

NON PROSECUTION AGREEMENTS E CRIMINALITÀ D'IMPRESA NEGLI U.S.A.: IL PARADOSSO DEL LIBERISMO ECONOMICO

di Rosa Anna Ruggiero

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Non prosecution agreements* e *deferred prosecution agreements* nella responsabilità da reato delle imprese – 3. La etero-regolamentazione del mercato: la «*Structural Reform Prosecution*». – 4. *Too big to fail*.

1. Introduzione

La scelta di punire direttamente le società responsabili per la commissione dei reati posti in essere nel loro interesse o per il loro vantaggio è relativamente recente in Europa. Probabilmente proprio per questo chi se ne occupa nel vecchio continente guarda con interesse all'esperienza degli Stati Uniti d'America, dove invece il riconoscimento della *corporate criminal liability* ha oramai una tradizione risalente¹. L'aspetto singolare sta però nel fatto che, mentre noi cominciamo a fare i primi bilanci di questo tipo di esperienza², oltreoceano ci si stia insistentemente interrogando sull'opportunità stessa di rispondere alla criminalità d'impresa con la sanzione penale

*La ricerca che ha dato origine al presente articolo è stata svolta alla *Brooklyn Law School* di New York. L'Autrice desidera ringraziare il prof. Arthur Pinto per questa possibilità e la prof.ssa Miriam Baer per le numerose indicazioni e le stimolanti conversazioni sul tema di indagine.

¹ Nel noto caso *New York Central & Hudson River Railroad*, la Corte suprema degli Stati Uniti riconobbe – per la prima volta in maniera compiuta – la responsabilità della società per il reato commesso da un suo dipendente che aveva agito nell'esercizio delle proprie funzioni, per beneficiare l'impresa medesima: *New York Central & Hudson River R.R. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909). Nonostante questa rimanga la prima, più articolata decisione al riguardo, vi è da considerare che il percorso di riconoscimento della responsabilità da reato delle società era già cominciato qualche anno prima, agli inizi del novecento: cfr. B.L. GARRET, *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 35 s. Per un approfondimento della teoria del *respondeat superior*, che ispira la sentenza citata, v. per tutti, J.C. COFFEE JR., "No Soul to Damn: No Body to Kick:" *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, 79 *Mich. L. Rev.* (1981), p. 386.

Sulle differenze in tema di *corporate criminal liability* che intercorrono tra i sistemi di *common law* e di *civil law*, v. S. SUN BEALE – A. SAFWAT, *What Developments in Western Europe Tell Us about American Critiques of Corporate Criminal Liability*, 8 *Buff. Crim. L. Rev.* (2005), p. 89; M.D. DUBBER, *The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability*, 16 *New Crim. L. Rev.* (2013), p. 203. Per un'interessante indagine sulle differenze tra gli illeciti societari negli Stati Uniti e in Europa, riconducibili alla diversa impostazione delle organizzazioni finanziarie, J.C. COFFEE JR., *A Theory of Corporate Scandals: Why the U.S. and Europe Differ*, *Oxf. Rev. of Econ. Policy* (Summer) 21-2 (2005), p. 198.

² V. C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società. Gli speciali*, 2011, p. 5 s. V. altresì, volendo, R.A. RUGGIERO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia*, in AA. VV., *Anuario Mexicano De Derecho Penal Economico*, a cura di M.A. ONTIVEROS, Ubijus, 2015, p. 508 s.

(o per meglio dire, e per le ragioni che si esamineranno di seguito, con la minaccia della sanzione penale, visto che in via di fatto non si arriva quasi mai a processare le società)³. La ragione di questo crescente scetticismo si deve alle soluzioni che oramai da più di un decennio vengono adottate per comporre fuori dal processo e prima di esso le responsabilità penali delle *corporations*.

Va subito detto che chiaramente non è l'opzione per i modelli negoziali a destare così tanto sospetto in un paese, come gli Stati Uniti, in cui la giustizia penale è ostaggio dei patteggiamenti⁴: per come sono negoziati, si assiste da tempo e quotidianamente ad un chiaro sbilanciamento del potere contrattuale dalla parte del *prosecutor*⁵. È evidente, dunque, che non sono queste le ragioni alla base della critica. A creare un allarme diffuso è la tipologia di accordo che, in questi casi, interviene tra *prosecutor* e *corporation*, la quale sta rischiando di far andare in corto circuito il modo stesso in cui si amministra la giustizia negli U.S.A.

