

Introduzione

La seguente tesi di laurea ha l'obiettivo di comparare i modelli organizzazione, gestione e controllo con i Compliance programs di origine Americana mettendo in luce le ragioni dell'emissione del decreto legislativo 8 giugno numero 231 del 2001 e evidenziandone l'influenza avuta dagli "Ethical Codes" e dalle Federal Sentencing Guidelines Statunitensi del 1991. Il decreto legislativo, che trova le proprie radici nella legge delega numero 300 del 2000, ha adeguato la normativa in materia di responsabilità delle persone giuridiche ad alcune convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito, quali la *Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995* sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee, la *Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997* sulla lotta alla corruzione dei funzionari della Comunità Europea o degli Stati membri e la *Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997* sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche e internazionali; che trova le proprie radici nella legge delega numero 300 del 2000.

L'influenza di quella che è la normativa Statunitense concernente la "corporate liability" ha giocato un ruolo fondamentale per quanto concerne la nascita del decreto legislativo italiano. Dagli Ethical Codes, previsti per dare organizzazione e direttive all'interno delle imprese statunitensi, privi di un apparato sanzionatorio e dunque poco efficaci, la "disciplina" Americana, più precisamente attraverso la U.S. Commission, ha dato vita alle Federal Sentencing Guidelines che hanno introdotto il concetto di Compliance programs (ciò che in Italia si può paragonare al modello di organizzazione, gestione e di controllo previsto dal decreto stesso) che prevede quella che è una vera e

propria disciplina sanzionatoria e dunque strumento effettivo e fondamentale nella lotta e nella prevenzione dei così detti “corporate-crimes”.

Per analizzare tali concetti, l’argomentazione si compone di 3 capitoli:

- Il primo concerne la storia statunitense prima e dopo l’introduzione delle Federal Sentencing Guidelines del 1991, focalizzandosi, nello specifico, sulla genesi della responsabilità degli enti negli Stati Uniti d’America e dell’importanza di un idoneo ed effettivo *compliance program*.
- Il secondo capitolo analizza il decreto legislativo numero 231 del 2001 dando uno sguardo d’insieme della normativa stessa, concludendosi con un caso pratico che mette in luce l’importanza dell’introduzione della disciplina riguardante la responsabilità amministrativa degli enti nelle società sportive.
- Il capitolo conclusivo mostra le peculiarità dei due sistemi; dall’analisi di quelle che sono le caratteristiche essenziali per cui un modello di organizzazione, gestione e di controllo può essere definito idoneo ed efficace, si passa ad evidenziare alcune delle differenze tra i modelli di compliance americani e i modelli organizzativi della legislazione italiana, mettendo in luce punti di forza e criticità delle due discipline.

Indispensabili per un confronto dettagliato della disciplina Statunitense e Italiana sono stati, il testo “L’etica e il Mercato” di Cristina de Maglie e il trattato di procedura penale “Il Procedimento per gli Illeciti Amministrativi Dipendenti da Reato” di Gianluca Varraso. Questi volumi, oltre che base della mia analisi, sono stati un

importante fonte per la ricerca di altra documentazione al fine di realizzare tale argomentazione di tesi.

1. Le Origini dei Modelli Organizzativi Italiani

Il capitolo si apre con un'analisi delle Sentencing Guidelines del 1991, il come e il perché sono state introdotte nell'ordinamento Americano; passa attraverso la spiegazione della nascita dei *compliance programs*, del loro sviluppo e delle differenze, introdotte proprio grazie alle Sentencing Guidelines, dai codici etici, per poi concludersi trattando il carattere "interattivo": preventivo-retributivo-premiale e meglio identificato nel the "carrot-stick approach", degli stessi *compliance programs* e la loro influenza sul decreto legislativo 8 giugno del 2001 numero 231.

