

CAPITOLO III

PRINCIPIO DI OPPORTUNITÀ E SCELTE  
POLITICHE NELLA *CORPORATE CRIMINAL  
LIABILITY* STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Origini e sviluppi della *corporate criminal liability* negli Stati Uniti. – 2. La discrezionalità come *topos* della giustizia penale americana. – 3. I criteri per l'esercizio dell'azione nei confronti delle *corporations*. – 4. Gli accordi *pre-trial: non prosecution e deferred prosecution agreements*. – 5. La etero-regolamentazione del mercato: "*prosecutors in the boardroom*". – 6. Il rovescio della medaglia: il Dipartimento di Giustizia contraente debole. – 7. *Corporate internal investigations* e responsabilità individuali.

1. *Origini e sviluppi della corporate criminal liability negli Stati Uniti.*

Chi si occupa di responsabilità da reato degli enti guarda con interesse alla parallela esperienza d'oltreoceano perché se in Italia la scelta di punire direttamente le società responsabili per la commissione degli illeciti realizzati nel loro interesse o per il loro vantaggio è relativamente recente, negli Stati Uniti si tratta di una tradizione oramai risalente. In questa sede, la lente di ingrandimento con la quale si osserverà il fenomeno della *corporate criminal liability* statunitense è quella del *prosecutor*, in modo da valutare se e come l'organo dell'accusa eserciti l'azione nei confronti delle *corporations*, apprezzandone così le analogie e le diversità con il nostro sistema. Operazione che chiaramente parte dalla premessa della fondamentale differenza tra un contesto – gli Stati Uniti – in cui vige il principio di discrezionalità, e la nostra realtà in cui – almeno teoricamente – si è optato per l'obbligatorietà<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Va tenuto in considerazione il fatto che, così come i sistemi improntati al princi-

Al fine di compiere questo tipo di accertamento è comunque opportuno esaminare preliminarmente in presenza di quali presupposti sia possibile invocare un coinvolgimento delle imprese nella sede penale. In ossequio alla tradizione di *common law*, l'indagine non può che partire dall'analisi dei precedenti delle corti statunitensi. Com'è noto, il *leading case* è rappresentato dalla decisione *New York Central & Hudson River Railroad* degli inizi del novecento<sup>2</sup>. Non si tratta, per la verità, della prima decisione in assoluto sul tema: sin dalla metà del XIX secolo, infatti, i pubblici ministeri di alcuni Stati avevano iniziato a perseguire le imprese, ma si trattava di precedenti numericamente poco significativi e dal cui esame non era possibile desumere con un sufficiente grado di approssimazione quali fossero gli elementi che sarebbero dovuti ricorrere per integrare l'ipotesi della responsabilità penale delle società.

È il 1909 l'anno della svolta: la Corte suprema (e già questo è un indice sicuro della rilevanza della decisione), infatti, definì in maniera compiuta i caratteri della *corporate criminal liability*. La vicenda è nota: la *New York Central & Hudson River Railroad* e due suoi dipendenti furono condannati per aver applicato alle società produttrici di zucchero dei ribassi sui costi di trasporto del bene da New York a Detroit. Questa politica dei prezzi aveva consentito all'impresa ferroviaria di acquisire una posizione di monopolio nel trasferimento dello zucchero da uno Stato ad un altro, in violazione dell'*Elkin Act* che vietava comportamenti discriminatori nell'ambito dei rapporti commerciali interstatali, prevedendoli come reato, per impedire forme di concorrenza sleale. Per la prima volta, dunque, oltre agli individui, fu punita anche la persona giuridica per la quale essi lavoravano<sup>3</sup>.

---

pio di obbligatorietà dell'azione presentano sempre maggiori profili di discrezionalità, ciò vale, a parti invertite, anche per quelli in cui si sia optato per il principio di opportunità, ove la discrezionalità dei pubblici ministeri trova un limite nelle direttive con le quali i responsabili degli uffici orientano le scelte dei sostituti: cfr. M.R. DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion: Comments on a German Monograph*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 1586, 1981, p. 119 s.

