente: fattispecie da ripensare?* In *Sistema penale*, 30 aprile 2020, p. 1 ss. (disponibile su: *sistemapenale.it* – ultimo accesso 10/10/2020).

Parimenti centrale tra le ragioni che consentono un elevato livello di *enforcement* della disciplina statunitense, come si è osservato, è l'adozione di un sistema sanzionatorio caratterizzato da severità, premialità e negozialità, ed in ultimo focalizzato sulla responsabilità penale della persona giuridica. Infatti, sebbene possa apparire non imprescindibile, quantunque significativo, il tipo (penale) della responsabilità societaria, invece l'individuazione delle cornici edittali delle sanzioni pecuniarie nel doppio del profitto conseguito, ovvero del danno arrecato, il forte incentivo alla collaborazione, se non all'auto-denuncia volontaria, ed infine la possibilità di accedere ad un accordo che contempla un percorso virtuoso e mitiga le conseguenze di carattere afflittivo arretrate dell'indagine, dall'incriminazione e dal processo, prima ancora che dalla sentenza, sembrano risultare i tasselli mancanti alla disciplina italiana, ed allo stesso tempo le "carte vincenti" del modello statunitense: come si osserverà più approfonditamente nel seguente capitolo conclusivo, conformarsi al modello statunitense risulta, perciò, una scelta pressoché obbligata.

Sul tema "tormentato" delle false comunicazioni sociali, v., su tutti, il giudizio – questi sì, insuscettibile di appello – in PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1371 ss. in cui l'A. parla di una riforma, quella del 2002 – ossia la "controriforma" – , favorevole per gli «*inclinati alla penombra*». Densa di «*vincoli irrazionali*» (il commento è di SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 7, 2015, p. 813 ss.), nonché «*di dubbia effettività e dissuasività*» (il commento è di MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016 (disponibile su: penalecontemporaneo.it – ultimo accesso: 10/10/2020), com'è noto, la disciplina della "controriforma" è stata oggetto di una recente novella, che tuttavia non sembra convincere del tutto. V., sul punto, *ex multis* BRICCHETTI, PISTORELLI, *La lenta "scomparsa" del diritto penale societario italiano*, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 26, p. 53 ss.; LANZI, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 26, p. 10 ss.; nonché lo stesso prof. Vittorio Manes, da ultimo citato. Un giudizio positivo, non senza l'auspicio di una riforma radicale dell'intero comparto dei reati societari, allo scopo di eliminare «*manchevolezze e difetti*» v., invece, MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, fasc. 2, 2015, p. 159 ss.

CAPITOLO IV
LA SUPREMAZIA DEL DIRITTO STATUNITENSE NELLA
LOTTA ALLA CORRUZIONE INTERNAZIONALE: LE
IMPLICAZIONI PER LE MULTINAZIONALI E GLI STATI
STRANIERI

1. LA CORRUZIONE INTERNAZIONALE E LA SUPREMAZIA DEL DIRITTO STATUNITENSE

La corruzione dei pubblici funzionari stranieri è stata definita come il «flagello» del commercio internazionale e, come si è lungamente osservato nel primo capitolo, essa costituisce un serio elemento di preoccupazione per l'economia e lo sviluppo, per l'equità sociale e per la stessa salute delle imprese multinazionali che più di tutte risultano veicolo del fenomeno incriminato ⁽⁷⁵¹⁾.

Gli studi più volte menzionati nello svolgimento del presente elaborato ne hanno definito i tratti come un fenomeno enorme, grave e diffuso, che ha trovato per lo più argini timidi e inefficaci, con la sola significativa eccezione degli Stati Uniti. Il paese americano, infatti, è stato il primo a punire come illecito penale la corruzione internazionale, dando così avvio al processo di criminalizzazione su scala globale. Inoltre, stimolando l'adozione di convenzioni internazionali in materia, ha tentato – per la verità senza riuscirci, dal momento che, come si è detto nel secondo capitolo, il tentativo di *legal transplant* non può che considerarsi un approdo mancato –

⁷⁵¹ La definizione della corruzione come «flagello» è di CRIVELLARO, *Arbitrato internazionale e corruzione*, in *Riv. Arb.*, fasc. 4, 2019, p. 663.

di far convergere gli ordinamenti stranieri verso l'introduzione di regole uniformi che svolgessero una efficace azione di contrasto al fenomeno.

In conclusione a tale processo, va osservato che – ad ogni modo – su queste premesse, l'ordinamento statunitense e le scelte di politica criminale del paese americano hanno costruito la loro supremazia.

Un dato risulta incontrovertibile. L'aver convinto i paesi stranieri a sottoscrivere specifici obblighi di incriminazione, per le persone fisiche e le persone giuridiche, in relazione alle condotte di corruzione internazionale, attraverso lo strumento convenzionale, alla prova dei numeri, è risultato del tutto insufficiente a raggiungere l'obiettivo. Ciò, anzitutto, perché le disposizioni nazionali introdotte – lo si è visto ampiamente nel secondo capitolo, con particolare riguardo al contesto italiano – sono risultate non pienamente conformi agli obblighi assunti in sede internazionale, né al modello di origine americana. In secondo luogo – lo si è visto anche con riguardo agli altri paesi coinvolti dal *legal transplant* – al netto delle divergenze dai modelli convenzionali e di origine statunitense, il processo di criminalizzazione ha comunque condotto a risultati largamente insoddisfacenti in termini di *enforcement*. In altre parole, il tentativo di esportare il modello statunitense con la forza della persuasione, non solo ha raggiunto risultati deludenti con riguardo all'aspetto del formale recepimento delle disposizioni sostanziali, ma sovente è il fallimento con riguardo ai risultati applicativi, comportando con esso – in questo caso – il fallimento del *legal transplant* come metodo.

Vi è da dire che non è stato tutto inutile. Infatti, come verrà sottolineato, è il processo di criminalizzazione ad aver posto le premesse indispensabili all'azione universale di contrasto al fenomeno della corruzione internazionale, avviata dagli Stati Uniti negli ultimi due decenni, e da cui sorgono le rilevanti implicazioni per le multinazionali e gli stati stranieri di cui si dirà di seguito.

Difatti, sebbene sia complessivamente fallito il tentativo di *legal transplant*, ossia di esportare ed applicare il modello statunitense all'interno dei paesi esteri, in modo che ciascuno di essi contribuisse all'azione di contrasto al fenomeno, il processo di criminalizzazione – ancorché inefficace sul piano applicativo – ha comunque raggiunto l'obiettivo di far convergere idealmente le potenze straniere verso un indirizzo condiviso, ossia il

proposito di reprimere la corruzione internazionale.

In base a ciò, la presa di coscienza che, alla sottoscrizione degli impegni comuni, non è poi seguita una efficace azione di contrasto da parte degli altri paesi, ed il conseguente avvio di una politica anticorruzione che ha trasformato gli Stati Uniti in un inquisitore globale non hanno trovato argomenti di reazione ed alcuna credibile opposizione da parte delle potenze e delle multinazionali straniere. Infatti, in un contesto globale in cui, per volere e abilità anzitutto degli Stati Uniti, la corruzione internazionale è divenuta non più accettabile, bensì è percepito come necessario che venga adeguatamente sanzionata, ed ovunque sono state via via introdotte fattispecie incriminatrici a ciò deputate, ancorché inefficaci, la circostanza che le multinazionali straniere possano eventualmente beneficiare del silenzio delle giurisdizioni d'origine non costituisce più un argomento adeguato per impedire la profittevole azione di supplenza della potenza americana.

L'applicazione extraterritoriale del FCPA e la scure degli Stati Uniti sulle multinazionali straniere possono, invero, suscitare perplessità di carattere giuridico e politico, come si è visto nel corso dell'analisi. Tuttavia, a risultare incomprensibile è, invero, anzitutto il silenzio delle giurisdizioni di provenienza, che rimangono pressoché inermi rispetto al verificarsi di gravissime condotte di corruzione internazionale, mentre le stesse finiscono nelle maglie della giustizia americana.

In un certo senso, gli Stati Uniti colmano il vuoto lasciato dagli altri paesi, che risultano scarsamente interessati ovvero non in grado di sanzionare adeguatamente la corruzione internazionale. Perciò, l'azione di contrasto della potenza americana, condotta soprattutto fuori dai propri confini territoriali, non incontra opposizioni realmente persuasive, per quanto astrattamente suscettibili di avere dignità e una base giuridica solida, forse più solida delle stesse basi su cui il FCPA giustifica la propria applicazione extraterritoriale. Difatti, la scure dell'apparato sanzionatorio statunitense, di norma, si abbatte su multinazionali straniere la cui giurisdizione di origine condivide la scelta di criminalizzare la corruzione internazionale. Per cui, la violazione del FCPA non si sostanzia in condotte consentite a norma dell'ordinamento di appartenenza. Conseguentemente, in tale contesto, ad emergere non è la distonia dell'ultrattività dello strumento legislativo

statunitense, bensì l'allarmante impunità cagionata dall'immobilismo dei paesi di origine, al quale il FCPA sembra porre salvifico rimedio.

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, pertanto, non avrà consentito di raggiungere l'obiettivo teorico iniziale, ossia quello di creare una risposta normativa corale e di contrasto al fenomeno, da parte di tutti gli Stati coinvolti nel *legal transplant*. Tuttavia, probabilmente del tutto inaspettatamente, tanto per gli Stati Uniti che vi hanno dato avvio, tanto per i paesi stranieri vi hanno partecipato, esso ha consentito di porre le premesse imprescindibili per l'affermazione del sistema statunitense e della sua supremazia, non tanto (o non soltanto) quale modello da emulare, bensì quale modello la cui pervasiva efficacia risulta oramai difficile da avversare.

Come si è visto, il FCPA ha dimostrato una concreta capacità di individuare e sanzionare le condotte di corruzione internazionale, specie quelle perpetrate dalle imprese multinazionali, di molto superiore a qualunque altro strumento legislativo straniero.

La previsione di una fattispecie incriminatrice eccezionalmente efficiente, per le ragioni di cui si è detto, suscettibile di avere ampia applicazione, sia soggettiva che extraterritoriale, unitamente ad altri elementi, quali la previsione in tema di corretta tenuta delle scritture contabili, e un apparato sanzionatorio improntato – come si è visto – a elementi di severità, premialità e negozialità costituiscono il nucleo delle ragioni di successo del FCPA sotto il profilo dell'*enforcement*.

Ciò sembra portare a due immediate conseguenze: la prima relativa alle multinazionali straniere, la seconda relativa ai paesi stranieri. Su entrambe si soffermeranno diffusamente i prossimi paragrafi conclusivi, benché in questa sede si possa già anticipare come la straordinaria capacità del FCPA di contrastare e sanzionare la corruzione internazionale sembri inevitabilmente suggerire, se non imporre, tanto alle multinazionali quanto ai paesi stranieri, di adeguarsi ad esso ⁽⁷⁵²⁾.

⁷⁵² V., sul punto, YOCKEY, *Choosing Governance in the FCPA Reform Debate*, 38 J. Corp. L. 325, 2013, p. 325 ss. in cui l'A. traccia alcune implicazioni derivanti dall'applicazione del FCPA, sia per le imprese multinazionali, sia in termini di prospettive di riforma dello stesso strumento legislativo statunitense.

2. LE IMPLICAZIONI PER LE IMPRESE MULTINAZIONALI STRANIERE

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale ha comportato il recepimento, negli ordinamenti nazionali, di disposizioni sostanziali che prevedessero la perseguibilità della corruzione dei funzionari stranieri, commessa tanto dalle persone fisiche, tanto dalle persone giuridiche. In particolare, i modelli convenzionali hanno obbligato i paesi aderenti a prevedere che del reato di corruzione internazionale potesse essere chiamata a rispondere la persona giuridica nel cui interesse od a vantaggio della quale è stata perpetrata la condotta illecita.

Ciò comporta una conseguenza immediata quanto lapalissiana, cui è appena il caso di accennare per mera completezza, ossia la necessità per l'impresa multinazionale di prevenire i rischi derivanti dalle disposizioni locali in materia di corruzione internazionale, dal momento che nel conformarsi ai modelli convenzionali esse possono comportare la responsabilità della persona giuridica, oltre che della persona fisica autore dell'illecito ⁽⁷⁵³⁾.

Tuttavia, ben più significativa, in questa sede, non può che essere l'incidenza dei rischi derivanti dall'applicazione universale del FCPA, che merita di essere adeguatamente rimarcata.

Lo strumento legislativo statunitense, come si è visto, punisce la corruzione internazionale delle imprese multinazionali straniere, attraverso un complesso sistema di previsioni che stabiliscono la giurisdizione americana su tali condotte ovunque perpetrate. È, infatti, fuori dai confini territoriali degli Stati Uniti che la scure del FCPA si abbatte più severamente, sanzionando le società straniere per la corruzione dei funzionari di qualunque paese, anche in assenza di connessione territoriale della condotta con il suolo americano.

Da un lato, l'incremento esponenziale delle azioni e delle sanzioni rispettivamente avviate ed irrogate per condotte illecite di siffatta tipologia, dall'altro, la indiscutibile attenzione che il DoJ e la SEC rivolgono alle

⁷⁵³ V., sul punto, MANTOVANI, *Il ruolo delle aziende nella lotta alla corruzione*, in *Riv. Dott. Comm.*, fasc. 1, 2013, p. 115.

imprese multinazionali straniere, fanno del FCPA e della sua applicazione universale una tra le principali fonti di rischio con cui le società straniere sono chiamate a confrontarsi, oltre che una potente arma nel governo dell'economia mondiale.

Quanto si è osservato nei precedenti capitoli, con riguardo alla particolare efficacia dello strumento statunitense, non può che essere qui ribadito, osservando le conseguenti implicazioni per le imprese multinazionali straniere.

Il FCPA risulta in grado, come nessun altro strumento al mondo, di captare, sanzionare e prevenire la corruzione internazionale. In primo luogo, esso stimola la volontaria «*disclosure*» delle condotte illecite che la società avesse posto in essere o di cui la stessa fosse venuta a conoscenza. In secondo luogo, esso premia la scelta di collaborare efficacemente con l'autorità alla rimozione delle conseguenze dell'illecito, all'accertamento dei fatti, all'identificazione dei soggetti coinvolti. In ultimo, esso induce a negoziare le condizioni della «*resa*» e gli importi della sanzione, e con esse l'adozione di sofisticati modelli di organizzazione volti a prevenire la reiterazione di tali reati.

In base al quadro complessivo dei possibili effetti della non collaborazione e della collaborazione, posti a confronto nel terzo capitolo, non può che ribadirsi, in conclusione, che la scelta di aderire all'invito alla collaborazione da parte delle autorità statunitensi, per l'impresa multinazionale straniera, sembra in effetti costituire una scelta pressoché obbligata oltre che virtuosa.

È un'altra, tuttavia, l'implicazione più rilevante, che costituisce il punto di arrivo del percorso di analisi compiuto nei capitoli precedenti. Infatti, dallo scarso livello di *enforcement* delle disposizioni ispirate ai modelli convenzionali e, contemporaneamente, dall'avanzamento degli Stati Uniti, nell'applicazione del FCPA e dagli strumenti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale, usati dal DoJ e dalla SEC, di cui si è ampiamente parlato nel terzo capitolo, sembra anzitutto potersi trarre un decalogo dei requisiti fondamentali di cui deve essere dotato il modello di organizzazione, gestione e controllo dell'impresa multinazionale anche straniera, per impedire la perpetrazione della corruzione di funzionari stranieri e delle false attestazioni nelle scritture contabili, ovvero per mitigare

le conseguenze di simili condotte, di fronte alla scure della giustizia statunitense.

In particolare, non sembra potersi prescindere – per l’impresa multinazionale – dall’adozione delle procedure decisionali, di *compliance* e dagli organi di controllo che si riscontrano tra le condizioni ricorrenti negli accordi stipulati dal DoJ e dalla SEC. Infatti, come si è visto, le società oggetto di interesse investigativo sono state sanzionate proprio per la mancata introduzione o il mal funzionamento di tali procedure e di tali organi di controllo, comportando ciò, contestualmente e sistematicamente, l’impegno delle stesse a provvedere in tal senso, autonomamente o mediante il supporto di speciali commissari («monitor»), scelti dall’autorità su una rosa di candidati forniti dall’impresa multinazionale.

È pur vero, come non si è mancato di sottolineare, che proprio le stesse autorità statunitensi escludono l’esistenza di un modello organizzativo universale, poiché i rischi derivano anzitutto dal tipo di attività, dalla dimensione e dalla struttura della società in questione, ed inoltre non pare potersi dubitare del fatto che gli obblighi di adeguare le procedure interne a *standard* di prevenzione più elevati, contenuti negli accordi sottoscritti da DoJ ed SEC, discendono dalle precise carenze individuate nella specifica investigazione. Tuttavia, il carattere ricorrente degli obblighi evidenziati nel terzo capitolo non sembra poter escludere che essi costituiscano, in sostanza, i requisiti essenziali di adeguatezza del modello organizzativo, con ciò evidenziandosi una immediata implicazione per l’impresa multinazionale: difatti, essa è chiamata essenzialmente ad adeguarsi non soltanto ai requisiti di legge locale, bensì – in base al suo peculiare livello di *enforcement* – anzitutto, al FCPA ed alle sue prassi applicative ⁽⁷⁵⁴⁾.