Per tradizione, infatti, il sistema processuale statunitense riflette l'impostazione di fondo che ispira le funzioni dello Stato e i suoi rapporti con i cittadini: uno Stato dichiaratamente e fieramente non interventista, che anche nel settore economico-finanziario lascia libero il mercato (e di conseguenza, i suoi operatori) di agire secondo le regole di cui si è autonomamente dotato, nella convinzione che ciò sia utile per il suo corretto funzionamento. La teoria del *laissez faire* inevitabilmente contagia anche il sistema di amministrazione della giustizia. Il processo è adoperato come strumento per «proteggere l'ordine e costituire un foro per la risoluzione dei conflitti che non possono essere appianati dai cittadini stessi»⁶ e non è, di contro, un mezzo per l'attuazione di scelte politiche (ciò che qualifica, invece, il modello di cd. "Stato attivo", caratterizzato da un forte interventismo in ogni settore che possa ricadere sotto il suo controllo)⁷.

³ La responsabilità penale delle società sarebbe un errore per A.W. ALSCHULER, *Two Ways to Think About the Punishment of Corporations*, 46 *Am. Crim. L. Rev.* (2009), p. 1359. Numerosi sono gli studiosi statunitensi che ritengono sarebbe preferibile fare ricorso al riconoscimento di un altro tipo di responsabilità: v. per esempio, J. ARLEN & R. KRAAKMAN, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, 72 *N.Y.U. L. Rev.* (1997), p. 687. V. anche M.H. BAER, *Organizational Liability and the Tension Between Corporate and Criminal Law*, 19 *J.L. & Pol'y* (2010), p. 1. In senso contrario, S. SUN BEALE, *A response To The Critics Of Corporate Criminal Liability*, 46 *Am. Crim. L. Rev.* (2009), p. 1481.

⁴ Sulle perplessità suscitate dal *plea bargaining*, v. V. GREVI, *Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del «Plea Bargaining»*, in *Rass. penit. e crim.*, 1985, p. 53 s.; più in generale sul tema della giustizia negoziata negli Stati Uniti, v. V. FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della «giustizia contrattata» nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 56 s.; dello stesso autore, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 314. V. anche M.R. DAMASKA, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, 2 *J. Int'l Crim. Just.* (2004), p. 1018.

⁵ Non a caso, anche chi ritiene che la responsabilità per la criminalità d'impresa debba rimanere penale, osserva come le enormi contraddizioni che la *corporate criminal liability* sta facendo emergere a proposito della giustizia negoziale, potrebbero essere l'occasione per sollecitare un ripensamento dell'intero sistema penale statunitense: v. S. SUN BEALE, *Is Corporate Criminal Liability Unique?*, 44 *Am. Crim. L. Rev.* (2008), p. 1529.

⁶ Così M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 2005, p. 136.

⁷ *Ibidem*, p. 249 ss.

Nonostante la progressiva presa di coscienza del superamento di certe rigide classificazioni, messe in discussione dalle complessità del mondo moderno, stupisce non poco che l'esperienza statunitense della responsabilità penale delle società porti a guardare con rinnovati occhi al ruolo complessivo dell'amministrazione della giustizia e, in senso più ampio, dello Stato in quell'ordinamento. Il contenuto degli accordi tra *prosecutor* e *corporations* e, come meglio si dirà in conclusione, la loro stessa esistenza, implicano una visione del potere statale ben diversa da quella tradizionale, poiché non solo lo Stato non si limita a fare l'arbitro, ma – attraverso il pubblico ministero – utilizza la minaccia del processo come mezzo per attuare certe scelte di carattere politico e, in ultima analisi, anche di tipo economico.