1.1. The U.S. Commission and the Sentence Guidelines del 1991

Come la persona fisica, anche la persona giuridica può essere coinvolta in condotte di tipo illecito; talvolta un unico soggetto attraverso il risultato delle sue azioni pone in essere una condotta illecita della quale dovrà ritenersi responsabile in sede penale l'azienda stessa, altre volte la condotta illecita potrebbe essere il risultato di una decisione legata alla politica economica all'interno dell'azienda che rappresentano in alcuni abusi tollerati o promossi nel corso degli anni all'interno della gestione della società. Un esempio del primo caso, lo si può riscontrare nella vicenda "The Exxon Valdez" riguardante un danno ambientale senza precedenti. Il capitano della nave lasciò il comando ad un suo subordinato senza qualifiche, tra acque insidiose. Il capitano fu negligente. Responsabilità sono ravvisabili anche nei confronti dell'azienda proprietaria della nave che avrebbe potuto avere numerosi modi per evitare che tale incidente potesse accadere. L'azienda dunque dovrà partecipare alla responsabilità derivante da negligenza del capitano.¹ Il secondo caso, concerne un'impresa che ignora le leggi,

¹ Editorial, "The Risks of Under-regulation," The Los Angeles Times, May 6, 1989

denominato “**Hooker Chemical Company**” riguardante lo scarico di sostanze chimiche nel Love Canal, un quartiere della città di Niagara Falls. L’azienda nel periodo compreso tra il 1942 e il 1979 scaricò grandi quantità di rifiuti industriali; sostanze chimiche corrosive, alcaline ed acidi grassi provenienti dalla produzione di coloranti e profumi, facendo diventare il canale una discarica altamente tossica.²

Questo caso mostra come un’azienda può evitare l’applicazione della legge per infrazioni accertate per il “semplice scopo di fare affari”. Questi casi portano i giuristi a modificare la legge per tali comportamenti, che tradizionalmente erano puniti unicamente attraverso pene pecuniarie rivelatesi troppo leggere. Raggiunte queste conclusioni però gli esperti hanno trovato diversi ostacoli nel cercare forme alternative di pena. La ragione della difficoltà si può riscontrare nel fatto che la struttura dell’azienda è eccessivamente complicata per ciò che concerne le norme in tale materia. Non si tratta di un individuo, ma di un’organizzazione. Tuttavia l’azienda ha lo stato di persona legale e come tale deve rispondere in relazione alla violazione delle norme. D’altro canto la responsabilità dell’azienda la possiamo definire come un meccanismo di responsabilità limitata. La ragione dell’esistenza di una responsabilità limitata la si può trovare nella storia, dall’immunità di responsabilità offerta ai propri investitori. Ma come si fa ad avere un meccanismo del genere e far sì che le aziende moderne rispondano eticamente e socialmente delle proprie azioni? anche modificando lievemente questa responsabilità, come facciamo a creare un deterrente per evitare attività delittuose da parte delle società?

² Timothy S. Mescon and George S. Vozkis, "Hooker Chemical and the Love Canal," in George A. Steiner et al, *Management Policy and Strategy*, 2a. ed., New York.; MartElliott and Tom L. Beauchamp, "Hooker Chemical and Love Canal," in Tom L. Beauchamp.

Il problema è che pene troppo elevate, se fossero imposte all'azienda accusata di reato, avrebbero un effetto a catena anche sulle parti innocenti. Queste multe potrebbero causare il ridimensionamento/la riduzione degli investimenti dell'azienda stessa; pesanti sanzioni pecuniarie potrebbero portare l'azienda a dover uscire dal mercato e conseguentemente far perdere il lavoro ai propri dipendenti.³ Potrebbero portare l'azienda a dover chiudere stabilimenti privando la comunità di un'importante fonte di lavoro o infine le multe potrebbero avere l'effetto di far ritirare un importante prodotto o servizio da mercato, oppure eliminare una fonte di concorrenza che fa diminuire i prezzi del prodotto o servizio in questione, con quindi rilevanti svantaggi per i consumatori.