Il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, mediante *legal transplant*, come si è visto, ha prodotto la frammentazione dei risultati normativi, complicando il quadro giuridico generale ed incrementandone la complessità, e con essa le difficoltà per l’impresa

⁷⁵⁴ V., sul punto, ZECCA, PALUDI, *Corruzione e modelli di organizzazione delle imprese: un’analisi giurisprudenziale*, in Del Vecchio, Severino (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 105.

multinazionale di adeguarsi agli obblighi di ciascun paese in cui essa opera. Tuttavia, nella lotta al fenomeno corruttivo di matrice transnazionale, a fronte dell'ineffettività delle disposizioni risultanti da tale processo, la condivisione diffusa dei propositi di incriminazione che ne è derivata ha consentito l'avanzamento dei tentacoli statunitensi così, da un lato, colmando il vuoto dell'ineffettività dei vari modelli nazionali e, dall'altro, permettendo al FCPA di assurgere a *legal framework* universale. Ne risulta che l'impresa multinazionale, a margine di tale fenomeno, non può prescindere dal confrontarsi con lo strumento legislativo americano e con le sue immediate implicazioni sulle scelte organizzative. Essa, infatti, risulta inevitabilmente vincolata ad adeguarvisi e ad aggiornare costantemente il proprio modello di organizzazione, gestione e controllo in base alle risultanze che derivano dalla sua applicazione. In sintesi, e venendo alle società italiane che operano nel contesto commerciale internazionale, anche se considerazioni analoghe possono essere riproposte *mutatis mutandis* per le multinazionali straniere, si può concludere che i limiti applicativi della fattispecie di cui all'Art. 322 *bis* c.p. e del D.Lgs. 231/2001 non riducono i profili di rischio derivanti dalla corruzione internazionale, semmai li aumentano, comportando la necessità, per quanto si è detto, che lo sguardo della *compliance* sia saldamente rivolto ad ovest, e cioè alla disciplina statunitense del FCPA.

3. LE IMPLICAZIONI PER GLI STATI ESTERI

La supremazia del diritto statunitense nella lotta alla corruzione internazionale produce implicazioni soprattutto per i paesi stranieri le cui imprese risultano maggiormente attive nel commercio internazionale, e l'Italia è senza alcun dubbio tra questi. Precisamente, l'interrogativo appare molto chiaro, ed altrettanto incerte le possibili risposte: esso si sostanzia nel comprendere quali siano le reazioni possibili all'inarrestabile avanzata del diritto statunitense, e quale quella effettivamente auspicabile.

Le conseguenze economiche e sociali della corruzione internazionale, poste in luce nel primo capitolo del presente elaborato, hanno evidenziato la necessità di adottare politiche convergenti, sul piano sovranazionale, da parte degli stati. In particolare, è emersa la necessità che tali politiche, da un lato, mirino a contrastare efficacemente il flagello della corruzione e, dall'altro,

elimino quelle sacche di impunità tutt'oggi presenti, riducendo la propensione dei «paesi canaglia» a tollerare la corruzione internazionale.

Per quanto le implicazioni programmatiche risultino sufficientemente chiare, occorre calare tali propositi sul piano delle prospettive di riforma, ossia sul piano dei cambiamenti normativi che si ritengono necessari a conseguire i risultati auspicati: è su questo puntuale interrogativo che si palesano almeno tre differenti soluzioni possibili, ciascuna delle quali merita di essere analizzata singolarmente.

3.1. L'adozione del modello convenzionale: il completamento del legal transplant

Il secondo capitolo ha evidenziato ampiamente come il processo di criminalizzazione non possa dirsi efficacemente concluso.

Difatti, sebbene la lotta alla corruzione internazionale sia divenuta patrimonio comune della comunità sovranazionale, a tal punto che fattispecie incriminatrici che sanzionano tale fenomeno sono comparse in ordinamenti di ogni parte del mondo, non può non registrarsi un generale fallimento del tentativo di *legal transplant*, giacché – come si è visto – alla prova dei numeri, il precipitato di tale lungo e complesso processo di riforme ha prodotto, nella comunità internazionale degli Stati interessati dal fenomeno, un insieme di risultati del tutto insoddisfacenti.

L'analisi contenuta nel secondo capitolo del presente elaborato, in particolare, ha mostrato come divergenze sia formali che di ordine sostanziale tra i vari modelli convenzionali, ed infine la non piena corrispondenza dell'ordinamento italiano al modello convenzionale dominante, abbiano comportato un sostanziale disallineamento con il *legal framework* sovranazionale, tanto da dover considerare l'ordinamento italiano non pienamente in *compliance* con le fonti sovranazionali.

Ciò pone un primo interrogativo, ossia la necessità e – conseguentemente – l'opportunità di riavviare e concludere il processo di criminalizzazione della corruzione internazionale, implementando quegli aspetti dell'ordinamento italiano che, come si è visto nel secondo capitolo, non risultano in linea con il *legal framework* di matrice internazionale.

In proposito, va tuttavia considerato che, dall'analisi condotta nella

prima parte del presente elaborato, è emerso il fallimento del *legal transplant* convenzionale non solo come risultato, bensì anzitutto come metodo, giacché difatti non solo il precipitato del tentativo di esportazione è risultato non conforme al quadro giuridico sovranazionale, ma altresì la mediazione in ambito internazionale ha distaccato significativamente i modelli convenzionali dallo strumento legislativo statunitense, riducendo la portata complessiva del processo di criminalizzazione. Perciò, ripercorrere la strada del *legal transplant*, laddove essa sembra essersi interrotta, rivolgendo ancora lo sguardo ai modelli convenzionali, appare invero una soluzione inidonea a raggiungere lo scopo di combattere efficacemente la corruzione internazionale.

Tali considerazioni, invece, sembrano condurre l'analisi verso una nuova prospettiva, e cioè verso il superamento della logica della cooperazione internazionale, semmai, rivolgendo l'attenzione direttamente alla fonte principale, ossia al FCPA. È questa, perciò, la seconda opzione possibile.

3.2. *L'adozione del modello statunitense: emulare il FCPA*

Il secondo ed il terzo capitolo hanno evidenziato i limiti applicativi della normativa italiana e, nel contempo, le ragioni di successo dello strumento legislativo statunitense. Inoltre, a più riprese, si è considerato auspicabile un intervento organico di riforma dell'ordinamento italiano, tanto sulle disposizioni sostanziali, tanto sugli istituti processuali, ispirato proprio al modello statunitense.

Tale opzione costituisce la seconda alternativa. Tuttavia, essa presenta, invero, dei possibili profili di criticità che occorre approfondire. Anzitutto, è necessario accertare la compatibilità con l'ordinamento penale, processuale ed in ultimo anche costituzionale di un modello che deriva da un ordinamento straniero caratterizzato da un sistema estremamente distante da quello italiano, per poi verificare se un *legal transplant* – stavolta, direttamente dallo strumento legislativo statunitense all'ordinamento italiano – possa avere maggiore successo del recepimento del modello convenzionale.

3.2.1. Il recepimento delle disposizioni sostanziali del FCPA

La prospettiva di un recepimento pieno ed effettivo delle disposizioni sostanziali contenute nel FCPA, già ad un primo esame, nel confronto con gli istituti processuali, risulta assai meno problematica.

Il recepimento delle peculiarità che concernono le fattispecie incriminatrici previste dallo strumento legislativo statunitense, infatti, non sembra suscitare particolari profili di criticità rispetto ai principi costituzionali ed ai cardini generali del sistema penale.

Precisamente, non appare affatto problematica la sostituzione dell'attuale fattispecie di cui all'Art. 322 *bis* c.p. con una monosoggettiva di nuovo conio, focalizzata sulla corruzione attiva internazionale del pubblico funzionario straniero, ossia verso chi tollera, incoraggia, autorizza od effettua pagamenti di denaro, dazioni o elargizioni di ogni altro tipo, rivolti, direttamente o indirettamente, ad un funzionario pubblico straniero, ovvero ad un funzionario straniero che esercita funzioni corrispondenti a quelle del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio a norma dell'ordinamento italiano, o ad un terzo, nella convinzione che almeno una parte sia destinata al funzionario, in modo che agisca o si astenga dall'agire in relazione ai doveri d'ufficio.

La nuova fattispecie, ispirata al modello statunitense, sebbene anticipi notevolmente la tutela, ed estenda l'ambito di incriminazione ad una serie di comportamenti solo in parte attualmente sanzionati dal Codice penale, non si presenta in contrasto, bensì appare perfettamente in linea con il sistema penale italiano, per cui non si rinvengono sostanziali profili di incompatibilità, potendosi, perciò, auspicare – a fronte del successo che la disciplina conosce nel contesto giuridico statunitense – un suo pieno recepimento.

3.2.2. Il recepimento dell'apparato sanzionatorio e degli istituti processuali del FCPA: la giustizia negoziata

Il livello di *enforcement* così significativamente marcato del FCPA non dipende, come si è visto, unicamente dalla particolare efficienza delle fattispecie incriminatrici. Esso, difatti, risulta fortemente condizionato dal

complesso apparato sanzionatorio e dagli istituti processuali con cui trovano composizione i casi di corruzione internazionale ⁽⁷⁵⁵⁾.

Va osservato, a questo punto dell'indagine, che a differenza che per le disposizioni sostanziali, più complesso risulta, invece, il recepimento del sistema sanzionatorio, sia con in merito ai criteri che determinano il trattamento sanzionatorio, sia riguardo agli istituti per la risoluzione negoziale delle condotte illecite.

Come si è visto, il modello statunitense è improntato a criteri di severità, premialità e negozialità, alcuni dei quali risultano già presenti nel nostro ordinamento, mentre altri risultano in tutto od in parte assenti. Al fine di poter comprendere se tali criteri siano compatibili con l'ordinamento italiano, prima ancora di definire se questa risulti essere la scelta più opportuna ed efficace, occorre allora esaminarli e verificarne la conciliabilità con il sistema processuale e costituzionale in cui tali elementi e strumenti dovrebbero installarsi.

3.2.2.1. La premialità e la compatibilità con il principio del “nemo tenetur se detegere”

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 reca già alcuni elementi di premialità di cui senz'altro occorre tenere conto nel giudizio di compatibilità tra il sistema statunitense e l'assetto ordinamentale italiano, in vista di un suo possibile recepimento nel nostro ordinamento.

Sul punto, va osservato che l'Art. 11 del decreto citato prevede, nella determinazione della sanzione pecuniaria, il giudice debba tenere conto

⁷⁵⁵ V., sul punto, la pertinente osservazione contenuta in PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione. Tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2015, p. 3389 in cui l'A. osserva che non già nell'inasprimento del trattamento sanzionatorio, quanto piuttosto nelle norme processuali e di prevenzione che occorre riporre maggiore attenzione, in quanto idonee a produrre «meno effimeri e più consistenti effetti» nell'azione di contrasto alla corruzione. Tale assunto appare perfettamente sovrapponibile al tema oggetto d'indagine, in cui – sebbene siano evidenti le potenzialità applicative di una disciplina modellata sul paradigma statunitense, rispetto all'attuale disciplina italiana, una riforma che ne recepisce unicamente gli aspetti di diritto sostanziale sarebbe, inevitabilmente, destinata ad una minore efficacia.

dell'attività svolta dall'ente per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. Inoltre, l'Art. 12 del decreto cit. dispone una riduzione della sanzione nel caso in cui l'ente, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, abbia risarcito integralmente il danno, ovvero eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, o comunque si sia «efficacemente» adoperato in tal senso. Lo stesso prevede, inoltre, se abbia adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi. Infine, qualora abbia soddisfatto entrambi i requisiti ed altresì messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca, l'ente può inoltre evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive.

Nella disciplina italiana risultava, però, sino a poco tempo fa, del tutto assente ogni prospettiva premiale in favore dell'ente espressamente prevista per la collaborazione all'accertamento dei fatti, per la identificazione dei colpevoli e, infine, per la volontaria «discovery» di illeciti societari che, invero, costituiscono, assieme alla clausola delatoria (o «snitch clause»), alcuni degli elementi caratterizzanti il modello statunitense, e che ne determinano l'impareggiabile successo.

In un sistema, come quello statunitense, caratterizzato dalla notevole severità dell'apparato sanzionatorio, l'altro lato della medaglia della prospettiva premiale, invero, disvela un effetto sostanzialmente sfavorevole per l'ente che non accede alla collaborazione, con ciò evidenziandosi un potenziale conflitto con il principio italiano del *nemo tenetur se detegere*. Difatti, in presenza di sanzioni pecuniarie così marcatamente afflittive quali sono quelle previste dal modello statunitense, ed a fronte degli effetti negativi di cui si è detto, derivanti dall'avvio di una investigazione, dalla incriminazione e dal processo per corruzione internazionale, ad emergere non è la prospettiva premiale della collaborazione, quanto piuttosto la prospettiva penalizzante a fronte della non collaborazione.

In proposito, però, va osservato che tale argomentazione non ha impedito l'introduzione, nell'ordinamento italiano, di disposizioni analoghe per le persone fisiche, in relazione a reati quali l'associazione per delinquere di stampo mafioso di cui all'Art. 416 *bis* c.p., ai reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, e precisamente dei benefici

previsti dall'Art. 416 bis.1 c.p.

Lo stesso deve rilevarsi in relazione al delitto associativo finalizzato al traffico di sostanze stupefacenti, posto che all'Art. 74 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, il comma 7 espressamente prevede una diminuzione dalla metà a due terzi delle pene previste dallo stesso articolo nel caso l'imputato si sia «efficacemente» adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti.

Paradossale risulta, poi, la circostanza che disposizioni analoghe siano state introdotte per le persone fisiche, proprio in relazione ai reati di corruzione, ivi compresa la fattispecie di corruzione internazionale di cui all'Art. 322 *bis* c.p., che sono state invece introdotte solo di recente nella disciplina della responsabilità degli enti, a norma del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quantunque, come vedremo, non risultino parimenti estese ed al contrario si manifestino del tutto insufficienti ⁽⁷⁵⁶⁾.

Anzitutto, l'art. 323 *bis* c.p. dispone la riduzione della pena da un terzo a due terzi per chi si sia «efficacemente» adoperato per evitare che l'attività illecita sia portata a ulteriori conseguenze, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili, nonché per il sequestro delle somme trasferite. L'art. 323 *ter* c.p., di recente introduzione, dispone inoltre una clausola di non punibilità per la tempestiva autodenuncia e per la immediata collaborazione con l'autorità giudiziaria, con indicazioni utili per assicurare le prove dei reati e per la individuazione dei responsabili.

Non si rinvengono, invece, come si è anticipato, disposizioni equivalenti nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 nel quale il legislatore, neppure in seguito alla recente novella, ha inteso modificare l'Art. 12, e cioè rimpinguare i casi di riduzione o di esclusione della sanzione pecuniaria proprio per la immediata o successiva «*discovery*» volontaria e collaborazione con l'autorità giudiziaria sull'accertamento dei fatti, sull'identità dei colpevoli e su eventuali illeciti di terzi non ancora individuati

⁷⁵⁶ V., sul punto, in senso critico MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2019, p. 1257; PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 530; SANTORIELLO, *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti "furori sanzionatori"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 756.

(757).

Al contrario, egli si è limitato all'introduzione del comma 5-*bis* all'art. 25, in cui si prevede la mera riduzione della durata delle sanzioni interdittive, e non anche delle sanzioni pecuniarie, nel caso in cui l'ente si sia «efficacemente» attivato per evitare che l'attività corruttiva venga portata a ulteriori conseguenze, per assicurare le prove del reato e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, e contestualmente abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi ⁽⁷⁵⁸⁾.

Tali disposizioni risultano, invero, del tutto insufficienti rispetto alla prospettiva premiale contenuta nella disciplina statunitense.

Anzitutto, va osservato come esse si rivolgano al reato, e non anche all'illecito amministrativo, per cui non è previsto alcun beneficio premiale per l'ente che autodenuncia o collabora all'accertamento del proprio illecito. Inoltre, esse non comportano l'esclusione o la riduzione della sanzione pecuniaria, né – invero – una riduzione effettivamente significativa della durata delle sanzioni interdittive, per cui non solo la disciplina risulta orientata all'affermazione della responsabilità penale delle persone fisiche, ma addirittura sembra non curarsi degli effetti che la collaborazione richiesta

⁷⁵⁷ Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 è stato oggetto di recenti interventi di riforma, dapprima con la l. 9 gennaio 2019, n. 3 e, successivamente, con il D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75. In merito all'impatto dell'ultima novella v. *ex multis* GREGNANI, TROYER, GALLI, *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale d'impresa. Le nuove norme in tema di reati tributari ed il loro impatto sulla responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001*, in *Riv. Dott. Comm.*, fasc. 1, 2020 p. 107 ss.