<sup>2</sup> *New York Central & Hudson River R.R. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

<sup>3</sup> L'*Elkin Act* è una legge federale del 1903, emanata dal Congresso, che modificava l'*Interstate Commerce* del 1887 e che, per quanto qui interessa, vietava l'applicazione di tariffe ribassate nell'ambito del commercio interstatale prevedendo in particolare,

La difesa della società provò a sostenere l'incostituzionalità della legge, che faceva dipendere dal fatto illecito di un dipendente la concorrente responsabilità penale dell'impresa. La Corte suprema, però, nel confermare la precedente decisione di condanna, respinse i dubbi di costituzionalità evidenziando come il fenomeno della industrializzazione avesse fatto emergere comportamenti criminosi nuovi, fortemente legati e, anzi, resi possibili dall'esistenza di una organizzazione societaria. Certe pratiche *contra legem*, in altre parole, trovavano l'occasione, o comunque erano agevolate dal fatto che determinate attività potevano svolgersi in forma imprenditoriale: limitare la punizione agli individui avrebbe, pertanto, significato non fornire al fenomeno una risposta adeguata. La Corte suprema chiarì, però, che affinché la società potesse essere penalmente perseguita e condannata sarebbe stato necessario che la condotta fosse stata realizzata da un soggetto (*agent*) che avesse agito nell'interesse della persona giuridica (*intent to benefit the corporation*) e nell'ambito delle funzioni attribuitegli (*scope of employment*).

Con questo precedente, dunque, si estese alla materia penale il principio di matrice civilistica del *respondeat superior*, secondo cui dell'illecito è chiamato appunto a rispondere colui che è giuridicamente responsabile di chi agisce<sup>4</sup>. Trasferito all'ambito societario, questa forma di *vicarious liability* si traduceva nel paradigma dell'immedesimazione organica per il quale ogni condotta dell'*intra-neus*, anche quella illecita,

---

come riportato nella decisione in esame, che «*anything done or omitted to be done by a corporation common carrier subject to the Act to Regulate Commerce, and the acts amendatory thereof, which, if done or omitted to be done by any director or officer thereof, or any receiver, trustee, lessee, agent, or person acting for or employed by such corporation, would constitute a misdemeanor under said acts, or under this act, shall also be held to be a misdemeanor committed by such corporation; and, upon conviction thereof, it shall be subject to like penalties as are prescribed in said acts, or by this act, with reference to such persons, except as such penalties are herein changed. (...) In construing and enforcing the provisions of this section, the act, omission, or failure of any officer, agent, or other person acting for or employed by any common carrier, acting within the scope of his employment, shall, in every case, be also deemed to be the act, omission, or failure of such carrier, as well as that of the person*». Cfr. *New York Central & Hudson River R.R. v. United States*, cit., p. 491-492.

<sup>4</sup>Cfr. J.C. COFFEE, *Corporate Criminal Responsibility*, in I *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1983, p. 253; P.H. BUCY, *Corporate Ethos: A Standard For Imposing Corporate Criminal Liability*, in 75 *Minn. L. Rev.*, 1991, p. 1095.

va imputata alla persona giuridica per cui questi agisca. Una forma di responsabilità oggettiva, dunque, che sarebbe scattata nel momento in cui si fossero riscontrati i suddetti tre elementi, e cioè (a) comportamento illecito di un dipendente, (b) tenuto nell'interesse dell'ente e (c) nell'esercizio delle incombenze affidategli.

Immedie furono le critiche contro questa decisione che venne ritenuta lesiva dei principi cardine del diritto penale, primo fra tutti quello per cui la responsabilità penale è personale e presuppone una volontà colpevole o, quanto meno, una condotta negligente. Categorie che tradizionalmente si applicavano solo alle persone fisiche<sup>5</sup>.

Proprio in considerazione delle forti perplessità che il nuovo approccio aveva suscitato, e della dura presa di posizione della dottrina americana rispetto al superamento del principio *societas delinquere non potest*<sup>6</sup>, negli anni sessanta si tentò di correggere il tiro: oramai non era più seriamente pensabile di opporsi alla scelta di punire penalmente le imprese per i reati commessi, ma si poteva provare a rivedere lo schema rigido della responsabilità oggettiva. Si provò, dunque, a subordinare la responsabilità degli enti alla verifica di una colpa organizzativa che avesse reso possibile il verificarsi del reato. Tale tentativo è riconducibile ad un progetto di più ampio respiro, che va sotto il nome di *Model Penal Code*, sviluppato dall'*American Law Institute* con il contributo di alcuni studiosi di *criminal law*. L'obiettivo, più in generale, era quello di aggiornare e uniformare il diritto penale degli Stati dell'Unione federale attraverso una valorizzazione delle c.d. *best practices*.