Per queste ragioni, i giudici, che in passato avevano grande potere discrezionale nell'emanazione delle sentenze, imponevano sanzioni pecuniarie moderate, tanto da poter essere considerate poco più di una tirata d'orecchie. In uno studio, la "U.S. Sentencing Commission" ha dimostrato che le multe alle aziende erano pari solo al 20% della perdita causata dall'azienda responsabile.⁴ Tra il 1984 e il 1987, la multa media era di 48.000\$ e il 67% di tutte queste sanzioni ammontava a meno di 10.000\$.⁵

Probabilmente, in alcuni casi, la sola condanna era sufficiente ad indurre le aziende a non cadere in recidiva, ma molte altre aziende semplicemente hanno continuato con la propria condotta e ciò le ha portate ad essere soggette a misure coercitive/azioni esecutive.

³ Robert J. Rafalko, "Corporate Punishment," *The Journal of Business Ethics*, Vol. 8, p. 917-928, 1989; Tracy Thompson, "Corporation Face Stiffer Sentencing", *the Washington Post*, November 8, 1989;

⁴ United States Sentencing Guidelines Manual, November 1, 1991; Bruce Hager, "What's Behind Business' Sudden Fervor for Ethics?", *Business Week*, September 23, 1991.

⁵ Tracy Thompson, "Corporations Face Stiffer Sentencing," *The Washington Post*, November 8, 1989

Il problema potrebbe essere riassunto in questo modo: alcune aziende sono responsabili per fatti derivanti da reato, ma noi possiamo agire unicamente in sede civile nei loro confronti. Tali sanzioni civili sono state però inefficaci.⁶ Alcuni hanno proposto che ciò di cui c'è bisogno è qualcosa di analogo a delle punizioni penali per le aziende (Questo vorrebbe dire utilizzare in modo "criticamente esplorativo" la metafora l'azienda come persona).

Per quanto concerne la persona fisica, in particolare il criminale, la legge detta pene che limitano la libertà o che confinano le persone in strutture idonee alla rieducazione, separandoli in tal modo dalla società. È possibile trovare un'analogia soluzione per le organizzazioni quale aziende? È interessante notare che ci sono stati tentativi per trovare una strada attraverso cui "imprigionare" le aziende per una loro condotta criminosa. Un esempio è il caso **U.S. v. Mitsubishi International Corp.**⁷, il tribunale tentò di trovare una sanzione analoga alla libertà vigilata imponendo all'amministratore delegato della società di offrire servizio ad una fondazione benefica per il corso di tutto un anno. Ancora più notevole fu il caso **U.S. v. Allegheny Bottling Co.**⁸ Nel quale, nel 1988, il tribunale ha ordinato di precludere l'azienda per un anno! Il giudice precedente presumibilmente con il verbo "recludere", in questo caso, intendeva una sorta di limitazione quale il blocco del business dell'impresa.

⁶ Robert J. Rafalko, cit., p. 924 ss.

⁷ John Levitske, Jr., "Will he U.S. Sentencing Commission's New Proposed Guidelines for Crimes by Organizations Provide an Effective Deterrent for Crimes Attributed to Corporations, Duquesne Law Review, Vol. 29, p. 787.

⁸ U.S. v Allegheny Bottling Company, 695F nota 856, 861 (E D Va 1988) come cit. in John Levitske, Jr., op. cit., pp. 787-788; John Levitske, Jr., "Will he U.S. Sentencing Commission's New Proposed Guidelines for Crimes by Organizations Provide an Effective Deterrent for Crimes Attributed to Corporations, Duquesne Law Review,

Tuttavia, il giudice ordinò la sospensione della sentenza, e limitò la libertà dell'impresa ponendo quattro dei suoi miglior dirigenti ai servizi socialmente utili. Successivamente la sentenza fu revocata dalla corte d'appello, presumibilmente per il fatto che i quattro dirigenti avevano immunità della responsabilità; quindi, l'effetto di questa divertente e altamente immaginaria soluzione, potrebbe non essere mai pienamente testato.⁹

Il risultato di queste considerazioni è che il tribunale necessariamente deve trovare nuovi modi per punire le imprese che infrangono la legge. I giudici si sono trovati a decidere su questo dilemma: se la multa è una sanzione che colpisce in modo sufficientemente severo le aziende e agisce come deterrente per i comportamenti futuri, dall'altra parte rischia di danneggiare le posizioni di individui innocenti, oppure punire l'organizzazione in modo mite così che possa cancellare il debito col semplice sforzo di fare il proprio business.