⁷⁵⁸ Ciò, peraltro, riguarda le condotte di corruzione internazionale unicamente in ragione dell'interpretazione giurisprudenziale che la Suprema Corte di Cassazione ha effettuato del previgente comma 5 e che, in questa sede, non può che ritenersi parimenti applicabile alla nuova disciplina. V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 30/09/2010, n. 42701 in *Foro It.*, 6, II, p. 370 e in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2010 con nota di TRINCHERA. In argomento v., anche, CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'ente per corruzione internazionale e l'applicabilità (anche in sede cautelare) delle sanzioni interdittive*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2011, p. 1 ss. (disponibile su: archivioldpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso: 10/10/2020).

In senso contrario, di recente, v. Tribunale di Milano, Sez. IV penale, 18 dicembre 2018 con nota di SCOLETTA, *Sulle sanzioni interdittive per gli enti responsabili di corruzione internazionale e gli incerti confini del principio di tassatività*, in *Società*, 2019, 12, p. 1421.

comporta per la responsabilità amministrativa della persona giuridica ⁽⁷⁵⁹⁾.

Infine, un ultimo elemento: l'esclusione delle sanzioni pecuniarie dalla premialità può essere colmata solo in parte dai benefici derivanti dalla «attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto» di cui all'Art. 11 del decreto. Per cui, si rende manifesta non solo l'omissione di un elemento premiale significativo, ma – per quel che più rileva ai fini della presente indagine – ciò tradisce l'assoluta inadeguatezza della sanzione pecuniaria nel sistema sanzionatorio approntato dal decreto, in cui – come vedremo – risulta pressoché assente il requisito della severità, che invece contraddistingue e muove il successo del FCPA.

In questa sede, occorre perciò sottolineare come l'introduzione di istituti che comportino una prospettiva premiale per l'ente, il quale autodenuncia l'illecito amministrativo e fornisce indicazioni utili per l'accertamento dei fatti, non solo di reato, ma anche delle violazioni del decreto, risulta compatibile con l'assetto complessivo del sistema penale e, conseguentemente, non può che guardarsi con favore all'introduzione, non già di una mera clausola che esclude la punibilità quanto, piuttosto, di una organica disciplina improntata alla premialità graduale, in base alla tempestività ed alla completezza delle attività rimediali, che includa altresì la collaborazione dell'ente all'acquisizione di notizie di reato e di illecito amministrativo non già conosciute dall'autorità.

Naturalmente, ciò non potrà riguardare solo la durata delle misure interdittive, com'è attualmente, ed al contrario dovrà prevedere la possibilità di mitigare od escludere, tanto le sanzioni interdittive quanto la sanzione pecuniaria, in base a criteri predeterminati dalla legge.

⁷⁵⁹ L'assenza, nel decreto citato, di ogni riferimento all'art. 62 *bis* c.p. rende perciò inapplicabile l'istituto delle circostanze attenuanti generiche che, invero, potrebbe consentire di recuperare un accenno di premialità, in un sistema che invece risulta fortemente orientato alla repressione del reato, e poco centrato sull'accertamento dell'illecito amministrativo della persona giuridica.

3.2.2.2. La negozialità e la compatibilità con i principio di obbligatorietà dell'azione penale, del diritto di difesa e del giusto processo

L'elemento della negozialità nella disciplina italiana, nel confronto con il testo statunitense, risulta anch'esso significativamente limitato.

L'Art. 63 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 prevede, com'è noto, la possibilità di definire il procedimento mediante l'applicazione all'ente della sanzione «su richiesta», in una logica perfettamente sovrapponibile al paradigma negozialità – pena di cui all'Art. 444 c.p.p. ⁽⁷⁶⁰⁾.

La negozialità di cui alla disciplina americana, invece, come si è visto, risulta complessivamente assai più ampia, e non concerne esclusivamente la determinazione della sanzione, peraltro – in quel contesto – fortemente disciplinata dalle apposite linee guida ⁽⁷⁶¹⁾.

La possibile introduzione di una disciplina analoga a quella statunitense, nell'ordinamento italiano, è stata accolta da qualche perplessità, in particolare rilevando un possibile conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di rango costituzionale ⁽⁷⁶²⁾.

Invero, tale criticità appare effettivamente superabile. Anzitutto, a ben vedere, la disciplina degli istituti di risoluzione negoziale dei casi di corruzione internazionale si basa proprio sul presupposto avvio di una investigazione penale, e dunque sul suo concreto esercizio. Semmai, è nell'ambito dell'archiviazione senza l'adozione di alcun accordo che il DoJ esplica la propria discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale ⁽⁷⁶³⁾.

⁷⁶⁰ V., sul punto, CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit. *supra* nota 316, p. 192.

⁷⁶¹ V., sul punto, U.S. Sentence Guidelines, cit. *supra* nota 735.

⁷⁶² V., sul punto, LONATI, BORLINI, *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, in SOREIDE, MAKINWA (Edited by), *Negotiated settlements in bribery cases*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2020, p. 288.

⁷⁶³ V., sul punto, SHABAT, *SEC Regulation of Attorneys under the Foreign Corrupt Practices Act: Decisions on Efficiency and Their Role in International Anti-Bribery Efforts*, 20 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 987 1999, p. 1025 in cui l'A. osserva che la discrezionalità, nel Sistema statunitense, può effettivamente orientare il rifiuto di esercitare l'azione penale nei casi in cui dalla stessa possano derivare risultati modesti in termini patrimoniali, posto che le agenzie federali

Difatti, l'*enforcement* del FCPA, da parte del DoJ e della SEC, attraverso i sopra descritti NPA, DPA, GPA, CDO, CA, presuppone l'avvio di una investigazione e la raccolta di elementi di prova sufficienti all'incriminazione formale. La circostanza che, nel contesto giuridico statunitense, l'autorità possa scegliere discrezionalmente se esercitare l'azione penale non accede all'impiego degli strumenti di risoluzione negoziale, poiché, invero, qualora eserciti tale discrezionalità nessun accordo di questo tipo verrà siglato in concreto dall'impresa multinazionale accusata, neppure una DL o una DLD, che parimenti presuppongono l'inizio di una attività di accertamento paragonabile all'avvio di una investigazione. Perciò, in buona sostanza, rappresentano una «modalità» di esercizio dell'azione penale, più che una espressa rinuncia.

Tali accordi, a ben vedere, costituiscono una alternativa al processo, non una alternativa all'esercizio dell'azione penale. L'introduzione di una disciplina analoga, nell'ordinamento italiano, non sembra porsi perciò in aperto contrasto con il principio di cui all'Art. 112 della Costituzione.

In secondo luogo, il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale potrà essere ulteriormente garantito tipizzando con adeguata precisione le condizioni di accesso agli istituti negoziali ed ai benefici premiali, in modo da scongiurare che gli stessi possano essere impiegati in modo inadeguato o non conforme al dettato costituzionale.

La negozialità, in tali strumenti, a ben vedere, si focalizza sulle condizioni definitorie del procedimento, non tanto sulla rinuncia all'azione penale. Inoltre, è semmai la parte privata a rinunciare al vaglio giurisdizionale, in cambio di benefici premiali, e ciò costituisce un'ipotesi astrattamente percorribile e costituzionalmente conforme tanto al principio di obbligatorietà che alle regole del giusto processo.

Perciò, l'introduzione di parametri prefissati e di figure che

operano secondo criteri di economicità e, quindi, con dotazioni di bilancio che necessitano di essere impiegate con criteri di efficienza. Nell'ambito della presente analisi, si può conseguentemente osservare che la presenza di discrezionalità, può semmai condurre alla mancata sottoscrizione di alcun accordo, ma in un contesto – quale quello italiano – in cui tale aspetto non è presente, l'obbligatorietà dell'azione penale non si presenta come un ostacolo al recepimento degli istituti della giustizia negoziata.

consentano la premialità, non può che risultare compatibile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, il quale – peraltro – finirà per costituire un ulteriore incentivo alla negoziazione. Difatti, posto che l'autorità inquirente non ha, a differenza che negli Stati Uniti, alcuna possibilità di rinunciare all'esercizio dell'azione penale, sarà nell'interesse preminente dell'impresa multinazionale di concludere un accordo e di porre in essere tutte le condizioni perché lo stesso sia meno gravoso.

Il vero elemento di frizione con il dettato costituzionale è invece rinvenibile astrattamente nell'assenza di scrutinio giudiziale, che ricorre in alcuni di questi strumenti negoziali, e che riguarda due momenti fondamentali della loro applicazione, il momento iniziale ed il momento finale, in cui vengono accertate rispettivamente l'adeguatezza delle condizioni sottoscritte, inclusa l'entità delle sanzioni e la qualità delle misure rimediali, e l'adempimento delle stesse da parte del contraente privato con la definitiva chiusura del procedimento.

Anche in questo caso, a ben vedere, non si tratta di un limite insuperabile. Occorre, difatti, osservare che la mancanza di scrutinio giudiziale interessa gli strumenti negoziali in misura differenziata. In particolare, come si è visto con riguardo al DPA e al GPA, nella disciplina statunitense esiste un passaggio giurisdizionale in cui il giudice verifica il rispetto delle condizioni di legge e di alcuni diritti costituzionali. Non si rinviene, perciò, una apprezzabile differenza rispetto all'istituto italiano dell'applicazione della pena (o, nel caso degli enti, della sanzione) su richiesta. In quel momento preciso, nell'ordinamento italiano, potrà essere senz'altro collocata la verifica dell'adeguatezza delle condizioni concordate con la Procura della Repubblica, ovviando così alla possibile frizione derivante dalla mancanza di scrutinio giudiziale.

Più complesso risulta, invece, il recepimento di istituti come il NPA, la DL e la DLD, in cui risulta assente ogni scrutinio giurisdizionale. In questo caso, non vi è un vero e proprio momento di verifica delle condizioni negoziate, da parte del giudice, per cui l'introduzione di istituti simili potrebbe porsi astrattamente in conflitto con l'ordinamento processuale e, in ultimo, con i principi costituzionali.

Tuttavia, possono qui richiamarsi, anzitutto, le stesse osservazioni già rese dalla Corte Costituzionale in tema di applicazione della pena su

richiesta, giacché la rinuncia ad azionare giudizialmente questioni ed eccezioni deve intendersi ricompresa nel diritto di difesa, il quale non può essere confuso con l'obbligo di esercitarlo ⁽⁷⁶⁴⁾.

In secondo luogo, va osservato che gli strumenti di giustizia negoziata nei quali risulta assente ogni scrutinio giudiziale costituiscono ipotesi di minore gravità, sia in relazione all'offesa, sia in relazione alle misure ed alle sanzioni che risultano necessarie in risposta alla condotta asseritamente illecita. In questo senso, una limitazione di tali istituti alle sole ipotesi in cui risulti necessario disporre la mera confisca del profitto del reato, e non risultino invece necessarie tanto l'applicazione di sanzioni pecuniarie o interdittive, tanto l'adozione di nuove procedure di *compliance*, poiché – ad esempio – l'impresa multinazionale vi ha già provveduto e siano reputate contestualmente sufficienti dall'autorità inquirente, risulterebbe perfettamente compatibile con l'applicazione di una clausola di non punibilità nell'ambito della procedura di archiviazione di cui all'Art. 58 del decreto cit., in cui parimenti risulta assente ogni controllo giurisdizionale, non potendosi considerare tale il vaglio del Procuratore Generale cui è sottoposto il decreto motivato di archiviazione emesso dal Pubblico Ministero ⁽⁷⁶⁵⁾.

Pertanto, non si ravvede alcuna evidente inconciliabilità formale, tra il sistema della giustizia negoziata e l'ordinamento processuale e costituzionale italiano, potendosi perciò concludere che invero *nulla osta* alla introduzione di maggiori elementi di negoziabilità, nell'ambito delle disposizioni in materia di corruzione internazionale e di conseguente responsabilità delle persone giuridiche.

⁷⁶⁴ V., sul punto, Corte Costituzionale, 26/06/1990 (deposito: 02/07/1990), Pres. Saja, Rel. Gallo, in Gazz. Uff. 04/07/1990, n. 27.

⁷⁶⁵ V., sul punto, FANUELE, *Archiviazione e riapertura delle indagini nel procedimento di società*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 203.

3.2.2.3. La severità e la compatibilità con il principio di proporzionalità

L'introduzione di criteri di premialità e negozialità, come si è visto, non palesa profili di incompatibilità con i principi dell'ordinamento processuale e costituzionale.

È opportuno, tuttavia, specificare che tali auspicabili interventi di riforma, non solo dovranno caratterizzarsi per una revisione organica della disciplina della responsabilità degli enti, ma altresì dovranno includere congiuntamente sia gli elementi di premialità sia gli elementi di negozialità sopra descritti per avere concrete possibilità di successo sotto il profilo dell'*enforcement*.

Va ulteriormente osservato che ciò potrebbe comunque non risultare sufficiente, qualora l'intervento finisse per non riguardare anche il terzo elemento su cui si fonda il successo dell'apparato sanzionatorio statunitense, ossia la severità.

Non può, in questa sede, non essere ulteriormente sottolineato come l'ordinamento italiano si presenti del tutto privo di capacità sanzionatoria, e dunque di efficacia deterrente, per via della natura eccessivamente blanda delle sanzioni pecuniarie applicabili ⁽⁷⁶⁶⁾.

L'Art. 10 del decreto cit., com'è noto, limita a poco più di un milione e mezzo di euro il massimo della sanzione pecuniaria applicabile ai casi di illecito amministrativo commesso dalle persone giuridiche, importo elevabile sino al triplo, a norma dell'Art. 21, in caso di plurime violazioni.

Non vi è chi non veda come tali limiti edittali risultino assolutamente inadeguati e sproporzionati per difetto, rispetto alla gravità dei fatti che sono chiamati a sanzionare. Nel confronto con l'ordinamento statunitense, la sanzione massima applicabile, a norma del decreto citato, costituisce uno «zero virgola», laddove le cifre «sborsate» dalle imprese multinazionali perseguite in base Al FCPA, come si è visto, in alcuni casi, superano anche

⁷⁶⁶ V., sul punto, SEVERINO, *Il problema del contrasto alla corruzione*, cit. *supra* nota 334, p. 5 in cui l'A. afferma che, quantomeno, il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 rappresenta una «scommessa vinta» nella sensibilizzazione espressa nei confronti delle società verso l'adozione di modelli volti alla prevenzione delle condotte corruttive.

di molto la soglia del miliardo di dollari, e negli altri casi si esprimono, oramai di regola, nell'ordine di centinaia di milioni di dollari.

La cornice edittale della sanzione pecuniaria, conseguentemente, necessita di una radicale rivisitazione ed un adeguamento all'entità dei fatti che la stessa è chiamata a sanzionare. Precisamente, occorre modificare il valore delle quote nel senso di comminare una pena pecuniaria la cui cornice edittale sia ancorata all'entità del profitto o del danno causati dall'illecito amministrativo, i quali esprimono concretamente la gravità del fatto, prevedendo altresì – se del caso – un importo minimo.

In concreto, occorre prevedere una modifica del comma 3 dell'Art. 10 del decreto cit. in cui il valore delle quote dovrà risultare compreso tra un decimo della millesima parte e la cinquecentesima parte del profitto o del danno, in modo che la sanzione pecuniaria concretamente irrogabile si attesti tra il decimo ed il doppio di tali valori.

In assenza di una modifica dei limiti della sanzione pecuniaria, nel senso di prevedere che la stessa risulti agganciata all'entità del profitto o del danno, anche l'introduzione dei predetti elementi di premialità e di negoziabilità potrebbe condurre a risultati insoddisfacenti sotto il profilo applicativo. Difatti, come si è visto, è nella possibilità di mitigare la severità delle sanzioni che il FCPA ancora la propria forza deterrente, e la propria capacità sanzionatoria.

L'introduzione di una sanzione pecuniaria di questo tipo avrebbe senz'altro carattere marcatamente afflittivo. Tuttavia, non risulterebbe di per sé incompatibile con la confisca del profitto, già prevista dall'Art. 6, né con i principi dell'ordinamento processuale e costituzionale, a norma dei quali risulta pienamente conforme l'applicazione delle sanzioni interdittive in via definitiva, come disposto dall'Art. 16. Difatti, se tale misura – che comporta la «morte» dell'ente – risulta proporzionata alle ipotesi di maggiore gravità, una sanzione pecuniaria agganciata, in particolare, all'entità del profitto non potrebbe che superare agevolmente il vaglio di costituzionalità sulla proporzionalità ⁽⁷⁶⁷⁾.

⁷⁶⁷ V., sul punto, EPIDENDIO, *Corruzione e sanzioni a carico degli enti*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 179 in cui l'A. sottolinea come il principio di proporzionalità risulti applicabile anche all'illecito amministrativo

Perciò, anche il recepimento dei criteri di severità derivanti dal modello statunitense non appare di per sé incompatibile con l'ordinamento italiano e costituzionale, potendosene al contrario auspicare il recepimento.

3.2.2.4. Alcune perplessità sulle prospettive di efficacia del *legal transplant* dal FCPA. Gli esempi: *Bribery Act (2010)*, *Loi Sapin II (2016)*, *Canada DPA (2019)*

La prima verifica, lo si è detto, concerne la compatibilità delle disposizioni sostanziali, dell'apparato sanzionatorio e degli strumenti della giustizia negoziata con i principi cardine del diritto penale, del diritto processuale e – «*last but not least*» – dell'ordinamento costituzionale italiano.