Per quel che riguarda la responsabilità delle società, si propose di sperimentare un approccio diversificato in base alla tipologia dei reati. Più in particolare, per quelli disciplinati nella legislazione speciale (dunque, al di fuori del codice stesso), e per i quali fosse stata la legge a prevedere una corresponsabilità penale dell'ente a seguito di una condotta criminosa di un dipendente, veniva confermato lo schema della *vicarious liability*: responsabilità dell'impresa, dunque, per il fatto realizzato dall'*intraeus* nell'esercizio delle funzioni attribuitegli. Si immaginò, però, che tale coinvol-

---

<sup>5</sup> V. per tutti, J.C. COFFEE, "No Soul To Damn, No Body To Kick": *An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment*, in 79 *Mich. L. Rev.*, 1981, p. 386.

<sup>6</sup> Cfr. i contributi raccolti in AA.VV., *Corporate and White Collar Crime: An Anthology*, a cura di L. ORLAND, Anderson Publishing Company, 1995.

gimento dell'ente potesse essere escluso – sempre che la legge di riferimento non lo vietasse espressamente – se la persona giuridica avesse dato prova che chi rivestiva un ruolo di supervisione sull'attività da cui fosse scaturito il reato avesse adottato misure adeguate a prevenire il reato<sup>7</sup>. Per i reati omissivi, invece, l'ente era sempre responsabile, anche se non fosse emersa la finalizzazione della condotta all'ottenimento di un vantaggio sociale e a prescindere dall'esistenza di un modello comportamentale volto alla neutralizzazione del rischio di reato. In tutte le altre ipotesi, vale a dire per i reati introdotti dal *Model Penal Code* e per quelli disciplinati dalla legislazione speciale in cui non si fosse però optato per una responsabilità parallela della *corporation*, l'ente era penalmente responsabile per i comportamenti criminosi realizzati da chi rivestisse un ruolo dirigenziale di vertice, in quanto la sua condotta sarebbe stata espressione della politica d'impresa<sup>8</sup>.

Nel *Model Penal Code* è pertanto evidente lo sforzo di superare l'approccio sino a quel momento adottato, quello, cioè, della responsabilità oggettiva, che caratterizza lo schema del *respondeat superior*. Anche se, a ben vedere, per esempio per i reati omissivi, si finiva con il dettare un regime addirittura più severo di quello che si ambiva correggere, posto che non vi era nemmeno bisogno di dimostrare il beneficio potenziale o reale che alla società sarebbe derivato dal reato, per affermarne la responsabilità.

C'è da dire, però, che questa tripartizione risultò un po' artificiosa e ciò non contribuì a rendere popolare l'iniziativa. Per la verità, l'insuccesso non fu legato solo alle norme destinate agli enti: il codice risultò generalmente poco convincente e, difatti, venne adottato solo da pochi Stati. Per quel che riguarda la responsabilità penale delle imprese, esso fu sì impiegato in talune decisioni di alcune corti degli Stati in cui era stato recepito, ma sostanzialmente ignorato a livello federale. Ciò non poté che decretar-

---

<sup>7</sup>La fattispecie si avvicina molto a quella da noi prevista all'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2001, ove l'impresa non risponde del fatto del dipendente se chi avrebbe dovuto sorvegliare su questi abbia adottato un modello organizzativo adeguato prima del reato, salvo che nel nostro sistema, in questa eventualità, l'onere della prova ricade sul pubblico ministero.

<sup>8</sup>V. *Model Penal Code, Section 2, American Law Institute, 1962*. Diffusamente al riguardo C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 23 s.

ne il fallimento, considerato che la maggior parte dei *corporate crimes*, soprattutto quelli più rappresentativi, sono di competenza federale.

Nonostante tutto, però, va riconosciuto al *Model Penal Code* e ai suoi redattori il merito di aver riaperto i riflettori sulla *entity liability* e sull'opportunità di ragionare seriamente sul superamento di una responsabilità oggettiva pura. Successivamente fu la giurisprudenza ad impegnarsi in questo non facile compito: dall'esame di alcune decisioni emerge come progressivamente i giudici iniziarono a subordinare la condanna della società alla verifica di una formale sua ratifica della condotta criminosa<sup>9</sup> o all'esistenza di una colpevolezza collettiva (*collective intent*)<sup>10</sup>. Nel primo caso, l'affermazione della responsabilità era fatta dipendere dalla circostanza che risultasse accertata la ripetitività nel tempo di quel comportamento illecito, circostanza che quanto meno dimostrava la mancata predisposizione di controlli adeguati, quando non fosse addirittura indice di una implicita accettazione. Nel secondo, invece, l'impresa poteva essere giudicata colpevole, anche se non si fosse riusciti a pervenire al medesimo risultato per le persone fisiche per difetto dell'elemento soggettivo, se fosse possibile imputare all'ente la somma dei frammenti di responsabilità individuale.