Quando vengono indicate nuove opzioni, spesso sono estremamente/altamente non plausibili e prive di senso come quando un giudice emana una sentenza con la quale viene ordinato un "arresto domiciliare all'azienda imputata", o addirittura un periodo di carcere per la stessa. Ciò che serviva era un nuovo approccio che potesse essere allo stesso tempo efficace e di buon senso. Nel novembre del 1991 la U.S. Sentencing Commission ha realizzato le Sentencing Guidelines che sembrano aver "risolto" il problema.¹⁰

⁹ John Levitske, Jr., p. 783-802;

¹⁰ Remaking the corporation: The 1991 U.S. sentencing guidelines: JBE JBE.Rafalko, Robert J. Journal of Business Ethics; Aug 1994; 13, 8; Art, Design & Architecture Collection p. 625

Nel novembre del 1991, furono promulgate le nuove Sentencing Guidelines. Le nuove disposizioni furono introdotte per dare maggior consistenza alle condanne nei processi federali; le linee guida danno un chiaro insieme di criteri, che il giudice deve seguire nel determinare la condanna, che garantiscono una multa base e il livello di pena fissati dalle categorie concernenti il reato (United States Sentencing Commission, 1991).

Secondo un articolo di Tracy Thompson nel giornale "The Washington Post" le linee guida impongono multe alle aziende responsabili nel seguente modo: "... secondo le attuali Guidelines, un giudice guarderebbe una tabella dove, a seconda del reato, vi è assegnato un livello di pena, alla quale ne corrisponde un'altra con definite multe. Questa formula viene rafforzata da aggravanti, come ad esempio il grado di conoscenza degli schemi da parte del personale direttivo, oppure può essere mitigata da attenuanti quali l'adozione da parte della dirigenza di misure idonee a prevenire il ripetersi di violazioni."¹¹

Sempre con riguardo alle nuove Guidelines in un numero di una rivista legale, John Levitski Jr., sottolinea le "mitigation circumstances", circostanze attenuanti definite dalle linee guida e che fanno ricadere l'impresa in sanzioni meno severe: "nel quadro delle Guidelines esiste una sostanziale probabilità che l'azienda sia socialmente responsabile e obbligata a pagare per una violazione commessa da un'incombenza del lavoratore. Tuttavia nelle linee guida si considerano quattro possibili attenuanti per stabilire la sanzione:

1. Mancanza di conoscenza del reato da parte dell'amministrazione;

¹¹ Tracy Thompson, "Corporations Face Stiffer Sentencing," The Washington Post, November 8, 1989; p.84

2. Presenza di un significativo "*compliance program*" in atto nel tempo del reato/violazione;
3. Tempestiva comunicazione del reato o cooperazione nelle indagini penali/giudiziarie;
4. Misure adottate dall'impresa per rimediare al danno come disciplinare/educare i soggetti responsabili e prevenire la recidiva."¹².

La nuova idea contenuta nelle Sentencing Guidelines è grossomodo analoga alla differenza tra la cura e la prevenzione. Considerando che nel passato la medicina è stata confinata principalmente alla ricerca di cure mediche, recenti progressi in cure sanitarie sono stati fatti per rafforzare la prevenzione o in gergo popolare, il benessere. Le condizioni di queste "etiche o legali medicine" preventive del business possono essere riassunte in incentivi offerti dal governo federale alle aziende sotto il profilo della creazione di un completo/esaustivo compliance program all'interno della società. Questi sono effettivamente incentivi negativi, pertanto, ci dovrebbe essere un effetto di deterrenza. È importante sottolineare che queste previsioni di fattori di mitigazione sono studiati per agire in un modo costruttivo e in una positiva strada di riforma piuttosto che in un'atmosfera negativa di severa deterrenza. L'idea è questa: rendere le pene severe per una mancanza di compliance con Guidelines/linee guida con lo scopo di costringere le società ad implementare le Guidelines, ma una volta che è stato fatto un programma