Tale verifica, per quanto si è sopra osservato, sembra aver avuto un risultato positivo, nel senso di una piena compatibilità con il sistema italiano della disciplina statunitense, se pur non si possa celare che occorreranno meticolosa attenzione e scrupolosa rimediazione degli istituti perché, oltre ad assicurarne una piena compatibilità, essi si innestino in maniera armonica e coerente, com'è d'obbligo in ogni esperimento di *legal transplant*.

Un secondo aspetto, tuttavia, necessita di attenzione: la compatibilità delle disposizioni non ne garantisce l'efficacia una volta recepite, come in parte si è visto con il processo di criminalizzazione. In proposito, va osservato che la seconda opzione, ossia quella del *legal transplant* direttamente dal modello americano, di recente, è stata adottata da

dipendente da reato.

ordinamenti come quello britannico ⁽⁷⁶⁸⁾, quello francese ⁽⁷⁶⁹⁾ e, da ultimo, quello canadese ⁽⁷⁷⁰⁾.

Un'analisi puntuale della disciplina di questi paesi esula dall'oggetto del presente elaborato. Ciò che, tuttavia, non può non essere sottolineato è che tali disposizioni non sembrano aver avuto – almeno per il momento – lo stesso livello di *enforcement* della disciplina statunitense, mostrando peraltro di rivolgersi principalmente ad una applicazione interna ⁽⁷⁷¹⁾.

Tale secondo tentativo di *legal transplant*, questa volta basato sulla necessità di importare, più che sulla volontà di esportare il modello statunitense, da parte dei paesi che ne hanno sino ad ora recepito i caratteri essenziali, comporterebbe il ritorno ad un approccio nuovamente regionale alla lotta alla corruzione internazionale, in luogo dei nuovi termini di applicazione universale del FCPA da parte delle autorità U.S.A.

L'efficacia di tale nuovo paradigma – che, in effetti, appare una reazione inarrestabile – risulta però tutta da dimostrare.

Gli Stati Uniti hanno oramai acquisito una posizione di leadership

⁷⁶⁸ V., sul punto, il *Bribery Act* (2010), Chapter 23, recante «an Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes». Per un commento, v. NICHOLLS, DANIEL, BACARESE, MATON, HATCHARD, *Corruption and misuse of the public office*, cit. *supra* nota 18, p. 58 ss; DEMING, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, cit. *supra* nota 119, p. 125 ss; LORD, KING, *Negotiating non-contention. Civil recovery and deferred prosecution in response to transnational corporate bribery*, cit. *supra* nota 342, p. 244 ss. V., inoltre, in chiave comparata con la disciplina americana, BINKOVITZ, *Recent Changes in U.S. and U.K. Overseas Anti-Corruption Enforcement under the FCPA and the U.K. Bribery Law: Private Equity Compliance*, cit. *supra* nota 663, p. 75 ss.

⁷⁶⁹ V., sul punto, la LOI n° 2016-1691 del 9 dicembre 2016 «relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique». Per un commento, v. BREEN, *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, cit. *supra* nota 122, p. 152 ss.; BRIGANT (Dir. da), *Le risque de corruption*, cit. *supra* nota 343, p. 5 ss.; LÉNA, MAUD, ROYER ERWAN, *Anticorruption. La loi Sapin 2 en application*, cit. *supra* nota 343, p. 9 ss.

⁷⁷⁰ V., sul punto, il Corruption of Foreign Public Officials Act (S.C. 1998, c. 34). Per un commento, v. KHOUNGUI, *Canada's new DPA regime brings internal controls to the forefront*, cit. *supra* nota 344; GARRETT, *Declining Corporate Prosecutions*, cit. *supra* nota 344, p. 141; DEMING, *Canada's Corruption of Foreign Public Of Foreign Public Officials Act and Secret Commissions Offense*, cit. *supra* nota 344, p. 369.

⁷⁷¹ V., sul punto, CABIROL, *Anticorruption: Sonepar devient le premier groupe français certifié conforme à la loi Sapin II*, cit. *supra* nota 345, p. 1 ss; SCOLLO, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, cit. *supra* nota 668, p. 752.

indiscussa nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale delle imprese multinazionali, per cui non è semplice immaginare un arretramento della potenza americana, su questo campo, specie senza un contestuale e significativo avanzamento dei paesi stranieri, da valutarsi – peraltro – non tanto nell'adozione di disposizioni simili e convergenti rispetto al modello statunitense, quanto piuttosto nella loro concreta applicazione.

L'approccio regionale ha già mostrato tutti i propri limiti lungo il processo di criminalizzazione, portando ai risultati largamente insoddisfacenti di cui si è ampiamente parlato nei capitoli precedenti. Invece, l'avanzata dei tentacoli delle autorità statunitensi ha costruito le proprie fondamenta, tra le altre, proprio sul vuoto lasciato dai paesi stranieri, consapevolmente lenti e silenti rispetto ad un fenomeno dilagante ed in costante ascesa. Per cui, sulla possibile efficacia di tale rinnovato approccio non può che esprimersi qualche perplessità ⁽⁷⁷²⁾.

In questa sede, tuttavia, occorre limitarsi ad osservare che l'adozione di una disciplina conforme alle disposizioni americane appare preferibile rispetto alla prosecuzione ed al completamento del processo di criminalizzazione secondo il modello convenzionale, per cui è al FCPA che occorre rivolgere lo sguardo per tracciare i contorni di una organica riforma della disciplina penale e processuale in materia di corruzione internazionale e responsabilità degli enti.

3.3. L'acquiescenza al modello statunitense, la cooperazione con le autorità americane e la condivisione delle sanzioni

La terza opzione possibile per i paesi stranieri risulta essere la mera acquiescenza al modello statunitense, lasciando effettivamente al paese americano di condurre – quasi in regime di monopolio – l'azione di contrasto alla corruzione internazionale.

Tale soluzione sembra essere *de facto* quella sino ad ora seguita,

⁷⁷² V., sul punto, SCOLLO, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, cit. *supra* nota 668, p. 752.

consapevolmente od inconsapevolmente, dai paesi come l'Italia, nei quali l'azione di contrasto al fenomeno della corruzione internazionale sembra essersi arrestato all'adozione di disposizioni sostanziali e processuali che astrattamente ne consentono la perseguibilità, mediante l'affermazione della responsabilità, tanto per le persone fisiche quanto giuridiche. In tali contesti, l'inefficacia delle previsioni normative è accompagnata dall'azione suppletiva svolta dalle autorità americane.

L'approccio della acquiescenza, tuttavia, non sembra essere pienamente condivisibile.

Esso costituisce, anzitutto, una rinuncia ad elementi di sovranità e, contestualmente, di responsabilità internazionale: è lo Stato di origine della multinazionale, oltre che il paese in cui le condotte concretamente si verificano, ad avere il compito di incentivare comportamenti sociali conformi all'ordinamento e, in questo caso, all'etica degli affari ⁽⁷⁷³⁾. Peraltro, l'acquiescenza all'ineffettività delle disposizioni nazionali presenta profili di incoerenza e di violazione degli obblighi di incriminazione, assunti mediante la sottoscrizione delle convenzioni internazionali in materia. Perciò, implementare gli ordinamenti nazionali rispetto ai profili di criticità, quali quelli rilevanti nel corso dell'elaborato rispetto al sistema italiano, risponde non soltanto all'imperativo categorico della coerenza ma più significativamente ed in prima istanza all'assolvimento degli obblighi internazionali di carattere cogente.

Tale opzione, inoltre, disincentiva l'adeguamento dei modelli organizzativi, di gestione e controllo ai più elevati *standard* di *compliance* presenti nel panorama internazionale. Infatti, la previsione di normative che risultano inefficaci rischia di condurre le imprese multinazionali verso una sottovalutazione dei rischi derivanti dalla corruzione internazionale, e distoglie l'attenzione dalla necessità di conformarsi alla disciplina

⁷⁷³ V., sul punto, K LAW, *State Responsibility for Bribe Solicitation and Extortion: Obligations, Obstacles, and Opportunities*, 33 Berkeley J. Int'l L. 60, 2015, p. 60 ss. La propensione all'assunzione di comportamenti illeciti nel contesto commerciale internazionale, da parte di talune imprese, e la corrispondente necessità di un cambio di passo nella materia è posta in luce, tra gli altri, in DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2013, p. 527.

statunitense che, come si è dimostrato, è suscettibile di applicazione universale.

Infine, essa appare contraria alla tutela degli interessi economici e commerciali nazionali. Posto, difatti, che la scure dell'azione di contrasto alla corruzione internazionale, da parte degli Stati Uniti, si abbatte più severamente nei confronti delle imprese multinazionali straniere, ne deriva quantomeno un depauperamento di carattere patrimoniale per la società sanzionata, e con essa per la comunità locale degli «*stakeholders*».

La predetta opzione risulta, perciò, la meno preferibile e finisce, al pari della prima, col lasciare agli Stati Uniti l'esclusiva nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale, comportando ciò la possibilità che la stessa sia usata opportunisticamente come arma nel governo dell'economia ⁽⁷⁷⁴⁾.

Una via percorribile, invece, risulta quella della cooperazione con le autorità americane. Anzitutto, come si è visto, uno dei limiti principali all'accertamento della corruzione internazionale è costituito dalla difficoltà nel reperimento degli elementi di prova che, in modo ricorrente, si trovano in aree geografiche del pianeta da cui è difficile ricevere collaborazione giudiziaria.

La cooperazione giudiziaria, in vista anche della possibile applicazione di sanzioni condivise, appare la soluzione preferibile, dal momento che consente l'accertamento dei fatti e, quindi, l'individuazione dei responsabili.

Di recente, come si è osservato nel terzo capitolo, risulta sempre più ricorrente, negli accordi di giustizia negoziata, la logica della condivisione delle sanzioni con i paesi coinvolti nella corruzione, mediante lo strumento del «credito» che l'autorità statunitense riconosce all'impresa multinazionale su cui incombono adempimenti di ordine pecuniario nei paesi di origine od

⁷⁷⁴ V., sul punto, LAIDI, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Economique. Comment Les Etats-Unis Destabilisent Le Enterprises Europeennes*, cit. *supra* nota 76, p. 87. V., inoltre, PERKINS, *Illuminating Corruption Pathways: Modifying the FCPA's Grease Payment Exception to Galvanize Anti-Corruption Movements in Developing Nations*, 21 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 325, 2013, p. 325 ss., in cui l'A. sottolinea come la lotta alla corruzione nazionale costituisce un'attività di interesse nazionale per gli Stati Uniti, oltre che per la comunità internazionale.

in quelli maggiormente interessati dalle condotte illecite. Lo strumento sopra descritto appare sufficientemente chiaro: nella quantificazione della sanzione da parte del DoJ, l'autorità statunitense consente alla società sanzionata di evitare la duplicazione delle sanzioni, dimostrando di aver corrisposto a titolo di sanzione un dato ammontare al paese straniero interessato dai fatti oggetto dell'accordo.

Tale pratica consente, invero, di superare l'approccio regionale alla lotta alla corruzione internazionale, preservando in capo agli Stati Uniti la posizione di «leadership» acquisita negli ultimi vent'anni. In questa sede occorre sottolinearne le implicazioni principali.

Anzitutto, va osservato che per poter essere incassata dal paese straniero, la somma corrispondente ad una quota della sanzione irrogata dalle autorità statunitensi deve essere necessariamente determinata all'esito di un procedimento nazionale per cui occorrono disposizioni efficaci: si torna, perciò, alla seconda opzione.

In mancanza di disposizioni nazionali dotate di un adeguato livello di *enforcement*, un simile approccio compensativo potrebbe reggersi unicamente su un apparato normativo che consenta il recepimento di decisioni straniere con un simile contenuto, ovvero l'esecuzione di obblighi negoziali conclusi con l'autorità straniera e di cui lo Stato interessato dovrebbe essere parte. In entrambi i casi, però, il sistema statunitense dovrebbe risultare compatibile con l'ordinamento straniero in questione. Altrimenti, sarebbe difficilmente giustificabile sul piano giuridico – razionale, il versamento di somme per tale causa nelle casse del Tesoro di un paese che ritenesse il modello statunitense contrario al proprio ordinamento. Di certo, non risulterebbe sufficiente osservare che *pecunia non olet*.

Non appare illogico, a fronte di ciò, domandarsi per quale motivo, se compatibile, tale modello non debba trovare recepimento in quello specifico ordinamento, specie a fronte delle considerazioni espresse nella prima parte del presente paragrafo.

Il recepimento del sistema statunitense consente perciò di superare la logica dell'acquiescenza e conduce verso una nuova prospettiva di cooperazione internazionale in cui tutti i paesi possono concorrere efficacemente all'azione di contrasto della corruzione internazionale, senza che ciò richieda necessariamente un arretramento – peraltro improbabile – da

parte degli Stati Uniti, ed al contrario lasciando spazio ad un affiancamento del paese americano, da parte delle altre potenze straniere, nell'azione di riscatto dell'etica degli affari ⁽⁷⁷⁵⁾.

4. OSSERVAZIONI FINALI

Il lungo percorso di analisi sino a qui compiuto ha consentito di ricostruire la nascita e l'affermazione globale della oramai condivisa prospettiva di contrasto alla corruzione internazionale. Ne sono derivate alcune significative risultanze, implicazioni e conseguenti conclusioni.

Anzitutto, al termine dell'indagine svolta nel secondo capitolo, è stato possibile constatare l'inadeguatezza e la non conformità dell'ordinamento italiano rispetto all'entità e alle caratteristiche del fenomeno corruttivo di matrice transnazionale, nonché agli obblighi internazionali ed ai più elevati *standard* normativi.

In secondo luogo, l'indagine contenuta nel terzo capitolo ha reso possibile constatare l'inarrestabile avanzata del modello statunitense nell'azione di contrasto alla corruzione internazionale, evidenziarne i punti di forza e le ragioni di successo, aspetti questi rilevanti per determinare le prospettive di riforma da parte delle potenze straniere.

Su tali premesse, nel quarto capitolo, è stato possibile individuare le implicazioni che ne derivano e, precisamente, la necessità – in primo luogo – che le imprese multinazionali non si limitino all'osservanza delle disposizioni locali in materia di corruzione internazionale e responsabilità degli enti, bensì che adeguino i propri modelli organizzativi, di gestione e controllo alla disciplina statunitense del FCPA, essendo la stessa suscettibile di applicazione universale, e – nel caso di violazione della stessa – aderiscano alla sottoscrizione di uno degli accordi previsti dalla predetta disciplina.

Le implicazioni più rilevanti sono risultate, infine, quelle concernenti le prospettive di riforma per i paesi stranieri, ai quali si rivolge una istanza

⁷⁷⁵ V., sul punto, VON ROSENVINGE, *Global Anti-Corruption Regimes: Why Law Schools May Want to Take a Multi-Jurisdictional Approach*, 10 German L.J. 785, 2009, p. 785 ss.

analoga a quella delle imprese multinazionali, ossia di provvedere all'adeguamento dell'ordinamento interno al sistema previsto dal FCPA, ed alla sua applicazione da parte del DoJ e della SEC, prevedendo altresì forme di cooperazione dell'autorità giudiziaria con le analoghe autorità statunitensi e meccanismi di compensazione e di determinazione coordinata delle sanzioni pecuniarie per le accertate violazioni delle disposizioni anticorruzione statunitensi, anche al fine di scongiurare la duplicazione dei procedimenti e le conseguenti criticità in tema di *bis in idem*.