Al di là di queste aperture giurisprudenziali, dopo l'esperimento del *Model Penal Code* si rinunciò all'idea di positivizzare la materia e di superare in questo modo il principio del *respondeat superior*, che perciò continua tuttora a rappresentare il paradigma mediante il quale si imputa il reato alle imprese. Va però segnalato che, a distanza di qualche decennio da quell'esperienza, la riflessione sui presupposti della *corporate criminal liability*, o per meglio dire sulle condizioni in presenza delle quali il pubblico ministero potrebbe procedere contro un ente è tornata alla ribalta.

L'occasione è rappresentata da una legge che aveva uno scopo differente: il riferimento è al *Federal Sentencing Guidelines Manual* del 1991, all'interno del quale un'apposita sezione è dedicata all'apparato sanzionatorio delle società<sup>11</sup>. Il manuale, come risulta chiaramente dal nome,

---

<sup>9</sup> *Continental Baking Company v. United States*, 281 F.2d (1960), p. 141.

<sup>10</sup> *United States v. Bank of England*, 821 F.2d (1987), p. 844 s.

<sup>11</sup> *Federal Sentencing Guidelines Manual – ch. 8 – Sentencing of Organizations*, consultabile all'indirizzo <https://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>.

fornisce le istruzioni per la fase del *sentencing*, che presuppone che sia intervenuto un provvedimento di condanna e che il giudice debba, pertanto, quantificare la pena. L'ambito di applicazione, dunque, è del tutto eterogeneo rispetto alla prospettiva della identificazione dei criteri per imputare un reato ad un'impresa. Tuttavia, le linee guida federali sono comunque assai utili ai nostri fini dal momento che, come vedremo, nel personalizzare le sanzioni per le imprese e nel prevedere fattori che avrebbero potuto aggravare o attenuare la responsabilità dell'ente, sono stati identificati alcuni criteri che, a distanza di tempo, i pubblici ministeri hanno cominciato ad impiegare nel momento in cui si trovavano a dover decidere se e come agire contro un'organizzazione collettiva. Ma procediamo con ordine e partiamo dalle ragioni per cui nel 1991 si avvertì l'esigenza di adottare un manuale che i giudici avrebbero dovuto seguire al momento della definizione della pena.

Fino a quel momento, le corti erano sfornite di una guida per l'applicazione delle sanzioni, che dunque dipendevano da valutazioni fortemente discrezionali. Questo problema era avvertito in modo particolare quando la condanna riguardasse la persona giuridica, poiché i giudici erano inevitabilmente più abituati a ragionare sulle pene destinate agli individui. A parte che per le imprese l'unica alternativa era stata sino ad allora la pena pecuniaria, era comunque maturata la consapevolezza della difficoltà di quantificarla: da una parte, infatti, la sanzione non sarebbe dovuta essere inferiore al profitto che fosse scaturito dal reato (diversamente il rischio reato sarebbe stato sempre conveniente); dall'altra vi era la preoccupazione che essa venisse fatta alla fine ricadere su terzi estranei (per esempio gli azionisti), che si sarebbero trovati a doverne sopportare tutto il peso<sup>12</sup>. Proprio per questo l'introduzione, nel *Federal Sentencing Guidelines Manual*, di una sezione dedicata alle imprese – che nel fornire le linee-guida, teneva conto di tale retroscena – sembrò una scelta opportuna e, per certi versi, inevitabile<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Per un *background* e per le linee direttrici delle nuove *Guidelines*, J.E. BOWERS-E. RAMOS-S. RODRIGUEZ III-H. HARRIS-C.V. BECKMAN, *Organizational Sentencing Guidelines: The New Paradigm For Effective Compliance and Ethics Programs*, National Legal Center for the Public Interest, 2004, p. 6 s.

<sup>13</sup> Cfr. L. ORLAND, *Beyond Organizational Guidelines: Toward a Model Federal Corporate Criminal Code*, in 17 *Wash. U.L.Q.*, 1993, p. 357.