¹² John Levitske, Jr., cit., "Will the U.S. Sentencing Commission's New Proposed Guidelines ...?" *Duquesne Law Review*, Vol. 29, 783, p. 793; Robert J. Rafalko, "Corporate Punishment," *The Journal of Business Ethics*, Vol. 8, p. 917-928, 1989; Tracy Thompson, "Corporation Face Stiffer Sentencing", *the Washington Post*, November 8, 1989

completo all'interno dell'azienda, questo avrà un automatico e autocorrettivo effetto su come l'attività d'impresa è condotta.

In tal senso, in un commento sul *Business Week* intitolato, "What's Behind Business' Sudden Fervor for Ethics" ("cosa si cela dietro l'improvviso fervore delle aziende"), Bruce Hager notando che le ammende per azioni illecite dell'azienda raddoppiavano o triplicavano, scrive:

“Tuttavia, le aziende con una rigida politica etica riceveranno un trattamento molto più indulgente purché collaborino con i pubblici ministeri e loro politiche siano conformi agli standard direttivi. Per esempio, una multa da 1 milione di dollari a 2 milioni potrebbe essere ridotta fino a 50 000 dollari per una società con un programma completo comprensivo di un codice di condotta, di un difensore civico, di una linea telefonica interna e di programmi di formazione obbligatori per i dirigenti.” Secondo il giudice William W. Wilkins Jr., Presidente della US Sentencing Commission: "Anche i migliori sforzi per prevenire la criminalità potrebbero non essere efficaci in tutti i casi. Tuttavia, bisogna premiare le società che cercano di essere un buon cittadino d'impresa."¹³

È interessante notare che, il Presidente Wilkins parla della sua commissione direttiva per la condanna non in termini di sanzioni, ma di *riconoscimento* per buona condotta. I riconoscimenti si esplicitano sotto forma di una drastica riduzione delle sanzioni a condizione che l'azienda abbia il buon senso e l'accortezza di mettere in atto un programma etico secondo il modello qui suggerito. Si tratta certamente di una nuova idea — forse addirittura un importante passo avanti nel concetto di pena.¹⁴

¹³ Bruce Hager, "What's Behind Business' Sudden Fervor for Ethics?", *Business Week*, September 23, 1991, p. 65; Robert J. Rafalko, "Corporate Punishment," *The Journal of Business Ethics*, Vol. 8, p. 917-928, 1989; Tracy Thompson, "Corporation Face Stiffer Sentencing", *the Washington Post*, November 8, 1989

¹⁴ J. Rothman, "The Ghetto-makers", in *the Nation*, October 7, 1961

Osserviamo nel dettaglio come il programma debba essere precisamente attuato. Il paragrafo chiave che descrive il programma è il paragrafo (k) della sezione 8A1.2 del US Sentencing Guidelines, del novembre 1991:

(k) Un "programma efficace per prevenire e individuare le violazioni di legge" indica un programma che è stato ragionevolmente progettato, implementato e applicato in modo tale che sia in generale efficace nel prevenire e nell'individuare una condotta criminale. L'incapacità di prevenire o individuare un reato istantaneo, di per sé, non significa che tale programma non sia efficace. L'elemento chiave di un programma efficace per prevenire e individuare le violazioni di legge è che l'organizzazione eserciti la "due diligence" nel cercare di prevenire e individuare la condotta criminale dei suoi dipendenti e di altri soggetti.¹⁵

Il concetto di "due diligence" è specificato in sette punti:

(1) L'organizzazione deve aver stabilito degli standard di conformità e delle procedure che devono essere seguite dai suoi dipendenti e da altri soggetti che siano ragionevolmente in grado di ridurre la prospettiva di condotta criminale.