BIBLIOGRAFIA

ABED, George T. – GUPTA, Sanjeev, *Governance, Corruption, and Economic Performance*, IMF, Whashington, D.C., 2002, p. 5

ACEMOGLU, Daron – JOHNSON, Simon – ROBINSON, James A., *The colonial origins of comparative development: an empirical investigation*, in *American economic review*, 2001, p. 1369

ACQUAVIVA, Guido, *Il Foreign Corrupt Practices Act: la legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, in *Liuc Papers n. 89, Serie Impresa e Istituzioni*, 16 agosto 2001, p. 1 (disponibile su: biblio.liuc.it – ultimo accesso 5/10/2020)

AGRILLO, Alessandra, *Art. 346-bis. Traffico di influenze illecite*, in CONZ, LEVITA (a cura di), *La nuova legge anticorruzione*, Dike, Roma, 2019, p. 82

AIDT, Toke – DUTTA, Jayasri – SENA, Vania, *Governance regimes, corruption and growth: theory and evidence*, in *Journal of comparative economics*, Elsevier, 36(2), 2008, p. 195

AIROLI, Giovanni – PIVIDORI, Eleonora, *Il Traffico di influenze illecite tra vecchie e nuove criticità*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2020, p. 45

ALCALA, Francisco – CICCONE, Antonio, *Trade and productivity*, in *Quarterly Journal of Economics*, 119, 2, 2004, p. 613

ALESSANDRI, ALBERTO, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2005, p. 534

ALESSANDRI, ALBERTO, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: osservazioni generali*, in SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Giuffré, Milano, 2003, p. 155

ALESSANDRI, ALBERTO, *Le incerte novità sul falso in Bilancio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2016, p. 10

ALESSANDRI, ALBERTO, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle*

persone giuridiche, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 33

ALESSANDRI, ALBERTO, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 25

ALLDRIDGE, Peter, *The U.K. Bribery Act: The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA*, 73 Ohio St. L.J. 1181, 2012, p. 1181

AMATO, Giuseppe, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 346

AMODIO, Ennio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci. v. 3: Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto, storia e società*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2691

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, Parte Speciale, II*, Giuffrè, Milano, 2016

ARMOUR, John – GARRETT, Brandon – GORDON, Jeffrey – MIN, Geeyoung, *Board Compliance*, 104 Minn. L. Rev. 1191, 2020, p. 1191

ARNONE, Marco, BORLINI, Leonardo S., *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2014

ASHCROFT, John – RATCLIFFE, John, *The Recent and Unusual Evolution of an Expanding FCPA*, 26 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 25, 2012, p. 25

ATKINS, Paul S. – BONDI, Bradley J., *Evaluating the mission: a critical review of the history and evolution of the SEC enforcement program*, 13 Fordam J. Corp. & Fin. L. 367, 2008, p. 367

ATTILA, Joseph, *Globalization and Corruption. Impacts and nonlinearities*, in TEIXEIRA, PIMENTA, MAIA, MOREIRA, (Edited by), *Corruption, Economic Growth and Globalization*, Routledge, New York, 2016, p. 52

AYE, Israel, *Taming the Country's Natural Resources*, 32 Int'l Fin. L. Rev. 50 2013, p. 50

BACIO TERRACINO, Julio, *The international legal framework against corruption. States' obligations to prevent and repress corruption*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2012

BALBI, Giuliano, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*,

Jovene, Napoli, 2003

BARBARA, Crutchfield George – LACEY, Kathleen A. – BIRMELE, Jutta, *On the threshold of the adoption of global anti-bribery legislation: a critical analysis of current domestic and international efforts toward the reduction of business corruption*, 32 *Vanderblit Journal of Transnational Law*, 1999, p. 9

BASSI, Alessandra – EPIDENDIO, Tommaso, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2006

BASSIOUNI, M. Cherif, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1999

BATZILIS, Dimitri, *Bribing abroad*, in ROSE-ACKERMAN, LAUGUNES (Edited by), *Greed, Corruption, and the Modern State. Essays in Political Economy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2015, p. 280

BEALE, Sara S., *A response to the critics of corporate criminal liability*, 46 *American Criminal Law Review*, 2009, p. 1481

BENNETT, Iris E. – LIU, Jessie K. – HARTIGAN, Sean J., *Keeping Current: FCPA: Central District of California Rejects Arguments That State-Owned Corporations Can Never Be Instrumentalities of Foreign Governments*, 2011 *Bus. L. Today* 1, 2011, p. 1

BENUSSI, Carlo, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Cedam, Padova, 2001

BERGER, Paul R. – SHEEHY, Erin W. – DAVIS, Kenya K., *Is That a Bribe - The FCPA in the US Can Catch a Foreign Issuer Even if It Is Unaware of a Bribe or Has Almost No Link to the US*, 26 *Int'l Fin. L. Rev.* 76, 2007, p. 76

BERNARDI, Alessandro, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Napoli, 2019

BERNASCONI, Alessandro - PRESUTTI, Adonella, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2018

BERNASCONI, Paolo, *Corruzione di funzionari esteri: normativa e prassi sovranazionale*, in FORNASARI, LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 319.

BERTONAZZI, Luca, *Il D.Lgs. n. 231 del 2001 e il nuovo modello sanzionatorio dei soggetti collettivi*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2001, p. 1166

BEST, Judah, *The Foreign Corrupt Practices Act: a compliance approach*, Nat. Leg. Center for the Public Int., 1996

BESWICK, Albert L., *Corporate Compliance with the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 301, 1982, p. 301

BETTIOL, Roberto, *In tema di interesse privato in atti di ufficio*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, I, Torino, 1932, p. 279

BEVILACQUA, Francesca chiara, *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Egea, Milano, 2010

BIALOS, Jeffrey P. – HUSISIAN, Gregory, *The Foreign Corrupt Practices Act: coping with corruption in transnational economies*, Oceana Publications, 1997

BIEGELMAN, Martin T. – BIEGELMAN, Daniel R., *Foreign Corrupt Practices Act Compliance Guidebook: protecting your organization from bribery and corruption*, Wiley, 2010

BINKOVITZ, Issac A., *Recent Changes in U.S. and U.K. Overseas Anti-Corruption Enforcement under the FCPA and the U.K. Bribery Law: Private Equity Compliance*, 3 Mich. J. Private Equity & Venture Cap. L. 75, 2013, p. 75

BOEDECKER, Karl, *When Does an Entity Amount to An Instrumentality of a Foreign Government under the Foreign Corrupt Practices Act: Emerging Judicial Guidelines*, 21 J. L. Bus. & Ethics 1, 2015, p. 1

BONELLI, Franco – MANTOVANI, Massimo, *Corruzione nazionale e internazionale*, Giuffré, Milano, 2014

BONELLI, Franco, *Responsabilità ex D.Lgs. 231/2001: quando la società controllante risponde della corruzione commessa da una controllata*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffré, 2014, p. 143

BONSTEAD, Chad, *Removing the FCPA Facilitation Payments Exception: Enforcement Tools for a Cleaner Business as Usual*, 36 Hous. J. Int'l L. 503, 2014, p. 503

BONUCCI, Nicola, *La lotta contro la corruzione internazionale ed il ruolo delle imprese*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffré, 2014, p. 99.

BORLINI, Leonardo S. – MAGRINI, Paola, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2007, p. 15

BORLINI, Leonardo S., *Art. 26: Liability of Legal Person*, in ROSE, KUBICIEL,

LANDWEHR (edited by), *The United Nations on convention against corruption*, Oxford University Press, 2019, p. 274

BORTON, Richard C., GROSS, JAMES M., *Control of Multinational Corporations' Foreign Activities*, 15 Washburn L.J. 435, 1976, p. 435

BRAMBILLA, Michele – ZONCA, Giulia, *Scandalo Fifa, tutti gli inganni dei sette mondiali. L'inchiesta della Fbi ha svelato vent'anni di corruzione*, 9 giugno 2015, p. 1 (disponibile su: lastampa.it – ultimo accesso: 3/10/2020)

BREEN, Emmanuel, *FCPA. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly ed., Lextenso ed., Issy-les-Moulineaux, 2017

BREWSTER, Rachel – ORTIZ, Andres, *Never Waste a Crisis: Anticorruption Reforms in South America*, 60 VA. J. Int'l L. 531, 2020, p. 531

BREWSTER, Rachel, *Enforcing the FCPA: International Resonance and Domestic Strategy*, 103 Va. L. Rev. 1611, 2017, p. 1611

BRICCHETTI, Renato – PISTORELLI, Luca, *La lenta "scomparsa" del diritto penale societario italiano*, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 26, p. 53

BRICOLA, Franco, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, p. 568

BRIGANT, Jean-Marie (Dir. da), *Le risque de corruption*, Dalloz, Paris, 2018

BRIOSCHI, Carlo Alberto, *Corruption*. Washington: Brookings Institution Press, 2017, p. 23

BUCHHEIT, Lee C. – REISNER, Ralph, *Why has the FCPA Prospered*, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. 263, 1998, p. 263

BULL, Birney, *Income Tax - Deductions for Facilitating Payments to Foreign Government Officials*, 13 Ga. J. Int'l & Comp. L. 575, 1983, p. 575

CABIROL, Michel, *Anticorruption: Sonepar devient le premier groupe français certifié conforme à la loi Sapin II*, p. 1 (disponibile su: latribune.fr – ultimo accesso: 10/07/2019).

CADOPPI, Alberto, *La disciplina della corruzione nelle legislazioni italiane dell'Ottocento*, in FORNASARI, LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europee e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 57.

CALDERONE, Carmelo R., *La lotta alla corruzione in campo comunitario e internazionale*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2001, p. 607

CAMPBELL, Stuart Vincent, *Perception Is Not Reality: The FCPA, Brazil, and the Mismeasurement of Corruption*, 22 Minn. J. Int'l L. 247, 2013, p. 247

CANESTRARI, Stefano – CORNACCHIA, Luigi, et al. *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7a ed., Bologna, 2016

CANTONE, Raffaele, *Corruzione internazionale e ordinamento giuridico italiano: la L. 231 e il profilo della responsabilità penale delle aziende private. Prevenzione. Strutture per rafforzare e riconoscere la compliance anticorruzione*, intervento alla IV Conferenza Ministeriale anticorruzione Ocse, Parigi, 15 marzo 2016, p. 1 (disponibile su: anticorruzione.it – ultimo accesso: 3/10/2020)

CARNEY, John J. – ESSER, Brian K, *The Expanding Consequences of an FCPA Violation*, 2 J. Payment Sys. L. 360, 2006, p. 360

CAROLI, Matteo, *La politica anticorruzione nei Gruppi internazionali. La strategia della corporate e la sua realizzazione nelle società controllate*, Luiss Un. Press, Roma, 2019

CARPENTER, Sonny, *Avoid an Investigation: Automate FCPA Compliance*, 29 Crim. Just. 37, 2015, p. 37

CARPENTER, William G. – STUTSMAN, Thomas P., *Corporate liability under the FCPA: identifying defense opportunities*, in Min. St. Bar Ass., 2014, p. 1

CARTER, Jimmy, *Foreign Corrupt Practices and Investment Disclosure Bill Statement on Signing S. 305 Into Law*, in PETERS, WOOLLEY, *The American Presidency Project*, Presidency USCB, p. 1 (disponibile su: presidency.ucsb.edu – ultimo accesso: 12/07/2020)

CARTIER BRESSON, Jean, *The causes and consequences of corruption: economic analysis and lessons learnt*, in OECD (ed.), *No Longer Business as Usual*, Paris, 2000, p. 11

CASINO, Bruce J. – MABERRY, Scott, *FCPA, Due Process, and Jurisdictional Overreach by the DOJ and SEC*, American Bar Association Criminal Litigation E-Newsletter, 12 giugno 2013, 2013, p. 1

CASSIN, Richard L., *Bribery abroad: lessons from the Foreign Corrupt Practices Act*, Lulu, 2008

CASSIN, Richard L., *Bribery everywhere: chronicles from the Foreign Corrupt Practices Act*, Lulu, 2009

CASSIN, Shaun, *The Best Offense Is a Good Defense: How the Adoption of An FCPA Compliance Defense Could Decrease Foreign Bribery*, 36 Hous. J. Int'l L. 19, 2014, p. 19

CENTONZE, Francesco – DELL'OSSO, Vincenzo, *La corruzione internazionale Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2013, p. 194

CENTONZE, Francesco, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2017, p. 945

CERESA GASTALDO, Massimo, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019, p. 1 (disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso: 10/10/2020)

CERESA GASTALDO, Massimo, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2018

CHAUDHURI, Ananish, *Gender and corruption: a survey of the experimental evidence*, in SERRA, WANTCHEKON (edited by), *Research in experimental economics, Volume 15: new advances in experimental research on corruption*, Bingley, UK: Emerald, 2012, p. 13

CHENG, Christine S. – ZAUM, Dominik, *Corruption and Post-Conflict Peacebuilding: Selling the peace? Cass Series on Peacekeeping*, Routledge, London, 2012

CHIARAVIGLIO, Pietro, *La responsabilità dell'ente per corruzione internazionale e l'applicabilità (anche in sede cautelare) delle sanzioni interdittive*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2011, p. 1 ss. (disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso: 10/10/2020)

CLARKE, George – BRAUDE, Lina, *More Sticky Strands in the FCPA Web: Tax Rules and Financial Reporting May Drive Disclosure*, 42 Int'l Law. 1095, 2008, p. 1095

CLARKE, Mark, *Not so Fast - Although Anti-Corruption Laws at Home are in Disarray, UK Companies Can't Avoid the Long Arm of US Foreign Corruption Law*, 26 Int'l Fin. L. Rev. 42, 2007, p. 42

CLARKE, Simon – NYE, Sharon, *Beware the Brown Envelope*, 29 Int'l Fin. L. Rev. 54, 2011, p. 54

CLOPTON, Zachary D., *Replacing the Presumption against Extraterritoriality*, 94 B.U. L. Rev. 1, 2014, p. 1

COCCO, Giovanni, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2004, p. 90

COFFEE, John C., *Corporate criminal liability: an introduction and comparative survey*, in ESER, A.; HEINE, G.; HUBER, B. (edited by), *Criminal Responsibility of legal and collective entities*, Freiburg i. Br., 1999, p. 9

COHEN, Joel M. – HOLLAND, Michael P. – WOLF, Adam P., *Under the FCPA, Who Is a Foreign Official Anyway*, 63 Bus. Law. 1243, 2008, p. 1243

CONZ, Andrea – LEVITA Luigi (a cura di), *La nuova legge anticorruzione*, Dike, Roma, 2019

COPECCHI, Gabriele, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 1, 2006, p. 97

CRAMER, Benjamin W., *Anti-Corruption Actions: Nongovernmental and Intergovernmental Organizations*, in ZHANG, LAVENA (Edited by), *Government Anti-Corruption Strategies. A Cross-Cultural Perspective*, CRC Press, Boca Raton, FL, 2015, p. 16.

CRIVELLARO, Antonio, *Arbitrato internazionale e corruzione*, in *Riv. Arb.*, fasc. 4, 2019, p. 663

CRONES, Christian – HOLTMEIER, Jay – KOFFER, Thomas, *FCPA Enforcement Developments Impacting Germany*, 38 DAJV Newsl. 99, 2013, p. 99

CRUVER, Donald, *Complying With the Foreign Corrupt Practices Act: A Guide for U.S. Firms Doing Business in the International Marketplace*, ABA, 2a ed., 1999

CUCINOTTA, Carlo, *Il reato di traffico di influenze illecite*, in ORLANDI, SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019*, n. 3, Giappichelli, Torino, 2019, p. 157

DALTON, Bronwen Mary, *Corruption in cultural context: contradictions within the Korean tradition*, *Crime, Law and Social Change* 43, p. 237-62, 2005, p. 237

DAVIGO, Piercamillo – MANNOZZI, Grazia, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Milano, 2008

DAVIS, Frederick T., *International Double Jeopardy: US. Prosecutions and the Developing Law in Europe*, 31 Am. U. Int'l L. Rev. 57, 2016, p. 64.

DAVIS, Kevin – RASKIN, David, MOSS, Sara – DUNST, Lee, *Panel 3: The FCPA and the UK Bribery Act*, 8 N.Y.U. J.L. & Bus. 355, 2012, p. 355

DE AMICIS, Gaetano, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè, Milano, 2007

DE FRANCESCO, Giovannangelo, *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, Giappichelli, Torino, 2004

DE MAGLIE, Cristina, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002

DE SIMONE, Federica, *Traffico di influenze*, in DEL TUFO (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 83

DE SIMONE, Giulio, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 57

DE VERO, Giancarlo, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008

DE VERO, Giancarlo, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2001, pag. 1126

DEL TUFO, Mariavaleria (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019

DEL VECCHIO, Angela – SEVERINO, Paola (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014

DELL, Gillian – MCDEVITT, Andrew, *Exporting Corruption. Progress report 2018: assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International, 2018

DELL'ANDRO, Renato, *Osservazioni in tema di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 1953, II, p. 188

DELMAS-MARTY, Mireille – TIEDEMANN, Klaus, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, in J.C.P., 1979, I, p. 2935

DEMING, Stuart H., *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

DEMING, Stuart H., *Canada's Corruption of Foreign Public Officials Act and Secret Commissions Offense*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 369, 2014, p. 369

DEMING, Stuart H., *FCPA Prosecutions: The Critical Role of the Accounting and Recordkeeping Provisions*, 2010 Bus. L. Today 1, 2010, p. 1

DEMING, Stuart H., *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, 2nd Ed., Amer Bar Assn, Chicago, 2010.

DEMING, Stuart H., *The Oil Industry and Africa: The Expanding Reach of the Foreign Corrupt Practices Act*, 4 Law & Dev. Rev. 311, 2011, p. 311

DEMING, Stuart H., *The potent and broad-ranging implications of the Accounting and record-keeping provisions of the Foreign Corrupt Practices Act*, 96 J. Crim. L. & Criminology 465, 2006, p. 465

DIAMANT, Michael S. – MRDJENOVIC, Jesenka, *Don't You Forget about Me: The Continuing Viability of the FCPA's Facilitating Payments Exception*, 73 Ohio St. L.J. Furthermore 19, 2012, p. 19

DIMENTO, Joseph F. C. – GEIS, Gilbert, *Corporate criminal liability in United States*, in TULLY, S. (Edited by), *Research handbook on corporate legal responsibility*, Cheltenham (UK)/Northampton (US), 2005, p. 159

DIMETTO, Marco, *La punibilità dei giudici internazionali corrotti secondo l'ordinamento italiano*, in Riv. Dir. Internaz., fasc. 2, 2020, p. 487

DODGE, William S., *Presumption against Extraterritoriality after Morrison*, 105 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 396 (2011).