Le *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, tendenzialmente applicabili a tutte le imprese organizzate in forma associativa, prevedevano e prevedono tuttora – accanto alla tradizionale pena pecuniaria – strumenti ulteriori, un nutrito arsenale a cui il giudice può accedere in modo da personalizzare la risposta in base al destinatario e al tipo di illecito: accanto alla *fine*, dunque, abbiamo le *restitutions*<sup>14</sup>, i *remedial orders*<sup>15</sup>, il *community service*<sup>16</sup>, l'*order of notice to victims*<sup>17</sup>, la *probation*<sup>18</sup>. Per la pena pecuniaria, inoltre, viene previsto un originale meccanismo di calcolo: alla pena base, corrispondente al profitto conseguito dalla società o al danno arrecato, si applica il *culpability score*, e cioè un coefficiente di attenuazione o di aggravamento, a seconda del comportamento tenuto dalla società. Tra le circostanze aggravanti vi sono il livello di coinvolgimento dell'impresa nella realizzazione del reato; i precedenti dell'ente, che sono viepiù rilevanti se riguardano i medesimi reati per cui è intervenuta la nuova condanna; l'aver violato le prescrizioni imposte con la *probation*; l'aver in qualsiasi maniera ostacolato le indagini. Come attenuanti valgono, invece, la predisposizione e l'effettiva applicazione, prima della commissione dell'illecito, di adeguati *compliance programs* orientati a prevenire il rischio di commissione dell'illecito poi occorso, la collaborazione nelle investigazioni, l'accettazione della responsabilità per il reato<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Tali sono le restituzioni in senso stretto e le misure risarcitorie.

<sup>15</sup> Si tratta dell'ordine di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal reato per cui è intervenuta condanna.

<sup>16</sup> Con essa si fa riferimento alla prestazione di un'attività compensativa del danno sociale prodotto dalla condotta criminale.

<sup>17</sup> L'ordine attiene al dovere di informare le vittime dell'intervenuta condanna.

<sup>18</sup> Siamo di fronte ad una sorta di messa alla prova, durante la quale l'ente può continuare ad operare, impegnandosi però in un programma di recupero che prevede il dovere di ripianare i buchi organizzativi che hanno consentito la realizzazione del reato.

<sup>19</sup> Per tutti, v. J.S. RAKOFF-J.S. SACK, *Federal Corporate Sentencing*, Law Journal Press, 2017, in part. capitoli 3, 4 e 5. Per una lettura critica v. J.S. PARKER-R.A. ATKINS, *Did The Corporate Criminal Sentencing Guidelines Matter? Some Preliminary Empirical Observations*, in 42 *J.L. & Econ.*, 1999, p. 423. Per una valutazione dell'impatto delle *Federal Corporate Sentencing* all'indomani della loro entrata in vigore, C.R. ALEXANDER-J. ARLEN-M. COHEN, *Evaluating Data on Corporate Sentencing: How Reliable are the U.S. Sentencing Commission's Data*, in *Federal Sentencing Reporter*, 2001,

Ebbene, le suddette circostanze sono da qualche tempo impiegate, come meglio vedremo in seguito, in veste di criteri per valutare se l'impresa meriti o meno di essere perseguita. Anzi, essi costituiscono la base, come si dirà, di quella discutibile e discussa negoziazione tra *prosecutor* e imprese che si è imposta negli ultimi anni per definire le pendenze penali fuori dal *trial*. Non possiamo escludere che questa torsione delle circostanze originariamente pensate quali condizioni per una personalizzazione della pena sia avvenuta perché in particolar modo i *mitigation factors*, pur garantendo in astratto un calcolo più favorevole della sanzione per l'impresa imputata, non sono stati applicati in modo tale da rendere davvero allettante, per esempio, la decisione di collaborare con l'accusa, visto che il beneficio riconosciuto si è rivelato inadeguato rispetto al prezzo che si chiedeva di pagare<sup>20</sup>. A ciò si aggiunga che dopo l'introduzione delle *Federal Sentencing Guidelines*, la Corte suprema degli Stati Uniti le ha ritenute non vincolanti<sup>21</sup>. Di qui verosimilmente l'intuizione di premiare – per esempio la collaborazione processuale – non più con uno sconto di pena, rivelatosi oltre tutto aleatorio, ma proponendo un vantaggio ben più seduttivo. Ed è naturale che questa intuizione sia maturata tra chi, più di altri, necessitava della cooperazione delle imprese alle indagini: e cioè nell'ambito dell'*U.S. Department of Justice* (DOJ), il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti d'America, che è il dicastero del governo federale che si occupa delle

---

p. 1 s. In merito alla collaborazione richiesta alle società tramite le regole del *sentencing*, v. R.S. GRUNER, *Structural Sanctions: Corporate Sentences Beyond Fines*, in AA.VV., *Debating Corporate Crime*, a cura di W.S. LOFQUIST-M.A. COHEN-G.A. RABE, 1997, Anderson Publishing, p. 153 s.