Va certamente osservato che questa significativa metamorfosi è in buona misura figlia della potente crisi finanziaria che negli ultimi anni ha colpito gli Stati Uniti e, in generale, i paesi occidentali, portandoli a riflettere sulle conseguenze che la fideistica adesione ad alcuni modelli economici aveva prodotto. Sono emerse le distorsioni determinate da un mercato interamente autoregolato, in cui la ricerca del profitto ad ogni costo non di rado si traduce in comportamenti penalmente illeciti, che alla fine danneggiano l'economia stessa. Senza considerare che alcuni illeciti nascono proprio da un eccesso di *deregulation*⁸. La inevitabile presa di coscienza del fallimento del liberismo puro ha indotto quindi anche gli Stati Uniti d'America a rivedere il ruolo statale. E pure sul fronte dell'amministrazione della giustizia, si assiste a questa torsione delle funzioni: non più una giustizia che interviene solo per la protezione dell'ordine precostituito, ma che al contrario seleziona le condotte che le imprese devono tenere nel mercato e le promuove per il tramite del processo (o per mezzo della minaccia dello stesso).

Questo studio è dedicato proprio all'approfondimento di tale analisi attraverso la prospettiva dei *non prosecution agreements* e dei *deferred prosecution agreements*, ovvero degli accordi che le società stipulano per non dover affrontare i processi per i reati commessi nel loro interesse o per il loro vantaggio.

Vedremo come si tratti di un panorama molto complesso, dalle molteplici, non sempre controllabili implicazioni.

2. *Non prosecution agreements* e *deferred prosecution agreements* nella responsabilità da reato delle imprese

Il *non prosecution agreement* è l'accordo con il quale il *prosecutor*, nell'esercizio della discrezionalità che contraddistingue l'esercizio dell'azione penale nei paesi di *common-law*, verificate certe condizioni, decide di non perseguire – quanto meno allo stato – la società presunta autrice del reato, dietro la garanzia dell'impegno al rispetto della

⁸ La crisi finanziaria è probabilmente più il risultato di un mancato o non corretto calcolo dei rischi e di una deregolamentazione sfrenata che una conseguenza di un atteggiamento criminale in sé secondo L. KERN GRIFFIN, *Inside-Out Enforcement*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, edited by A.S. BARKOW – R.E. BARKOW, New York University Press, 2011, p. 125.

legalità per il futuro. Di contro, il *deferred prosecution agreement* è l'accordo con il quale il *prosecutor* presenta un'accusa a carico dell'impresa, ma decide di rinviare l'eventuale esercizio dell'azione penale, dandole un determinato tempo per adempiere ad una serie di prescrizioni riabilitative, che una volta realizzate, potranno definitivamente metterla al riparo dal processo. In questo caso, però, non si tratta di un mero rapporto bilaterale: interviene, difatti, anche il giudice, chiamato ad autorizzare il *deferment*, il che implica una deroga allo *speedy trial* e una sospensione del decorso dei termini di prescrizione del reato⁹.

Numericamente i *deferred prosecution agreements* sono superiori, nonostante il loro contenuto non differisca di molto da quello dell'altra tipologia di accordo: in particolare, nell'esperienza maturata negli ultimi anni, anche il *non prosecution agreement* è infatti sottoscritto qualora sia stata fornita una "straordinaria" collaborazione da parte della società bersaglio, per esempio attraverso una tempestiva e completa *disclosure* dei fatti che costituirebbero addebito e mediante la effettiva dimostrazione di un significativo cambio di rotta nelle prassi aziendali. A ciò generalmente si deve aggiungere il pagamento di adeguate somme di denaro a ristoro dei danni provocati e quale sanzione per l'illecito commesso. Di norma, viene assegnato un tempo (generalmente due anni o poco più) per controllare che gli impegni assunti dall'impresa siano stati adeguatamente onorati, mediante una cooperazione che sovente viene estesa a eventuali, future condotte sospette che devono essere denunciate senza ritardo. Qualora venisse accertata una violazione degli obblighi contrattuali, il pubblico ministero potrebbe decidere di procedere comunque contro la società, formalizzando a quel punto un'accusa e utilizzando nel processo a carico della *corporation* o dei suoi dipendenti le dichiarazioni e le informazioni ricevute¹⁰.