DODGE, William S., *The New Presumption against Extraterritoriality*, 133 Harv. L. Rev. 1582 (2020)

DODGE, William S., *Understanding the Presumption against Extraterritoriality*, 16 Berkeley J. Int'l L. 85 (1998).

DOJ – SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, PM Publications, 2014.

DOJ, *Department of Justice Regulations Establishing the Foreign Corrupt Practices Act Review Procedure*, 19 I.L.M. 1021 (1980)

DOLCINI, Emilio, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2013, p. 527

DONINI, Massimo, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla L. n. 190 del 2012*, in *Cass. Pen.*, fasc. 5, 2014, p. 1482

DOTY, James R., *Toward a Reg, FCPA: A Modest Proposal for Change in Administering the Foreign Corrupt Practices Act*, 62 *Bus. Law.* 1233, 2007, p. 1233

DRAETTA, Ugo, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali*, *Dir. Comm. Internaz.*, 1998, p. 969

EINHORN, Aaron, *Evolution and Endpoint of Responsibility: The FCPA, SOX, Socialist-Oriented Governments, Gratuitous Promises, and a Novel CSR Code*, the, 35 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 509, 2007, p. 509

ELLIS, Matteson, *The FCPA in Latin America. Common corruption risk and effective compliance strategies for the region*, Corporate Compliance Insights Publication, 2016

EPIDENDIO, Tommaso, *Corruzione e sanzioni a carico degli enti*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 159

EPIDENDIO, Tommaso, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, 2, p. 69

EPNER, Justin, *Settling on an Interpretation of Instrumentality in the FCPA*, 2013 *Colum. Bus. L. Rev.* 854, 2013, p. 854

ESER, Albin – HEINE, Günter – HUBER, Barbara (edited by), *Criminal Responsibility of legal and collective entities*, Freiburg i. Br., 1999

ESKRIDGE, William N. Jr., *Overruling Statutory Precedents*, 76 *Geo. L. J.* 1361, 1988, p. 1361

EWALD, Thaddeus H., *Putting It on Paper: Codifying FCPA Best Practices through a Documented Legitimate Payments Affirmative Defense*, 20 *Holy Cross J.L. & Pub. Pol'y* 171, 2016, p. 171

FANUELE, Chiara, *Archiviazione e riapertura delle indagini nel procedimento de*

societate, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 203

FELLER, Lloyd H., *An Examination of the Accounting Provisions of the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 245, 1982, p. 245

FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, *Diritto penale, Parte Speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2012

FINDER, Lawrence D. – MCCONNELL, Ryan D. – MITCHELL, Scott, *Betting the corporation: compliance or defiance? Compliance Programs in the context of Deferred and Non-Prosecution Agreements – Corporate pre-trial agreement update – 2008*, *Corporate Counsel Rev.*, South Tex. Coll. L., Vol. XXVIII, No. 1, 2009, p. 9

FLICK, Giovanni Maria, *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, fasc. 3-4, 2018, p. 461

FOLEY, Veronica – HAYNES, Catina, *The FCPA and Its Impact in Latin America*, 17 *Currents: Int'l Trade L.J.* 27, 2009, p. 27

FORTI, Gabrio, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio stan-dard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*. Atti del convegno. Milano, 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, p. 176

FORTI, Gabrio, *Prospettive attuali del “Diritto penale comunitario”*, in CORAPI (a cura di), *Saggi di diritto commerciale europeo*, Napoli, 1995, p. 32

FORTUNATO, Stefano, *Misure di c.d. enforcement e disegno dei modelli aziendali di prevenzione della corruzione: esperienze estere a confronto*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 57.

FOX, Tom, *Health Care Under the FCPA: Lessons Learned and Going Forward*, 1-2 *J. Health C. Comp.* 27, 2018, p. 27

FRASER, Scott, *Assessing the Risk of Going to Trial in a FCPA Prosecution*, 23 *Currents: Int'l Trade L.J.* 44, 2016, p. 44

FRICK, Shane, *Ice Capades: Restitution Orders and the FCPA*, 12 *Rich. J. Global L. & Bus.* 433, 2013, p. 433

FRIEDMAN, Paul T. – RODRIGUEZ, D. Anthony – SMITHLINE, Ruti, *DOJ and SEC Issue Long Anticipated FCPA Guidance: Resource Guide Sheds Light, but Gray Areas Remain*, 2012 *Bus. L. Today* 1, 2012, p. 1

FRIEDMAN, Paul T. – SMITHLINE, Ruti, *Is Conscious Avoidance Sufficient to Establish Knowledge under the FCPA*, 2012 Bus. L. Today 1, 2012, p. 1

FRIGNANI, Aldo, *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. Comm.*, fasc. 3, 2019, p. 393

GALLI, Martina, *Giudicare l'avvenire: uno studio a partire dalla convention judiciaire d'intérêt public*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2018, p. 1285

GALLO, Daniele, *La corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari delle organizzazioni internazionali: considerazioni critiche sulla Convenzione Ocse del 1997*, in Del Vecchio, Severino (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 377

GALLUCCIO MEZIO, Gaetano, *Diritto e procedura penale negli U.S.A.*, Cedam, Milano, 2018

GAMBARDELLA, Marco, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2014, p. 4027

GAMBARDELLA, Marco, *Il "ritorno" del falso in bilancio, tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1723

GAMBARDELLA, Marco, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2019, p. 44

GAMBETTA, Diego, *The sicilian mafia*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1993, p. 1

GARAPON, Servan-Schreiber, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Presses Universitaires de France, 2013

GAREGNANI, Giovanni Maria, *Etica d'impresa e responsabilità da reato*, Giuffrè, Milano, 2008

GARRETT, Brandon L., *Declining Corporate Prosecutions*, 57 Am. Crim. L. Rev. 109, 2020, p. 109

GARRETT, Brandon L., *To big to Jail. How prosecutors compromise with corporations*, Belknap Press, Cambridge, 2014

GARUTI, Giulio (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002

GASPAR, Vito – HAGEN, Sean, *Corruption A Hidden Tax on Growth*, 5 novembre 2015, p. 1 (disponibile su: *imf.org* – ultimo accesso: 3/10/2020)

GATTA, Gian Luigi, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti: strategie politico-giudiziarie e crisi del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, p. 1281

GENNAI, Sara, TRAVERSI, Alessandro, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2001

GENTILONI SILVERI, Alessandro, *Il reato di corruzione internazionale: tra globalizzazione del diritto penale e (difficile) adattamento all'ordinamento interno*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 2182

GIANNITI, Francesco, *Il concetto di "utilità" nel diritto penale*, Giuffrè, 1967

GIAVAZZI, Stefania – MONGILLO, Vincenzo – PETRILLO, Pier Luigi (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite*, Giappichelli, Torino, 2019

GIRAUDO, John P., *Charitable Contributions and the FCPA: Schering-Plough and the Increasing Scope of SEC Enforcement*, 61 *Bus. Law* 135, 2005, p. 135

GOELZER, Daniel L., *Designing an FCPA Compliance Program: Minimizing the Risks of Improper Foreign Payments*, 18 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 282, 1998, p. 282

GOLUMBIC, Court E. – ADAMS, Jonathan P., *The Dominant Influence Test: The FCPA's Instrumentality and Foreign Official Requirements and the Investment Activity of Sovereign Wealth Funds*, 39 *Am. J. Crim. L.* 1, 2011, p. 1

GORMAN, Thomas O., *Panel on China and the FCPA Emerging Trends in FCPA Enforcement*, 37 *Fordham Int'l L.J.* 1193, 2014, p. 1193

GRAY, Cheryl W. – KAUFMAN, Daniel, *Corruption and development*, *Prem Notes*, no. 4, World Bank, Washington DC., 1998, p. 2

GREANIAS, George C. – WINDSOR, Duane, *The Foreign Corrupt Practices Act: anatomy of a statute*, Lexington Books, 1982

GRECO, Eliana, *L'Illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2019, p. 2091

GREENBLUM, Benjamin M., *What happens to a prosecution deferred? Judicial oversight of corporate Deferred Prosecution Agreement*, 105 *Colum. L. R.* 1896, 2005, p. 1896

GREGNANI, Giovanni Maria – TROYER, Luca – GALLI, Giacomo, *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale d'impresa. Le nuove norme in tema di reati tributari ed il loro impatto sulla responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001*, in *Riv. Dott. Comm.*, fasc. 1, 2020 p. 107

GRINDLER, Gary G. – BENNETT, Laura K., *True Cooperation: DOJ's Reshaped Conversation and Its Consequences*, 30 *Crim. Just.* 32, 2015, p. 32

GROSSO, Carlo Federico, *sub artt. 318-322*, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 1996, p. 174

GRUSMAN, Joseph, *Gaming Corporations Gamble with the FCPA*, 6 *UNLV Gaming L.J.* 117, 2015, p. 117

GUERRINI, Roberto, *La responsabilità da reato degli enti. Dall'esperienza statunitense ai «modelli organizzativi di gestione e controllo»*, Giuffrè, Milano, 2006

HAGENBUCH, Stephen, *Taming Instrumentality: The FCPA's Legislative History Requires Proof of Government Control*, 2012 *U. Chi. Legal F.* 351, 2012, p. 351

HANSBERRY, Heidi L., *In Spite of Its Good Intentions, the Dodd-Frank Act Has Created a FCPA Monster*, 102 *J. Crim. L. & Criminology* 195, 2012, p. 195

HARISIADIS, Alexander L., *Foreign Official, Define Thyself: How to Define Foreign Officials and Instrumentalities in the Face of Aggressive Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, 62 *Cath. U. L. Rev.* 507, 2013, p. 507

HARNISHCH, Kevin J. – COLTON, Natasha, *When the SEC comes knocking*, 15 *ABA Sec. Bus. L.* 1, 2005, p. 1

HEINRICH, Finn – HODESS, Robin, *Measuring corruption*, in GRAYCAR, SMITH, *Handbook of global research and practice in corruption*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, p. 18

HERZ-ROIPHE, Daniel E., *Innocent Abroad? Morrison, Vilar, and the Extraterritorial Application of the Exchange Act*, in 123 *Yale L. J.*, 1875, 2014, p. 1875

HILL, Thomas W. Jr., *Foreign Representatives: Saudi Law and the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, 4 *Arab L.Q.* 291, 1989, p. 291

HILLS, Lindsey, *Universal Anti-Bribery Legislation Can Save International Business: A Comparison of the FCPA and the UKBA in an Attempt to Create Universal Legislation to Combat Bribery around the Globe*, 13 *Rich. J. Global L. & Bus.* 469, 2014, p. 469

HINCHEY, Bruce, *Punishing the Penitent: Disproportionate Fines in Recent FCPA Enforcements and Suggested Improvements*, 40 Pub. Cont. L.J. 393, 2011, p. 393

HOFMAN, Nathalie, *Using Data Analytics in FCPA Investigations*, 29 Crim. Just. 47, 2014, p. 47

HOUGH, Dan, *Analysing corruption*, Agenda Publishing, London, 2017

HUFF, Kylie M., *The Case for an FCPA Exception to Dodd-Frank's Anti-Retaliation Provision*, 68 Rutgers U.L. Rev. 867, 2016, p. 867

HUGHES, Alexander G., *Drawing Sensible Borders for the Definition of Foreign Official under the FCPA*, 40 Am. J. Crim. L. 253, 2013, p. 253

HUSKINS, Priya Cherian, *FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch*, 60 Stan. L. Rev. 1447, 2008, p. 1447

HUTCHISON, Janet L., *Materiality and Internal Accounting Controls under the Foreign Corrupt Practices Act*, 1980 Ariz. St. L.J. 931, 1980, p. 931

IRTI, Natalino, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2003, p. 693

ISAAK, David, *FCPA Compliance - Navigating the Minefield of Intermediaries*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 22, 2008, p. 22

JACOBY, Neil H. – NEHEMKIS, Peter – EELLS, Richard, *Bribery and Extortion in World Business. A Study of Corporate Political Payments Abroad*, New York-London, 1978

JESSEE, John T. Jr., *Pay to Prescribe: A Case for Strengthened Enforcement of the FCPA in the Global Pharmaceutical Industry in 2017 and beyond*, 16 Rich. J. Global L. & Bus. 81, 2017, p. 81

JEYDEL, Peter, *Yoking the Bull: How to make the FCPA Work for U.S. Business*, 43 Geo. J. Int'l L. 523, 2012, p. 523

JIANG, Dong, *Does China Need an Anti-Foreign Bribery Statute: Some Lessons from the FCPA of US*, 12 Frontiers L. China 355, 2017, p. 355

JOHNSTON, Michael, *Corruption contention and reform. The power of deep democratization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014

JONKERS, Reid, *Recent Trends in FCPA Enforcement*, 4 Env'tl. & Energy L. &

Pol'y J. 297, 2009, p. 297

JORDAN, Jon, *World Tours and the Summer Olympics: Recent Pitfalls under the Foreign Corrupt Practices Act in the Areas of Gifts, Entertainment, and Travel*, 21 Fordham J. Corp. & Fin. L. 295, 2016, p. 295

JUEDES, Dieter, *Taming the FCPA Overreach through an Adequate Procedures Defense*, 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 37, 2013, p. 37

JUNEJA, Fahad A., *Navigating the DOJ FCPA Opinion Procedure: Certainty for Business Facing Increased, Indeterminate Anti-Bribery Enforcement*, 34 J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judiciary 283, 2014, p. 283

KAUFMANN Daniel – KRAAY Aart – MASTRUZZI, Massimo, *Measuring Corruption: Myths and Realities. Africa Region Findings & Good Practice Infobriefs*, no. 273. World Bank, Washington, DC., 2007, p. 2

KAUFMANN Daniel – KRAAY Aart, *Growth without governance*, World Bank Policy Research Working Paper n. 2928, 2002, p. 1

KAUFMANN, Daniel, *Myths and realities of governance and corruption*, 1 novembre 2005, p. 1 (disponibile su: ssrn.com – ultimo accesso: 3/10/2020)

KEELING, Robert – ADAMS, Ike – LUPTON, John, *Lessons from Libya: Regulatory Scrutiny Has Increased FCPA Risks for Private Equity and Hedge Funds in Their Dealings with Sovereign Wealth Funds*, 33 Int'l Fin. L. Rev. 47, 2014, p. 47

KHOUNGUI, Amina, *Canada's new DPA regime brings internal controls to the forefront*, 22 agosto 2019, p. 1 (disponibile su: fcpablog.com – ultimo accesso: 3/10/2020)

KIM, Matthew D., *Public Perceptions of Corporate Criminal Sanctions: An Empirical Study of the Reputational Impact of Corporate Criminal Misconduct*, 29 S. Cal. Interdisc. L.J. 457, 2020, p. 457

KLAW, Bruce W., *State Responsibility for Bribe Solicitation and Extortion: Obligations, Obstacles, and Opportunities*, 33 Berkeley J. Int'l L. 60, 2015, p. 60

KNOX, John H., *A Presumption Against Extrajurisdictionality*, 104 Am. J. Int'l L. 351, 2010, p. 351

KNOX, John H., *The Unpredictable Presumption against Extraterritoriality*, 40 Sw. L. Rev. 635, 2011, p. 635

KOEHLER, Mike, *A Common Language to Remedy Distorted Foreign Corrupt*

Practices Act Enforcement Statistics, 68 Rutgers U.L. Rev. 553, 2016, p. 553

KOEHLER, Mike, *A Malady in Search of a Cure - The Increase in FCPA Enforcement Actions against Health-Care Companies*, 38 U. Mem. L. Rev. 261, 2008, p. 261

KOEHLER, Mike, *A Snapshot of the Foreign Corrupt Practices Act*, 14 Santa Clara J. Int'l L. 143, 2016, p. 143

KOEHLER, Mike, *Foreign Corrupt Practices Act Enforcement and Related Developments*, 89 Miss. L.J. 227, 2020, p. 227

KOEHLER, Mike, *Foreign Corrupt Practices Act Narrative*, 22 Mich. St. Int'l L. Rev. 961, 2014, p. 961

KOEHLER, Mike, *Foreign Corrupt Practices Act Ripples*, 3 Am. U. Bus. L. Rev. 391, 2014, p. 391

KOEHLER, Mike, *Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense*, 2012 Wis. L. Rev. 609, 2012, p. 609

KOEHLER, Mike, *Strategies for minimizing risk under the Foreign Corrupt Practices Act and Related Laws*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2018

KOEHLER, Mike, *The Facade of FCPA Enforcement*, 41 Geo. J. Int'l L. 907, 2010, p. 907

KOEHLER, Mike, *The FCPA, Foreign Agents, and Lessons from the Halliburton Enforcement Action*, 36 Ohio N.U. L. Rev. 457, 2010, p. 457

KOEHLER, Mike, *The FCPA's Record-Breaking Year*, 50 Conn. L. Rev. 91, 2018, p. 91

KOEHLER, Mike, *The Foreign Corrupt Practices Act in a New Era*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2014

KOEHLER, Mike, *The Story of the Foreign Corrupt Practices Act*, Ohio St. L.J., Vol. 73, No. 5, 2012, p. 952

KOEHLER, Mike, *The Unique FCPA Compliance Challenges of Doing Business in China*, 25 Wis. Int'l L.J. 397, 2007, p. 397

KPUNDEH, Sahr J., *Remarks*, 90 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 95, 1996, p. 95

KRAMER, Larry, *Vestiges of Beale: Extraterritorial Application of American Law*, 1991 Sup. Ct. Rev. 179, 1991, p. 179

LAGARDE, Christine, *Corruption Disruption*, 2017, p. 1 (disponibile su: blog.imf.org – ultimo accesso 3/10/2020)

LAIDI, Ali, *Le droit. Nouvelle Arme de Guerre Économique. Comment Les États-Unis Déstabilisent Le Entreprises Européennes*, Actes Sud, France, 2019

LANZI, Alessio, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 26, p. 10 ss.