<sup>20</sup> Chiaramente in questo senso J. ARLEN, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, in 66 *U. Miami L. Rev.*, 2012, p. 321-322: «*Although the Organizational Sentencing Guidelines offer sanction mitigation to firms that adopt effective compliance programs, self-report, and cooperate, (...) these provisions offer too little mitigation to encourage firms to detect, report, and cooperate*». In senso sostanzialmente analogo, già in precedenza, era stato osservato come le pene applicate alle società non fossero in pratica cambiate dopo l'introduzione delle *Sentencing Guidelines*: J.S. PARKER-R.A. ATKINS, *Did The Corporate Criminal Sentencing Guidelines Matter?*, cit., p. 423.

<sup>21</sup> *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). Sul punto v. V. FANCHIOTTI, *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 903 s.

politiche giudiziarie, in cui si è cominciato a ragionare in maniera sempre più mirata su quali circostanze i pubblici ministeri avrebbero dovuto valutare nel momento della scelta relativa all'esercizio dell'azione nei confronti delle società. Per affrontare questo discorso, però, occorre esaminare brevemente il ruolo del *prosecutor* e le caratteristiche dell'azione penale negli Stati Uniti.

## 2. *La discrezionalità come topos della giustizia penale americana.*

Lo studio della *entity liability* non può prescindere da una riflessione su uno dei tratti maggiormente caratterizzanti la giustizia penale negli Stati Uniti, che va comunemente sotto il nome di *prosecutorial discretion*<sup>22</sup>: possiamo certamente discutere di quali siano i presupposti del coinvolgimento dell'impresa nel processo penale, ma non possiamo trascurare che, alla fine dei conti, è comunque il pubblico ministero che decide, in base al principio di opportunità, prima di tutto se avviare un'indagine e, successivamente, se esercitare l'azione.

Il tema della discrezionalità della giustizia penale negli Stati Uniti è certamente uno dei più avvincenti, anche perché spiega molto di quel sistema e, più in generale, di quel Paese. Guardando a questo fenomeno nella prospettiva dell'organo propulsore dell'accusa, non si può prescindere da un suo inquadramento istituzionale. Negli Stati Uniti, infatti, i pubblici ministeri vengono eletti dal popolo e, anche quando ciò non avvenga, sono nominati da un'autorità elettiva: il Governatore, per esempio<sup>23</sup>. Essi vedono il più delle volte nel loro mandato un trampolino di lancio per una successiva esperienza politica<sup>24</sup>. Questo vale anche

---

<sup>22</sup> Per tutti, v. W. LAFAVE, *The Prosecutor's Discretion in the United States*, in 18 *Am. J. Comp. L.*, 1970, p. 532 s.

<sup>23</sup> A livello statale, abbiamo un *Chief Public Prosecutor*, posto a capo di un ufficio centrale, e un *District Attorney*, che dirige l'ufficio locale. Il rapporto con la comunità di riferimento è molto forte, considerato appunto che si tratta di nomine elettive.

<sup>24</sup> «Traditionally, the American system has relied upon informal and somewhat oblique means to constrain prosecutorial discretion, with an emphasis on the ballot box. Because most state attorneys general, district attorneys, and county and city attorneys are

per i pubblici ministeri federali, che comprensibilmente sono i più coinvolti nell'accertamento dei reati che riguardano la responsabilità penale delle società: come abbiamo già accennato, per le caratteristiche proprie di certi illeciti che necessitano dello schermo societario per essere commessi (la loro gravità, la dimensione transfrontaliera, l'incidenza sugli interessi finanziari dell'Unione), essi facilmente ricadono nella competenza delle autorità federali<sup>25</sup>. Ebbene, anche i procuratori federali, pur non essendo – come quelli statali – eletti dal popolo<sup>26</sup>, sono comunque espressione del partito del Presidente degli Stati Uniti e, dunque, più inclini a coltivare iniziative giudiziarie che non finiscano per danneggiare il proprio partito<sup>27</sup>. Senza considerare che, pur non es-

---

*subject to popular election and will have to defend their offices' discretionary decisions to the voters, it is assumed that these chief prosecutors will be conscientious and responsive to public needs in setting policies and making judgments about individual cases. In US politics, statistics that supposedly measure an office's "success" (e.g., conviction and sentencing data) may be factors in prosecutorial elections. Such statistics are also relevant to deputy prosecutors, whose career advancement may hinge upon their case record»:* così E. LUNA-M.L. WADE, *The Prosecutor As Policy Maker, Case Manager, And Investigator*, in AA.VV., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, a cura di E. LUNA-M.L. WADE, Oxford University Press, 2012, p. 3.

<sup>25</sup> Va in ogni caso osservato come certe condotte possano integrare fattispecie di reato di competenza contestualmente federale e statale: v. sul punto S. SUN BEALE, *What are the Rules if Everybody Wants to Play? Multiple Federal and State Prosecutors (Acting) as Regulators*, in AA.VV., *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, a cura di A.S. BARKOW-R.E. BARKOW, New York University Press, 2011, p. 204 s.