In entrambe le ipotesi di accordo, dunque, è consentito all'accusa di controllare nel tempo se il programma che è stato dettato per l'impresa sia stato rispettato e attuato¹¹. Sicché, ciò che cambia nei *deferred prosecution agreements* è che gli addebiti sono stati già formalizzati ed è pertanto necessario che la scelta di procrastinare l'esercizio dell'azione penale venga autorizzata dal giudice (sulla effettività di questo tipo di controllo, avremo modo di dire).

Questa tipologia negoziale nasce negli Stati Uniti negli anni trenta, nell'ambito dell'esperienza della *juvenile delinquency*: per tentare il recupero del minore, il pubblico ministero poteva decidere di non procedere, condizionatamente alla buona riuscita di un periodo di *probation* in cui venisse data prova del cambio di rotta. Gli esordi di questa

⁹ «NPAs are typically used in cases where no criminal charges are filed while DPAs are reached to settle filed charges. Courts approval is involved in the latter but not the former case, though little or no judicial second-guessing occurs». Così L.A. CUNNINGHAM, *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform*, in 66 *Fla. L. Rev.* (2014), p. 18.

¹⁰ È quanto è stato concordato, per esempio, nel *non prosecution agreement* tra la AON Corporation e il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti (USDOJ – *Criminal Division – Fraud Section*), stipulato il 20 dicembre 2011.

¹¹ Per una rassegna completa di questi accordi e per la loro consultazione, cfr. B.L. GARRET – J. ASHLEY, *Federal Organizational Prosecution Agreements*, University of Virginia School of Law.

procedura, meglio nota come *diversion*, si devono, più in particolare, al così detto *Brooklyn Plan*, con cui nel 1936 si rispose a New York alla crescente violenza minorile in maniera più mirata e personalizzata. Il pubblico ministero, difatti, valutata la minore o maggiore gravità degli illeciti commessi dai minori, era in grado di diversificare la risposta punitiva. Tale programma prevedeva che l'organo dell'accusa realizzasse un'indagine preliminare sulla storia personale del giovane: nell'ipotesi di mancanza di precedenti, qualora fosse risultata una stabile dimora e il tipo di reato lo avesse consentito, era auspicabile il rinvio dell'esercizio dell'azione penale di un anno o più. Nel caso di superamento positivo del periodo di prova, le accuse erano destinate a cadere; in caso contrario il Pubblico ministero avrebbe potuto procedere con gli originari addebiti¹².

Come è stato correttamente osservato, non è da escludere che il reimpiego, nell'ambito della responsabilità delle imprese, di questo modello negoziale, si debba alla comune finalità di far rientrare nella legalità il *defendant*¹³: le società, un po' come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione¹⁴. D'altra parte proprio in questo senso andava interpretata la epocale introduzione nel 1991 delle *U.S. Sentencing Guidelines*, redatte, tra gli altri motivi, anche per differenziare la risposta sanzionatoria da offrire alle imprese rispetto a quella pensata per gli individui. Per quel che riguarda le società, esse prevedevano un trattamento più mite come conseguenza della scelta societaria di collaborare con la giustizia, anche attraverso una riorganizzazione aziendale orientata al rispetto della legalità¹⁵. E difatti, tra i principali fattori che avrebbero potuto positivamente influenzare il computo della pena, vi erano (e vi sono) i *compliance programs*, e cioè i protocolli di cui le società si fossero dotate per programmare le svariate articolazioni delle loro attività, in modo da evitare la commissione dei reati. In altre parole, e secondo una logica che ben conosciamo anche nel nostro sistema di responsabilità degli enti (e non solo in esso), la scelta del ravvedimento è da premiare con uno sconto di pena¹⁶.

¹² V. S.J. RACKMILL, *Printzlien's Legacy, the "Brooklyn Plan", A.K.A. Deferred Prosecution*, 60 *Federal Probation* (1996), p. 8.

¹³ Gli accordi *pre-trial* sono un surrogato della sanzione penale anche per quel che riguarda la finalità rieducativa: in questo senso B. ZAGARIS, *Prosecutors and judges as corporate monitors? The use of pre-conviction preventive measures and compulsory compliance programs as substitutes for corporate punishment*, relazione tenuta al convegno *Challenges in the field of economic and financial crime in Europe*, Lussemburgo, 1-3 dicembre 2014, inedita.