(2) A soggetti specifici all'interno del personale di alto livello dell'organizzazione deve essere stata assegnata la totale responsabilità di supervisionare il rispetto di tali norme e procedure.

(3) L'organizzazione deve aver usato la dovuta attenzione a non delegare un considerevole potere discrezionale a individui la cui organizzazione, che sapeva o avrebbe dovuto sapere attraverso l'esercizio della "due diligence", abbia una propensione a essere coinvolta in attività illecite.

¹⁵ United States Sentencing Commission Guidelines Manual, November 1, 1991, S8A1.3, p. 352

(4) L'organizzazione deve aver provveduto a comunicare in modo efficace le relative norme e procedure a tutti i dipendenti e a altri soggetti, *ad es.*, richiedendo la partecipazione a programmi di formazione o attraverso la diffusione delle pubblicazioni che spieghino in modo pratico quanto richiesto.

(5) L'organizzazione deve aver adottato misure ragionevoli per essere conforme alle norme, ad esempio, utilizzando sistemi di monitoraggio e di audit ragionevolmente progettati per individuare la condotta criminale dei suoi dipendenti e di altri soggetti e mettendo in atto e pubblicizzando un sistema di reporting per mezzo del quale i dipendenti e altri soggetti possano segnalare la condotta criminale di altri utenti all'interno dell'organizzazione senza timore di ritorsioni.

(6) Le norme devono essere applicate in modo uniforme tramite appropriati meccanismi disciplinari, tra cui, a seconda dei casi, provvedimenti disciplinari per individui responsabili del mancato riconoscimento di reato. Un adeguato provvedimento disciplinare per individui responsabili di un reato è una componente necessaria dell'esecuzione; tuttavia, il tipo di provvedimento che sarà ritenuto opportuno dipenderà dal caso specifico.

(7) Dopo che un reato è stato individuato, l'organizzazione deve prendere tutte le misure appropriate per rispondere in modo adeguato al reato stesso e per prevenire ulteriori reati simili — questo include qualsiasi tipo di modifica necessaria da apportare al programma per prevenire e individuare le violazioni di legge.¹⁶

¹⁶ US Sentencing Guidelines, November 1991; §8A1.2:

Ognuno di questi sette punti (fatta eccezione per il secondo) consente un'ampia libertà di interpretazione su come tali punti potrebbero essere soddisfatti. Ad esempio, l'esaustivo programma etico che Brace Hager descrive, che consiste in un codice di condotta, un difensore civico, una linea telefonica interna e programmi di formazione obbligatoria per i dirigenti, probabilmente risulterebbe più che sufficiente per la maggior parte delle aziende in termini di soddisfazione delle direttive. Tuttavia, ci sono tre fattori rilevanti da considerare per valutare quanto un'azienda debba fare per essere conforme: (1) le dimensioni dell'organizzazione; (2) la natura del business, e (3) la precedente storia dell'azienda in termini di azioni di controllo contro violazioni di legge.

Si noti che una società molto piccola, ad esempio con 50 dipendenti, potrebbe ritrovarsi a soddisfare un minor numero dei punti suggeriti da Hager al fine di essere in regola. Potrebbe essere sufficiente per l'AD di tale società indire un meeting per i dirigenti e il personale, leggere ad alta voce il codice di condotta aziendale, avvertire i dipendenti che le violazioni del codice potrebbero comportare il licenziamento e la piena collaborazione con l'accusa contro di essi, e successivamente richiedere le dichiarazioni da inserire nel verbale della riunione per il controllo annuale.

Mentre le aziende davvero grosse, con precedenti storie di violazioni di legge in un business che dipende fortemente dai contratti federali (come ad esempio l'industria della difesa) potrebbero anche necessitare della messa in atto di tutti i suggerimenti di Hager e anche di più. Infatti, potrebbe essere necessario uno sforzo ulteriore nel garantire a tutti gli interessati che l'azienda sta facendo tutto il possibile per rispettare le direttive non solo osservando il testo, ma anche la sostanza della legge.

Consideriamo a loro volta ciascuno dei sette punti che costituiscono la "due diligence".