LATTANZI, Giorgio (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffré, Milano, 2005

LAWDER, David, *IMF: Global corruption costs trillions in bribes, lost growth*, 2016, p. 1 (disponibile su: reuters.com – ultimo accesso: 3/10/2020).

LE FÈVRE, Paul, *Le nouvelles obligations anticorruption pesant sur les grandes entreprises: un bouleversement à la fois pratique et culturel*, in LÉNA, ROYER, *Anticorruption. La loi Sapin 2 en application*, Dalloz, Pariz, 2018, p. 127.

LEADER, Jennifer, *Cross Boarder Crime and Extradition*, 2 Ct. Uncourt 10-11 2015, p. 10

LEE, Juduth A. – SLEAR, James D., *Unique Problems With FCPA Compliance In the People's Republic of China*, 16 Bus. L. Today 15, 2007, p. 15

LEIBOLD, Annalisa, *Extraterritorial Application of the FCPA under International Law*, 51 Willamette L. Rev. 225, 2015, p. 225

LEIGH, Leonard Herschel, *The criminal liability of corporation in English Law*, 1969

LÉNA, Maud, ROYER Erwan, *Anticorruption. La loi Sapin 2 en application*, Dalloz, Pariz, 2018

LEVENSON, Alan B., *Corporate compliance and the FCPA*, Glasser LegalWork, 1997

LEVI, Nino, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in FLORAN (coord.) *Trattato di diritto penale*, 4a ed., Vallardi, 1935

LEVI, Nino, *Diritto penale internazionale*, Giuffré, Milano, 1949

LINDSEY, Carolyn, *More than You Bargained For: Successor Liability Under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 35 Ohio N.U. L. Rev. 959, 2009, p. 959

LIVSHIZ, Tamara, *Choosing between Saw and Scalpel: FCPA Reform and the Compliance Defense*, 47 Colum. J.L. & Soc. Probs. 417, 2014, p. 417

LOCATI, Giovanni, *Le Convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di lotta alla corruzione e gli adempimenti nazionali di alcuni Stati ad esse*, in *Liuc Papers n. 123 Serie Impresa e Istituzioni*, 2003, p. 4

LONATI, Simone – BORLINI, Leonardo S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, in Soreide, Makinwa (Edited by), *Negotiated settlements in bribery cases*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2020, p. 280

LONG, Clinton R., *Navigating the FCPA's Ambiguous Instrumentality Provision: Lessons for the Energy Industry*, 12 Rich. J. Global L. & Bus. 393, 2013, p. 393

LONGOBARDI, Laura E., *Reviewing the Situation: What Is to Be Done with the Foreign Corrupt Practices Act*, 20 Vand. J. Transnat'l L. 431, 1987, p. 431

LORD, Nicholas – KING, Colin, *Negotiating non-contention. Civil recovery and deferred prosecution in response to transnational corporate bribery*, in CAMPBELL, LORD (Edited by), *Corruption in commercial enterprises. Law, theory and practice*, Routledge Publ., London, 2018, p. 244

LORUSSO, Sergio, *La responsabilità "da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. Pen.*, fasc. 7-8, 2002, p. 2522

LOSCO, Michael A., *Streamlining the Corruption Defense: A Proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction*, 63 Duke L.J. 1201, 2014, p. 1201

LOTTINI, Riccardo, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. mer.*, fasc. 10, 2013, p. 2255

LOW, Lucinda A., *The global legal framework: The OECD, OAS and Council of Europe antibribery Conventions: new international standards and national anti-corruption laws: challenges for effective implementation and enforcement*, paper inedito, predisposto per una Conferenza di Parigi, 2003, p. 144.

LU, Tiffany, *The Obtaining or Retaining Business Requirement: Breathing New Life into the Business Nexus Provision of the FCPA*, 18 Fordham J. Corp. & Fin. L. 729, 2013, p. 729

LUISE, Nicola Demetrio, *Considerazioni sulla determinatezza normativa della legislazione romana in materia di crimen repetundarum*, in FORNASARI, LUISE (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 163.

MAGGIORE, Giuseppe, *Diritto penale*, II, I, 4a ed., Zanichelli, 1953

MAGRINI, Paola, *L'attuazione della Convenzione OCSE contro la corruzione: il quadro comparato*, in SACERDOTI, (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Egea, Milano, 2003, p. 95.

MAKINWA, Abiola O., *Private remedies for corruption. Towards an international framework*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013

MANACORDA, Stefano, "Noli me tangere"? *Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 3-4, 2018, p. 528

MANACORDA, Stefano, *Corruzione internazionale e tutela penale degli interessi comunitari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 4, p. 410

MANACORDA, Stefano, *Corruzione internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 7, p. 893

MANACORDA, Stefano, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, Napoli, 1999.

MANACORDA, Stefano, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2012, p. 91

MANES, Vittorio, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, p. 1126

MANES, Vittorio, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016 (disponibile su: penalecontemporaneo.it – ultimo accesso: 10/10/2020)

MANGANARO, Francesco, *La corruzione in Italia*, *Foro Amm. (II)*, fasc. 6, 2014, p. 1861.

MANNA, Adelmo, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 501

MANNING, Thomas J., *Private Equity and the FCPA: Deal-Making as Reform Mechanism*, 42 *Pepp. L. Rev.* 377, 2015, p. 377

MANTOVANI, Massimo, *Il ruolo delle aziende nella lotta alla corruzione*, in *Riv. Dott. Comm.*, fasc. 1, 2013, p. 115

MANZINI, Vincenzo, *Trattato di dir. pen. it.*, vol. V, Utet, 4a ed., 1962

MARIANI, Paola, *L'adesione dell'Italia alla Convenzione Civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione: la tutela privatistica dei diritti lesi da pratiche corruttive*, *Dir. Comm. Internaz.*, 2, 2013, p. 453

MARINUCCI, Giorgio, *Cause di giustificazione*, in *Studi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1991

MARINUCCI, Giorgio, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1193

MARK, Gideon, *Private FCPA Enforcement*, 49 *Am. Bus. L. J.* 419, 2012, p. 419

MASULLO, Maria Novella, *L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2019, p. 1257

MATHIS, Jeffrey, *Protecting the Brave: Why Congress Should Amend the Dodd-Frank Act to Better Protect FCPA Whistleblowers*, 49 *J. Marshall L. Rev.* 829, 2016, p. 829

MAURO, Maria Rosaria, *Il ruolo dell'arbitrato internazionale quale strumento di prevenzione e sanzione della corruzione, con particolare riferimento al sistema ICSID*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 401

MAURO, Paolo, *Corruption and growth*, 110 *Quarterly Journal of Economics*, 1995

MAYS, Richard, *Towards corporate fault as the basis of criminal liability of corporations*, in *Mountbatten Journal of Legal Studies*, 1998, 2 (2), p. 31

MCALLISTER, Bradley J., *The Impact of the Dodd-Frank Whistleblower Provisions on FCPA Enforcement and Modern Corporate Compliance Programs*, 14 *Berkeley Bus. L.J.* 45, 2017, p. 45

MCKITRICK, Eric L., *The study of corruption*, in *Political Science Quarterly*, 72(4), 1957, p. 502

MCLEAN, Nicholas M., *Cross-National Patterns in FCPA Enforcement*, 121 *Yale L. J.* 1970, 2012, p. 1970

MÉNY, Yves, *Corruption “fin de siècle”: changement, crise et transformation des valeurs*, in *Rev. intl. sc. soc.*, 1996, p. 365

MONGILLO, Vincenzo, *Corruzione internazionale e mercimonio di un atto conforme ai doveri d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 12, p. 1621

MONGILLO, Vincenzo, *Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano dopo la legge “spazzacorrotti”: questioni interpretative e persistenti necessità di riforma*, in GIAVAZZI, MONGILLO, PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico di influenze illecite*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 265

MONGILLO, Vincenzo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Ed. Scientifiche Italiane, 2012

MONGILLO, Vincenzo, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2019, p. 231

MONGILLO, Vincenzo, *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 10, p. 1320

MONTANARI, Marco, *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, *ibidem*, 9 ottobre 2014, p. 1 (disponibile su: penalecontemporaneo.it – ultimo accesso 8/10/2020)

MONTANARI, Marco, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 1 luglio 2012, p. 1 (disponibile su: penalecontemporaneo.it – ultimo accesso 8/10/2020)

MONTEDURO, Fabio – BRUNELLI, Sandro – BURATTI, Andrea, *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Formez PA, 2013

MORONE, Antonio Francesco, *Corruzione Internazionale e criteri attributive della giurisdizione italiana*, in *Giur. It.*, 2013, fasc. 4, p. 941

MOSCARINI, Paolo, *Il Procedimento penale contro le società*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 127

MUCCIARELLI, Francesco, *Ancorché superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, *Dir. Pen. Cont.*, 1, 2015, p. 1 (disponibile su: penalecontemporaneo.com – ultimo accesso: 3/10/2020)

MUCCIARELLI, Francesco, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte*

Costituzionale 364/1988, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 1996, p. 223

MUCCIARELLI, Francesco, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, in *Discrimen*, 7 gennaio 2019, p. 1

MUCCIARELLI, Francesco, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, fasc. 2, 2015, p. 159.

MUCCIARELLI, Francesco, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2, 2015, p. 159

MUCCIARELLI, Francesco, *Le dichiarazioni fraudolente: fattispecie da ripensare?* In *Sistema penale*, 30 aprile 2020, p. 1 ss. (disponibile su: sistemapenale.it – ultimo accesso 10/10/2020)

MURPHY, Aaron G. – KUTCHER, Matthew L., *What the SEC and DOJ Resource Guide to the FCPA Means for Multi-National Companies*, 2013 *Bus. L. Today* 1, 2013, p. 1

MURPHY, Aaron G., *Foreign Corrupt Practices Act: a practical resource for managers and executives*, John Wiley & Sons, 2010

MUSELLA, Alessandro, *Corruzione internazionale, responsabilità delle società e modelli organizzativi di prevenzione del reato*, in *Società*, 2013, 11, p. 1206

NANDA, Ved P., *Corporate Criminal liability in the United States: is a new approach warranted?*, in PIETH, IVORY (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011, p. 63

NANDA, Ved P., *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted*, 58 *AM. J. COMP. L. Supp.* 605, 2010, p. 605

NICHOLLS, Colin Q.C. – DANIEL, Timothy – BACARESE, Alan – MATON, James – HATCHARD, John, *Corruption and misuse of the public office*, III ed., Oxford Un. Press., Oxford, 2017

NOONAN, John T., *Bribes*, University of California Press, 1989

NOVELLO, Daniele, *La self-disclosure e il monitor nella esperienza applicativa del Foreign Corrupt Practices Act. Spunti per una possibile modifica della disciplina della responsabilità “da reato” degli enti*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 4, 2015, p. 1027

NUVOLONE, Pietro, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, Padova, 1947

O'SULLIVAN, Julie Rose, *Private Justice and FCPA Enforcement: Should the SEC*

Whistleblower Program Include a Qui Tam Provision, 53 Am. Crim. L. Rev. 67, 2016, p. 67

O'SULLIVAN, Julie Rose, *The Extraterritorial Application of Federal Criminal Statutes: Analytical Roadmap, Normative Conclusions, and a Plea to Congress for Direction*, 106 Geo. L. J. 1021, 2018, p. 1021

ORLANDI, Renzo – SEMINARA, Sergio (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019

OSOFSKY, Lisa Kate, *Time to Act*, 26 Int'l Fin. L. Rev. 31, 2007, p. 31

PADOVANI, Tullio (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 1996

PAGLIARO, Antonio – PARODI GIUSINO, Manfredi, *Principi di diritto penale, Parte speciale, I*, Giuffrè, Milano, 2008

PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2000

PALAZZO, Francesco (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno (15-16 marzo 2002)*, Cedam, Padova, 2003

PALAZZO, Francesco, *Le norme penali contro la corruzione. Tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2015, p. 3389

PALIERO, Carlo Enrico, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.Lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, p. 5

PALIERO, Carlo Enrico, *Il d.lg. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845

PALIERO, Carlo Enrico, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2008, p. 1516

PARISI, Nicoletta, *Organizzazione internazionale e lotta alla corruzione: questioni introduttive*, in PARISI, RINOLDI (a cura di), *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, 1996, p. 11

PARK, Adam W., *Keep your Eye on the Bribe: Focusing FCPA Enforcement*, 9 J.L. Econ. & Pol'y 305 2013, p. 305

PARKER, Dallas R. – RAPP, Robert N. – NOEL, Edwin L., *Recent Developments under the Securities Laws*, 6 *Barrister* 27, 1979, p. 27

PARKER, Jeffrey. S., *Doctrine for destruction: the case of corporate criminal liability*, 17 *Managerial and Decision Economics*, p. 381

PASCULLI, Maria Antonella, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi nell’ordinamento italiano*, Cacucci, Bari, 2005

PATALANO, Vincenzo, *Profili problematici della corruzione internazionale*, in PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giuffrè, Torino, 2003, p. 391;

PEDRAZZI, Cesare, *In memoria del “falso in bilancio”*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1371

PEDRAZZI, Cesare, *La corruption (formes nationales)*, in *Revue Int. de Dr. Pén.*, 1982, 53, p. 327

PELISSERO, Marco – FIDELBO Giorgio, *La «nuova» responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 591

PELISSERO, Marco *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 991

PENALVER, Andre M., *Corporate Disconnect: The Blackwater Problem and the FCPA Solution*, 19 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* 459, 2010, p. 459

PERKINS, Ivan, *Illuminating Corruption Pathways: Modifying the FCPA's Grease Payment Exception to Galvanize Anti-Corruption Movements in Developing Nations*, 21 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 325, 2013, p. 325

PERNAZZA, Federico, *Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 1, 2012, p. 153

PERSSON, Torsten – TABELLINI, Guido – TREBBI, Francesco, *Electoral rules and corruption*, *Journal of the European Economic Association* 1(4): p. 958-89, 2003, p. 969

PETERS, John G. – WELCH, Susan, *Political corruption in America: a search for definitions and a theory, or if political corruption is in the mainstream of American politics why is it not in the mainstream of American politics research?*, in *The American Political Science Riview*, 72(3), 1978, p. 974.

PIERGALLINI, Carlo, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 530

PIERROS, Philippe – HUDSON, Christian, *The Hard Graft of Tackling Corruption in International Business Transactions, Progress in International Cooperation and the OECD Convention*, 32 J. World Trade, 1998, p. 77

PIETH, Mark – IVORY Radha (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011

PIETH, Mark – IVORY Radha, *Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview*, in PIETH, IVORY (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011, p. 4

PIETH, Mark – LOW Lucinda A. – BONUCCI, Nicola, *The OECD Convention on bribery, a commentary*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014

PIETH, Mark, *International efforts to combat corruption*, in *Responding to the challenges of corruption (Act of the International Conference in Milano, 19-20 novembre 1999)*, Unicri, Roma-Milano, 2000, 63, p. 21

PIETH, Mark, *Negotiating settlements in a broader law enforcement context*, in SOREIDE, MAKINWA (Edited by), *Negotiated settlements in bribery cases*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2020, p. 19

PISAPIA, Gian Domenico, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1952, p. 3

PISTORELLI, Luca, *La confisca dei proventi della corruzione nelle convenzioni internazionali e nel diritto dell'Unione*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 189.