¹⁴ Così B.L. GARRET, *Too Big To Jail*, cit., p. 55. V. anche L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* (2006), p. 45.

¹⁵ Diffusamente sul tema, nella letteratura italiana, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 64 ss. Più in generale sulla riforma del sistema sanzionatorio negli Stati Uniti, v. V. FANCHIOTTI, *U.S.A.: recenti riforme in tema di determinazione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 387 s.

¹⁶ Nel d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sono difatti previste delle ipotesi di attenuazione delle sanzioni, che dipendono dal grado di rilevanza delle conseguenze dell'illecito ovvero rappresentano un premio per il comportamento virtuoso intrapreso dall'ente. La pena pecuniaria è pertanto ridotta della metà qualora risulti accertato che l'agente abbia compiuto il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi, sempre che l'ente non ne abbia ricavato un vantaggio o ne abbia ricavato uno minimo. La medesima riduzione si applica pure quando il danno patrimoniale cagionato sia di particolare tenuità. La decurtazione è invece da un terzo

Ma se nelle *U.S. Sentencing Guidelines* la strada della collaborazione funziona da possibile circostanza attenuante, via via matura sempre di più l'idea che sia necessario garantire qualcos'altro per indurre le società ad assecondare le richieste dell'accusa. Non è escluso che tale esigenza sia stata avvertita in ragione della constatazione del fallimento delle *Sentencing Guidelines*, che potevano sì garantire una più favorevole quantificazione della pena, ma non in modo tale da rendere davvero allettante la decisione di accordarsi con l'accusa, visto che il beneficio riconosciuto era comunque inadeguato rispetto al prezzo che si chiedeva di pagare alle organizzazioni finanziarie¹⁷. A ciò si aggiunga che dopo la loro introduzione, la Corte suprema degli Stati Uniti ha ritenuto non vincolanti le *Sentencing Guidelines* nel computo della pena¹⁸.

Non è dunque azzardato pensare che si sia dovuto trovare uno strumento diverso per raggiungere il medesimo scopo. Ed è naturale che questa ricerca 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 politiche giudiziarie) ha individuato, infatti, dei criteri per orientare la discrezionalità dei pubblici ministeri federali nell'esercizio dell'azione penale nei confronti delle società, mutuandoli proprio dalle *U.S. Sentencing Guidelines*. Con la differenza, però, come vedremo, che in queste ipotesi, quelle condotte che al più avrebbero potuto legittimare il riconoscimento di circostanze attenuanti, servono alle società non solo per evitare il *trial* (attraverso un *plea agreement*), ma anche l'*indictment* (sostanzialmente assimilabile al nostro rinvio a giudizio), per mezzo della stipula dei *non prosecution agreements* e dei *deferred prosecution agreements*.

Va osservato che il fallimento delle *U.S. Sentencing Guidelines* non è certamente l'unica causa del proliferare di tali accordi, che negli ultimi anni hanno rappresentato la modalità principale con cui i pubblici ministeri hanno affrontato i casi più eclatanti di responsabilità penale delle società. Seppure, infatti, le iniziali esperienze di *deferred* e *non prosecution agreement* in ambito societario si collocano nei primi anni novanta, la loro diffusione è senz'altro più recente e si deve far coincidere con i postumi del noto caso Enron, che ha avuto una formidabile eco anche in Europa, avendo determinato il

alla metà se, prima che venga dichiarato aperto il dibattito di primo grado, l'ente abbia risarcito integralmente il danno e abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero qualora si sia adoperato in maniera efficace in questo senso, sempre però che la società si sia dotata di un adeguato modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie di quello che si è verificato. Quando le due ultime condizioni sussistano contemporaneamente, la sanzione pecuniaria è ridotta dalla metà ai due terzi (art. 12) e le sanzioni interdittive, se astrattamente configurabili nel caso di specie, non si applicano (art. 17).

¹⁷ Chiaramente in questo senso J. ARLEN, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, 66 *U. Miami L. Rev.* (2012), pp. 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? Some Preliminary Empirical Observations*, in 42 *J.L. & Econ.* (1999), p. 423.

¹⁸ *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.

fallimento della Arthur Andersen, sino a quel momento considerata una tra le cinque più importanti società di consulenza a livello mondiale.