<sup>26</sup> I procuratori federali, infatti, sono nominati direttamente dal Presidente, come d'altra parte l'*U.S. Attorney General* che è a capo del *Department of Justice*. Per maggiori approfondimenti sulla struttura degli uffici della pubblica accusa negli Stati Uniti, v. A. GASPARINI, *Il Prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, a cura di R. GAMBINI MUSSO, Giappichelli, 2009, p. 40 s.

<sup>27</sup> Se da una parte questo dovrebbe promuovere il controllo democratico e la responsabilità, dall'altra parte ciò si traduce in un'ovvia pressione politica nel processo decisionale dei pubblici ministeri, nelle loro priorità e nelle procedure seguite: in questo senso S. SUN BEALE, *Prosecutorial Discretion in Three Systems: Balancing Conflicting Goals and Providing Mechanisms for Control*, in AA.VV., *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, a cura di M. CAIANIELLO-J.S. HODGSON, Carolina Academic Press, 2015, p. 28. V. anche D.K. BROWN, *American Prosecutors' Powers*

sendo il più delle volte interessati a incarichi elettivi, ambiscono – per il futuro – alle più prestigiose posizioni nell’ambito del potere esecutivo ovvero, attratti dalla prospettiva di un lavoro lucrativo nel settore privato, non hanno alcun mordente a scontrarsi con chi gestisce il potere economico: le grandi aziende, ad esempio, che potrebbero un domani diventare appetibili clienti.

In un contesto in cui i pubblici ministeri dipendono dall’Esecutivo è certamente comprensibile che l’azione penale possa essere discrezionale: ragionando sul sistema italiano, infatti, abbiamo osservato come l’obbligatorietà dell’azione penale abbia rappresentato, prima di ogni altra cosa, uno strumento di garanzia dell’indipendenza dell’organo dell’accusa e uno schermo da eventuali pressioni politiche<sup>28</sup>.

In considerazione della collocazione istituzionale dei pubblici ministeri negli Stati Uniti non stupisce, pertanto, che essi siano indotti a coltivare le iniziative giudiziarie che possano lusingare, o quanto meno non dispiacere, coloro che rappresentano. E, infatti, gli studiosi d’oltreoceano denunciano da tempo una forte discriminazione nella gestione dei procedimenti penali<sup>29</sup>: le iniziative giudiziarie riguardano per lo più quei reati che creano allarme sociale, commessi con violenza alle persone o sulle cose, quelli, cioè, per i quali l’opinione pubblica richiede un intervento tempestivo ed esemplare<sup>30</sup>. Non è casuale, dunque, che se si guarda alla composizione delle carceri, si verifica che il numero dei detenuti per reati di droga o contro la proprietà è enormemente più alto rispetto alla percentuale insignificante dei condannati per *white collar crimes* (anche se, va detto, si tratta di un dato comune all’esperienza dei paesi europei). Una possibile spiegazione va rinvenuta nella *three-strikes law*, per la quale chi è stato condannato per un delitto violento e poi per altri due reati anche di modesta entità è destinato al carcere a vita, nonostante sembri che si stia progressivamente escludendo l’applicazione rigida di questo automatismo.

---

*and Obligations in the Era of Plea Bargaining*, in AA.VV., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, cit., p. 210.

<sup>28</sup>V. *retro*, cap. II, § 3.

<sup>29</sup>Di recente, molto chiaramente in questo senso, B.L. GARRETT, *The Boom and Bust of American Imprisonment*, in 20 *Tex. L. Rev.*, 2017, p. 106 s.

<sup>30</sup>Cfr. D.K. BROWN, *Free Market Criminal Justice. How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*, Oxford University Press, 2016, p. 177 s.

ricolosità di certi strumenti. Si potrebbe ritenere, infatti, che certe condotte, realizzate nonostante la preventiva conoscenza della loro pericolosità, rientrerebbero nei casi di *willful blindness* o di *conscious disregard*, per i quali il dolo si dovrebbe ritenere integrato e, dunque, la responsabilità non andrebbe esclusa per difetto dell'elemento soggettivo. Né si può pensare, come pure il Dipartimento di Giustizia in passato aveva dichiarato per giustificarsi, che le responsabilità individuali, in certi settori, vadano circoscritte, dal momento che certe operazioni presupporrebbero la partecipazione di terzi qualificati: sempre per rimanere nell'ambito bancario, la circostanza che a cadere in trappola siano stati *sophisticated investors* sposta di poco: anche questi ultimi possono aver fatto affidamento sulle valutazioni provenienti dai professionisti della finanza<sup>126</sup>.