PIZZOTTI, Simone, *La natura della responsabilità delle società, nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. Civ. e prev.*, fasc. 3, 2002, p. 898

PORCELLUZZI, Michele M. – WINKLER, Matteo M., *C'era una volta Kiobel: i giudici americani tornano a pronunciarsi sull'extraterritorialità dell'Alien Tort Statute*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 3, 2015, p. 885

PRESTIDGE, Adam, *Avoiding FCPA Surprises: Safe Harbor from Successor Liability in Cross-Border Mergers and Acquisitions*, 55 Wm. & Mary L. Rev. 305, 2013, p. 305

PULITANÒ, Domenico, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2002, p. 415

PULITANÒ, Domenico, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Giuffrè, 2002, p. 958

PUSTORINO, Pietro, *In tema di applicazione nell'ordinamento italiano delle Convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in Del Vecchio, Severino (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 473

RICCIO, Stefano, *Corruzione (Delitti di)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. IV, Utet, 1959, p. 899

RINOLDI, Dino Guido, *Corruzione pubblica e privata: ancora sull'adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina internazionale ed europea di contrasto*, in AA.VV. *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, (Napoli, 23-23 April 2010), Editoriale scientifica, Napoli 2011, p. 459

RIVERDITI, Maurizio, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, Napoli, 2009

RODRIK, Dani – SUBRAMANIAN, Arvind – TREBBI, Francesco, *Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development*, in *Journal of economic growth*, Springer, 9(2), 2004, p. 131

ROHDE, Chris, *A New Affirmative Defense to the FCPA for Countries Exiting Major Internal Strife*, 13 *Rich. J. Global L. & Bus.* 545, 2014, p. 545

ROMANO, Mario, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 55

ROMANO, Mario, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 4a ed., Giuffrè, Milano, 2019

ROMANO, Mario, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, fasc. 2-3, 2002, p. 393

ROSE-ACKERMAN, Susan – PALIFKA, Bonnie J., *Corruption and government. Causes, consequences and reform*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2016

ROSE, Cecily – KUBICIEL, Michael – LANDWEHR, Oliver (edited by), *The United Nations on convention against corruption*, Oxford University Press, 2019

ROSE, Richard – PIEFFER, Caryn, *Bad governance and corruption*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019

ROSI, Elisabetta *Corruzione transnazionale e/o corruzione internazionale: una breve riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8, p. 51

ROTMAN, Edgardo, *Extraterritorial Criminal Enforcement of Securities Fraud Regulations after United States v. Vilar*, 70 U. Miami L. Rev. 53, 2015, p. 53

SACERDOTI, Giorgio (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Egea, Milano, 2003

SACERDOTI, Giorgio, *La convenzione Ocse del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 1998, p. 1349

SACERDOTI, Giorgio, *La Convenzione OCSE e la sua laboriosa attuazione in Italia*, in SACERDOTI, (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231 del 2001*, Egea, Milano, 2003, p. 71

SACERDOTI, Giorgio, *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery in Transnational Business Transaction: An Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in *Italian Yearbook of International Law*, IX, 1999, p. 26

SANTI, Francesco, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004

SANTORIELLO, Ciro, *Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili ed incoerenti "furori sanzionatori"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 756

SARAVALLE, Alberto, *Corruzione internazionale e «ne bis in idem»*, BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 205

SAYED, Abdulhay, *Corruption in international trade and commercial arbitration*, Kluwer Law Int., London-New York, 2004.

SCAROINA, Elisa, *Corruzione e responsabilità del gruppo d'impresa*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 71

SCAROINA, Elisa, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè-Luiss University Press, Milano-Roma, 2006

SCHIMMEL, Daniel – MIRENDA, Anthony – TEWARIE, Shruith, *Bridging the*

Cultural Gap in International Arbitrations Arising from FCPA Investigations, 39 Fordham Int'l L.J. 829, 2016, p. 829

SCOLETTA, Marco Maria, *Sulle sanzioni interdittive per gli enti responsabili di corruzione internazionale e gli incerti confini del principio di tassatività*, in *Società*, 2019, 12, p. 1421

SCOLLO, Luigi – WINKLER, Matteo M., *Questionable Transactions, Unquestionable Rules: The Odebrecht/Braskem Case and the Foreign Corrupt Practices Act*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2017, vol. XXXI, n°3, p. 521

SCOLLO, Luigi, *I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria*, in *Giur. Pen. Web*, fasc. 5, 2020, p. 1

SCOLLO, Luigi, *Il caso Alstom: un nuovo «deal de justice» in materia di corruzione internazionale*, in *Dir. Com. Internaz.*, 29, fasc. 3, 2015, p. 917

SCOLLO, Luigi, *Pecuniae obediunt omnia. L'irrilevanza penale delle utilità prive (o quasi) di valore economico*, in *Cass. Pen.*, fasc. 10, 2015, p. 3581

SCOLLO, Luigi, *The Petrobras settlement: a global governance analysis and potential implications for foreign countries*, in *Dir. Com. Internaz.*, 33, fasc. 4, 2019, p. 735

SEC, *Investment Regulation*, 11 Law & Pol'y Int'l Bus. 255, 1979, p. 255

SEMINARA, Sergio, *La Corruzione: problemi e prospettive nella legislazione italiana vigente*, in FORNASARI, LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 145

SEMINARA, Sergio, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 7, 2015, p. 813 ss.

SEMINARA, Sergio, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 813

SENN, Mara – SOKENU, Claudius – LUK, Arthur – BERNSTEIN, Daniel, *SEC, for the First Time, Uses a Non-Prosecution Agreement to Resolve an FCPA Enforcement Action*, 2013 Bus. L. Today 1, 2013, p. 1

SEVERINO, Paola, *Il problema del contrasto alla corruzione*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 3

SEVERINO, Paola, *Lotta alla corruzione internazionale ed omogeneità delle regole di prevenzione*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffré, 2014, p. 1

SHABAT, Matthew, *SEC Regulation of Attorneys under the Foreign Corrupt Practices Act: Decisions on Efficiency and Their Role in International Anti-Bribery Efforts*, 20 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 987 1999, p. 987

SHAPIRO, David L., *Continuity and Change in Statutory Interpretation*, 67 N.Y.U. L. REV. 921, 1992, p. 921

SHINE, Richard, *Enforcement of the FCPA by the Department of Justice*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 283, 1982, p. 283

SIDORKINA, Olesya, *Establishing Corporate Parent Liability for FCPA Violations*, 14 U.C. Davis Bus. L.J. 89, 2013, p. 89

SIENA, Fabio Antonio, *Fatti e giudizi, tra inosservanza della regola contabile e falsità del bilancio*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 4, 2019, p. 1

SIVACHENKO, Irina, *Corporate Victims of Victimless Crime: How the FCPA's Statutory Ambiguity, Coupled with Strict Liability, Hurts Businesses and Discourages Compliance*, 54 B.C. L. Rev. 393, 2013, p. 393

SMITH, Charles F. – PARLING, Brittany D., *American Imperialism: A Practitioner's Experience with Extraterritorial Enforcement of the FCPA*, 2012 U. Chi. Legal F. 237 2012, p. 237

SMITH, Richard C., *Combating FCPA Charges: Is Resistance Futile*, 54 Va. J. Int'l L. 157, 2013, p. 157

SOKENU, Claudius, *Financial Institutions Face Increased Scrutiny Under the FCPA*, in 30 J. Tax Reg. Fin. Inst. 5, 2017, p. 5

SOREIDE, Tina – MAKINWA, Abiola (Edited by), *Negotiated settlements in bribery cases*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK – Northampton, MA, USA, 2020

SPALDING, Andrew Brady, *Unwitting Sanctions: Understanding Anti-Bribery Legislation as Economic Sanctions Against Emerging Markets*, 62 Fla. L. Rev. 351, 2010, p. 351

SPALDING, Andrew, *Restoring Pre-Existing Compliance through the FCPA Pilot Program*, 48 U. Tol. L. Rev. 519, 2017, p. 519

SPENA, Alessandro, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2003

STAFF, Marcia J., *Reflection on Global Compliance: Intersection of FCPA, Sanctions and Export Controls*, 17 *Currents: Int'l Trade L.J.* 72, 2008, p. 72

STARK, Findlay, *Corporate Criminal liability in Scotland: the problems with a piecemeal approach*, in PIETH, MARK; IVORY RADHA (Edited by), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011, p. 113

STASIO, Donatella, *Corruzione zavorra del Pil*, 2012, p. 1 (disponibile su: ilsole24ore.com – ultimo accesso: 3/10/2020)

STEVENSON, Drury D. – WAGONER, Nicholas J., *FCPA Sanctions: Too Big to Debar*, 80 *Fordham L. Rev.* 775, 2011, p. 775

STEWART, Carter, *The FCPA Is Just as Relevant and Necessary Today as Thirty-Five Years ago*, 73 *Ohio St. L.J.* 1039, 2012, p. 1039

STORTONI, Luigi, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7a ed., Bologna, 2016, p. 141

STRAMPELLI, Giovanni, *Le valutazioni di bilancio tra non veridicità (civile) e falsità (penale): spunti sulla punibilità dei falsi valutativi*, in *Riv. Soc.*, fasc. 1, 2016, pag. 118

STRAND, Arne, *Elite capture of Kabul Bank*, in SOREIDE, WILLIAMS (Edited by), *Corruption, Grabbing and Development. Real World Changes*, Edward Elgar Publishing, Padstow, UK, 2014

STRAUSS, Emily N., *Easing Out the FCPA Facilitation Payment Exception*, 93 *B.U. L. Rev.* 235, 2013, p. 235

STUCKWISCH, William J. – ALEXANDER, Matthew J., *The FCPA's Internal Controls Provision: Is Oracle and Oracle for the Future of SEC Enforcement*, 28 *Crim. Just.* 10, 2013, p. 10

SUSE, Philip J., *Questionable Payments in the Middle East: Potential Liability of American Corporations*, 4 *J. Comp. Corp. L. & Sec. Reg.* 101, 1982, p. 101

SWEENEY, John, *The SEC Interpretive and Enforcement Program under the FCPA*, 9 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 273, 1982, p. 273

TANZI, Vito, *Corruption around the World: causes, consequences, scope and cures*, in ABED, GUPTA (Edited by), *Governance, Corruption, and Economic Performance*, IMF, Washington, D.C., 2002, p. 19

TARUN, Robert W. – TOMCZAK, Peter P., *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, ABA ed., V ed., Chicago, 2018

TAYLOR, Cherie O. – SANTOSUOSSO, Joe – HARDIE, Rod – FERBER, Marsha Z., *Transcript of Panel Discussion: Effective FCPA/Export Controls Due Diligence in Mergers and Acquisitions*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 28, 2008, p. 28

TEACHOUT, Zephyr, *Corruption in America: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2014

TESTA, Luigi, «*Ma in America questo non si può*». *La lotta alla public corruption negli Stati Uniti*, DPCE Online, [S.l.], v. 38, n. 1, apr. 2019, p. 1

THEMELI, Sonila, *FCPA Enforcement and the Need for Judicial Intervention*, 56 S. Tex. L. Rev. 387, 2014, p. 387

TIMMENY, Wallace, *An Overview of the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 235, 1982, p. 235

TORRES-FOWLER, R. Zachary, *Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration*, 52 Va. J. Int'l L. 995, 2012, p. 995

TRINCHERA, Tommaso, *Applicabili all'ente le misure cautelari interdittive in relazione ai delitti di corruzione Internazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 dicembre 2010, p. 1 (disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso: 10/10/2020)

TULLY, Stephen (Edited by), *Research handbook on corporate legal responsibility*, Cheltenham (UK)/Northampton (US), 2005

UBIALI, Maria Chiara, *Corruzione di pubblici funzionari stranieri: i dati statistici dal Working Group on bribery (Ocse)*, su *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2016, p. 1 (disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso 3/10/2020)

UBIALI, Maria Chiara, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del Greco: tra le criticità. La corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*, su *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2018, p. 1 (disponibile su: archiviodpc.dirittopenaleuomo.org – ultimo accesso 10/10/2020)

UROFSKY, Philip – MOON, Hee Won (Marina) – RIMM, Jennifer, *How Should We Measure the Effectiveness of the Foreign Corrupt Practices Act: Don't Break What Isn't*

Broken - The Fallacies of Reform, 73 Ohio St. L.J. 1145, 2012, p. 1145

VAN ALSTINE, Michael P., *Treaty Double Jeopardy: The OECD anti-Bribery Convention and the FCPA*, 73 Ohio St. L.J. 1321, 2012, p. 1321

VANNUCCI, Alberto, *Atlante della corruzione*, Gruppo Abele ed., Torino, 2012

VARRASO, Gianluca, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS, VOENA (a cura di), *Trattato di Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012

VENDITTI, Rodolfo, *Corruzione (Delitti di)*, in Enc. Dir., X, Milano, 1962, p. 753

VIGANÒ, Francesco, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-4, 2014, p. 4

VIGANÒ, Francesco, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in GAROFOLI, TREU (diretto da) *Libro dell'anno del diritto*, 2012 (disponibile su: treccani.it – ultimo accesso 5/10/2020)

VINCIGUERRA, Sergio, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2008

VINCKE, François, *The Pioneering Anti-corruption Activity of the ICC*, in Bonelli, Mantovani (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 291

VLASSIS, Dimitri – PILGRIM, Giulia, *The United Nations Convention against Corruption: a framework for addressing common challenges in identifying incentives for private sector integrity*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Giuffrè, 2014, p. 253

VOLLEBREGT, Erik, *Extraterritorial Reach of the FCPA: Recommendations for U.S. Medical Device Companies with Activities in Europe*, 65 Food & Drug L.J. 347, 2010, p. 347

VON ROSENVINGE, D. Alison, *Global Anti-Corruption Regimes: Why Law Schools May Want to Take a Multi-Jurisdictional Approach*, 10 German L.J. 785, 2009, p. 785

WADE, Frederick B., *An Examination of the Provisions and Standards of the FCPA*, 9 Syracuse J. Int'l L. & Com. 255, 1982, p. 255

WALLACE, Cynthia Day, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Brill | Nijhoff, 2002.

WALLENSTEIN, Joshua C., *Bandits at the Well: FCPA Implications of Extortion at Well Sites in Mexico*, 6 Tex. J. Oil Gas & Energy L. 1, 2010, p. 1

WALSH, Ryan, *Extraterritorial Confusion: The Complex Relationship between Bowman and Morrison and a Revised Approach to Extraterritoriality*, in 47 Valparaiso U. L. Rev., 627, 2012-2013, p. 627

WANG, Kevin Y, *Valuable Nepotism: The FCPA and Hiring Risks in China*, 49 Colum. J.L. & Soc. Probs. 459, 2016, p. 459

WARIN, F. Joseph – DIAMANT, Michael S. – ROOT, Veronica S., *Somebody's Watching Me: FCPA Monitorships and How They Can Work Better*, 13 U. Pa. J. Bus. L. 321, 2011, p. 321

WARIN, F. Joseph – DIAMANT, Michael S. – PFENNING, Jill M., *FCPA compliance in China and the gifts and hospitality challenge*, 5 Va. L. & Bus. Rev. 33, 2010, p. 33

WELLS, Celia, *Corporations and criminal responsibility*, 2d ed., Oxford, 2001

WESTBROOK, Amy Deen, *Does the Buck Stop Here: Board Responsibility for FCPA Compliance*, 48 U. Tol. L. Rev. 493, 2017, p. 493

WHITE, D'Arcy P., *Business in the Middle Kingdom: An Evaluation of CFPOA Risk*, 78 U. Toronto Fac. L. Rev. 137, 2020, p. 137

WHITE, Will, *Oil Corruption, and the Department of Justice: FCPA Enforcement and the Energy Industry*, 10 Tex. J. Oil Gas & Energy L. 181, 2014, p. 181

WILLBORN, Emily, *Extraterritorial Enforcement and Prosecutorial Discretion in the FCPA: A Call for International Prosecutorial Factors*, 22 Minn. J. Int'l L. 422, 2013, p. 422

WILLIAMS, S. Nathan, *The Sometimes Craven Watchdog: The Disparate Criminal-Civil Application of the Presumption against Extraterritoriality*, 63 Duke L.J. 1381, 2014, p. 1381

WILLIAMS, Stacy, *Grey Areas of FCPA Compliance*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 14, 2008, p. 14

WINER, Kenneth, *Doing It Right - Overseas*, 9 Bus. L. Today 45, 1999, p. 45

WINKLER, Matteo M., *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2008

WOODY, Karen, *Declinations with Disgorgement in FCPA Enforcement*, 51 U. Mich. J.L. Reform 269, 2018, p. 269

YAMAMOTO, Masamichi, *Reassessing International Cooperation between Securities Regulators in View of the International Double Jeopardy Principle*, 65 Wayne L. Rev. 325, 2020, p. 325

YANNACA SMALL, Catherine, *Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre*, Annuaire Français de Droit International, 40, 792, 1994, p. 792

YOCKEY, Joseph W., *Choosing Governance in the FCPA Reform Debate*, 38 J. Corp. L. 325, 2013, p. 325

YOCKEY, Joseph W., *FCPA Settlement, Internal Strife, and the Culture of Compliance*, 2012 Wis. L. Rev. 689, 2012, p. 689

YOCKEY, Joseph W., *Solicitation, Extortion, and the FCPA*, 87 Notre Dame L. Rev. 781, 2011, p. 781

ZARIN, Don, *Doing business under the Foreign Corrupt Practices Act*, Practising Law Inst., 1995

ZECCA, Mattia – PALUDI, Alessia, *Corruzione e modelli di organizzazione delle imprese: un'analisi giurisprudenziale*, in DEL VECCHIO, SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, San Giuliano Milanese (Milano), 2014, p. 105

ZEDALIS, Rex J., *Internationalizing prohibitions on Foreign Corrupt Practices: the OAS Convention and the OECD Revised Recommendation*, 31 J. World Trade, 6, 1997, p. 45

ZHANG, Wei, *Foreign Corrupt Practices Act*, 57 Am. Crim. L. Rev. 837, 2020, p. 837

ZURNIC, Marjia, *Corruption and democratic transition in eastern Europe: the role of political scandals in post-Milošević Serbia*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019