Nel 2002, la società statunitense del gruppo Arthur Andersen, la Andersen LLP, che pur non essendo legalmente la controllante, ne rappresentava il cuore storico ed operativo, ha dovuto rimettere la sua licenza di *Certified Public Accountant* a causa del processo Enron, nel quale era imputata in quanto revisore del bilancio della Enron, protagonista di uno dei più grandi *crack* finanziari degli U.S.A.¹⁹ La Arthur Andersen, in particolare, era stata accusata di ostruzione alla giustizia, a causa della distruzione di documenti cartacei ed elettronici, decisa nonostante fosse a conoscenza della loro rilevanza per la vicenda Enron. Com'è noto, Arthur Andersen non accettò di riconoscere la propria responsabilità, per cui il procuratore federale ne chiese ed ottenne *l'indictment* prima e la condanna poi. È importante sottolineare che la vicenda processuale della Arthur Andersen si è conclusa con un'assoluzione, intervenuta quando però la società – a causa del processo – era oramai economicamente distrutta, attraverso la frammentazione del gruppo a livello mondiale, con le società di ciascun paese che sono in breve tempo confluite, attraverso acquisizioni o fusioni, nelle rimanenti *big four* (Ernst&Young, PricewaterhouseCoopers, KPMG e Deloitte).

Il clamore mondiale suscitato da questa vicenda processuale, che chiaramente ha finito per coinvolgere terzi (per esempio, i dipendenti della società fallita e i suoi azionisti) del tutto estranei agli eventuali e peraltro indimostrati addebiti, ha imposto per il prosieguo una certa cautela nell'affrontare i casi di responsabilità penale delle società, in modo particolare qualora si trattasse di imprese di cui l'intero sistema finanziario non avrebbe potuto tollerare il fallimento.

A ciò si aggiunga che, come è stato correttamente osservato nella dottrina americana, l'opinione pubblica ha da sempre manifestato un certo scetticismo nei confronti dei processi che coinvolgessero colossi societari, che avrebbero potuto scegliere, come mezzo di difesa, di abbandonare gli Stati Uniti per paesi in cui certe pratiche commerciali fossero state più facilmente tollerate²⁰. Questo avrebbe finito per danneggiare i cittadini americani che, tra l'altro, secondo delle indagini statistiche, non avvertono, o avvertono meno, la pericolosità sociale di certi usi aziendali ai limiti della legalità o illegali (a differenza di quanto solitamente avviene con riguardo ai cd. reati di strada).

Non si intende in questa sede entrare nel merito di queste valutazioni e diffondersi sulle ragioni per le quali il danno sociale dei reati societari e finanziari più in generale può essere enormemente più alto e a più lunga scadenza rispetto a quello

¹⁹ Enron era il principale *trader* mondiale di gas naturale e il primo produttore di energia elettrica degli Stati Uniti. Si è trattato di uno dei maggiori fallimenti nella storia degli Stati Uniti, causato da una serie di operazioni finanziarie che hanno portato una parte del *management* a svuotare la società, trasferendo ingenti quantità di risorse finanziarie a società fittizie costruite in paradisi fiscali, evadendo così una parte considerevole delle tasse e gonfiando i profitti, in modo da mantenere stabile il valore delle azioni anche nei periodi di crisi.

²⁰ Sul punto, R.E. BARKOW, *The Prosecutors as Regulatory Agency*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom*, cit., pp. 186-187.

prodotto da reati che parrebbero creare maggiore allarme sociale. Ma è evidente che il comune sentire, in un Paese in cui i pubblici ministeri vengono eletti dal popolo (e, anche quando non lo siano, sono nominati da un'autorità elettiva: il Governatore, per esempio) e vedono nel loro mandato un trampolino di lancio per una successiva esperienza politica, assume un peso non da poco. E, si badi bene, questo vale anche per i pubblici ministeri federali, che comprensibilmente sono i più coinvolti nell'accertamento dei reati che riguardano la responsabilità penale delle società: 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 federali²¹. Ebbene, anche i procuratori federali, pur non essendo – come quelli statali – eletti dal popolo²², 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. Senza considerare che, pur non essendo 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 aziende che potrebbero un domani diventare appetibili clienti.