Sembrerebbe, dunque, che non vi siano ragioni insuperabili per rinunciare a processare coloro che abbiano agito nell'interesse o a vantaggio delle società. Sicché si potrebbe addirittura ritenere che la scelta di non esercitare l'azione penale nei confronti delle persone fisiche sia stata un'ulteriore concessione fatta alle società *too big to fail*, tanto più discutibile perché si tratterebbe di una condizione non esplicitata negli accordi. È probabilmente proprio per questo che il Dipartimento di Giustizia aveva con così tanta enfasi pubblicizzato la decisione di porre fine a questa prassi.

Volendo in conclusione provare a mettere in ordine i tasselli a disposizione occorre osservare che la indiscutibile predominanza dei *non prosecution* e dei *deferred prosecution agreements* nella soluzione dei casi di *corporate criminal liability* può avere giustificazioni varie. Indubbiamente vi è stato e vi è ancora il timore delle ripercussioni finanziarie che potrebbero derivare dal fallimento di società strategiche per l'economia, soprattutto ora che i mercati offrono qualche segno di ripresa, anche se proprio di recente è stato evidenziato come alcune tra le più importanti banche che hanno dovuto accettare un *guilty plea* sono ancora positivamente in attività: l'impressione, dunque, è che certi effetti collaterali siano stati strumentalizzati e ingigantiti proprio per giustificare un

---

<sup>126</sup> V. J.S. RAKOFF, *The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executive Been Prosecuted?*, cit.

approccio più morbido nei confronti degli enti<sup>127</sup>. A ciò si aggiunga che le indagini sui *corporate crimes* sono assai complesse, richiedono tempo e personale altamente specializzato. E, invece, dopo i fatti dell'11 settembre 2001, è stato inevitabile dirottare molte forze all'antiterrorismo, nonostante vi siano stati segnali importanti per testimoniare il persistente interesse per i reati societari. Valga per tutti la creazione della *Corporate Fraud Task Force* nel 2002. Date le difficoltà insite in taluni accertamenti, è assai probabile che, piuttosto che impelagarsi in procedimenti lunghi e dagli esiti incerti, si sia preferito barattare una collaborazione che ne potesse consentire una definizione veloce e all'apparenza equa<sup>128</sup>, con soluzioni accettabili per le *corporations*<sup>129</sup> e che in fin dei conti si riteneva potessero essere accettate anche dall'opinione pubblica<sup>130</sup> e che peraltro permettevano di "fare cassa" più rapidamente. Ma

---

<sup>127</sup> P.R. KEEFE, *Why Corrupt Bankers Avoid Jail. Prosecution of white-collar crime is at a twenty-year low*, in *The New Yorker*, 31 luglio 2017. Il 2015 è stato l'anno in cui le banche sono entrate davvero nel mirino dei pubblici ministeri federali, pagando sanzioni molto alte. Ma soprattutto il 2015 è l'anno in cui il Dipartimento di Giustizia ha deciso che le responsabilità penali degli istituti di credito si sarebbero potute definire con un patteggiamento e non con un *non prosecution agreement*. Scelta che in dottrina è stata salutata con favore sia per il ruolo di controllo che in questo caso il giudice avrebbe avuto, sia perché a differenza dei *non prosecution agreements*, il *guilty plea* rappresenta un precedente penale e come tale costituisce un maggiore deterrente per il futuro: B.L. GARRETT, *The Rise of Bank Prosecutions*, cit., p. 46 s.

<sup>128</sup> A proposito delle scelte dei pubblici ministeri nella selezione dei casi da investigare, v. l'interessante studio di N. GAROUPA, *The economics of prosecutors*, in AA.VV., *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, a cura di A. HAREL-K.N. HYLTON, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 231 s.

<sup>129</sup> Ritiene che questi meccanismi extraprocessuali di giustizia negoziata siano istituti maggiormente flessibili «volti a contemperare gli interessi dell'economia e della giustizia», FED. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements. Riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 738.

<sup>130</sup> Si osserva, però, come questa nuova stagione di *corporate cooperation*, che ha portato dei vantaggi al governo, alle imprese e forse anche alla società, abbia prodotto una serie di effetti collaterali – quali quelli sin qui descritti – a cui bisogna porre fine ripensando integralmente il sistema. Così B.A. BOHRER-B.L. TRENCHER, *Prosecution Deferred: Exploring the Unintended Consequences And Future Of Corporate Cooperation*, in *44 Am. Crim. L. Rev.*, 2007, p. 1481.