Come si diceva, dunque, per tutte le ragioni sinora viste, il numero dei *non prosecution agreements* e dei *deferred prosecution agreements* è cresciuto negli anni. Ma, da una parte per incentivare questo tipo di soluzione, dall'altra per controllare la sempre maggiore discrezionalità con cui i pubblici ministeri affrontavano i casi di responsabilità penale delle società e armonizzare i diversi tipi di approccio, il Dipartimento di Giustizia ha redatto delle linee guida specifiche che i pubblici ministeri federali avrebbero dovuto seguire in questo ambito. Si tratta dei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, emanati nel 1999 dall'allora *Attorney General* Eric Holder²³, e negli anni rimaneggiati in maniera significativa²⁴.

Per la verità, nella versione originaria del 1999, non si parla ancora di *pre-trial diversion*, ma si fornisce solo una guida per selezionare i casi di responsabilità di impresa che possano richiedere la formulazione di un'accusa. In particolare, si suggerisce di

²¹ 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*, cit., p. 204 s.

²² I procuratori federali, infatti, sono nominati direttamente dal Presidente, come d'altra parte l'*U.S. Attorney General*. 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.

²³ [Memorandum from Eric Holder, Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on Bringing Criminal Charges Against Corporations, to All Component Heads and United States Attorneys](#), 16 giugno 1999, disponibile in www.justice.gov.

²⁴ Per una ricostruzione dell'evoluzione di tali principi, cfr. B.A. WILKINSON – A. YOUNG K. OH, *The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary Perspective*, 27 *New York State Bar Association* (2009), p. 8.

valutare positivamente la collaborazione offerta dalla società, non solo nei confronti dei pubblici ministeri, ma pure delle altre agenzie governative, come per esempio attraverso la rinuncia all'*attorney-client privilege* e alla *work product protection*²⁵. In caso di rinuncia all'*attorney-client privilege*, i legali interni all'azienda vengono autorizzati a fornire tutte le informazioni in loro possesso per ragione del loro ufficio e di cui siano venuti a conoscenza anche per il tramite delle dichiarazioni rese da dipendenti sottoposti ad accertamento; in caso di rinuncia alla *work product protection*, le *corporations* si impegnano a consegnare tutta la documentazione interna predisposta in vista di un possibile contenzioso.

Alla constatazione dell'atteggiamento collaborativo, si doveva inoltre affiancare l'apprezzamento della natura e della serietà dei fatti; la valutazione della diffusività dell'illecito nella società e del comportamento (di condanna o di condivisione) tenuto dal *management*; l'indagine su eventuali precedenti, anche qualora avessero determinato l'applicazione di sanzioni da parte delle agenzie governative; la verifica dell'esistenza di adeguati *compliance programs* o della disponibilità ad adottarli; l'analisi di eventuali danni collaterali in caso di esercizio dell'azione penale, che avrebbero potuto colpire terzi innocenti nonché l'indagine sull'adeguatezza di risposte sanzionatorie di carattere non penale.

Il cd. "*Holder Memo*" è del 1999, dunque precedente alla vicenda Arthur Andersen. Non è casuale che poco dopo il fallimento, e cioè nel 2003, i principi in esso contenuti, vengano parzialmente rivisti²⁶ e diventino applicabili ad ogni ipotesi di *corporate crime* (lì dove invece, stando all' *Holder Memo*, sembrerebbe che la loro osservanza sia limitata alle ipotesi più gravi, in cui risultasse coinvolto il *management*)²⁷.

Il dato maggiormente significativo dell'attività di revisione dei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* è rappresentato dal primo ufficiale riconoscimento dei *deferred* e *non prosecution agreements* e dal fatto che si richieda alle società non solo di cooperare, ma di farlo in maniera autentica. Per dimostrare tale "autenticità", si sarebbero per esempio dovute prendere le distanze dai dipendenti sotto accertamento, anche attraverso il rifiuto di pagare loro le spese legali, a meno che tali dipendenti non avessero rinunciato al diritto al silenzio e avessero collaborato anch'essi alle indagini²⁸.

Questa indicazione ha suscitato una forte reazione soprattutto quando il pubblico ministero dell'*U.S. Attorney's Office for the Southern District of New York* subordinò a tale condizione una trattativa in corso con KPMG. La Corte suprema, infatti, riconobbe in

²⁵ V. H. FIRST, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, 89 *N.C. L. Rev.* (2010), p. 23. V. anche N.A. GOLD, *Corporate Criminal Liability: Cooperate, and You Won't Be Indicted*, 8 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* (2010), p. 147.

²⁶ Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, to Heads of Departments Components and United States Attorneys, 20 gennaio 2003, disponibile in www.justice.gov.

²⁷ In questo senso, L. KERN GRIFFIN, *Compelled Cooperation And The New Corporate Criminal Procedure*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* (2007), pp. 320-321.

²⁸ Sulle ripercussioni, anche di tipo costituzionale, di queste scelte, v. B.L. GARRET, *Corporate Confessions*, 30 *Cardozo L. Rev.* (2009), p. 917.

quel caso – nell’ambito del processo a carico di un rappresentante della società – la violazione del V e del VI Emendamento della Costituzione²⁹. Di lì a poco venne presentato un progetto di legge, destinato però ad arenarsi in Senato, per escludere che la rinuncia all’*attorney-client privilege* potesse costituire un criterio per orientare la decisione sull’esercizio dell’azione penale³⁰.

Come conseguenza della comprensibile alzata di scudi determinata dal caso giudiziario richiamato, nelle successive riformulazioni dei principi in esame la rinuncia all’*attorney-client privilege* venne prima limitata a casi eccezionali³¹ e poi definitivamente esclusa dai criteri guida quale condizione imprescindibile per dimostrare la volontà di collaborare (assieme al diniego di pagamento delle spese processuali dei dipendenti)³², mentre si decideva di porre sempre più l’accento sulla disponibilità della società a nominare un *monitor* esterno, a controllo della effettiva tenuta ed efficacia dei *compliance programs*³³.

In conclusione, negli ultimi quindici anni, il Dipartimento di Giustizia ha dettagliatamente indicato i criteri da seguire per decidere se le società vadano o meno rinviate a giudizio ovvero se si possa fare ricorso alla *pre-trial diversion*. Nel fare questo, ha implicitamente disegnato i termini dei possibili accordi con le imprese per evitare l’*indictment*: dichiarazione di responsabilità da parte dell’ente e piena collaborazione alle indagini, così da far emergere le precise responsabilità individuali per l’illecito; pagamento di una adeguata sanzione pecuniaria, calcolata seguendo i criteri delle *U.S. Sentencing Guidelines*; risarcimento dei danni provocati alle vittime; riorganizzazione aziendale da compiere seguendo le indicazioni offerte dal *prosecutor* e da realizzare

²⁹ *United States v Stein*, 435 F.Supp.2d 330 (S.D.N.Y. 2006). Per un commento della decisione e per una riflessione sulle potenziali violazioni costituzionali contenute nei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, v. B.J. KEEFE, *Revisions of the Thompson Memorandum and Avoiding the Stein Problems: A Review of the Federal Policy on the Prosecution of Business Organizations*, in 42 *Conn. L. Rev.* (2009), p. 273.

³⁰ *Attorney Client Privilege Act* del 2006.

³¹ [Memorandum from Paul J. McNulty, Deputy Attorney General, Dep’t of Justice, on Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, to Heads of Departments Components and United States Attorneys](#), 12 dicembre 2006, disponibile in www.justice.gov. Per una ricostruzione delle ragioni che hanno portato all’elaborazione del “McNulty Memo”, v. S.H. DUGGIN, *The McNulty Memorandum, the KPMG Decision and Corporate Cooperation: Individual Rights and Legal Ethics*, 21 *Geo. J. Legal Ethics* (2008), p. 341.

³² [Memorandum from Mark R. Filip, Deputy Attorney General, Dep’t of Justice, on Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, to Heads of Departments Components and United States Attorneys](#), 28 agosto 2008, disponibile in www.justice.gov. In senso contrario, e dunque per il mantenimento della necessaria rinuncia all’*attorney-client privilege* v. però il *District Attorney of the County of New York Interoffice Memorandum, from Daniel R. Alonso, Chief Assistant District Attorney, on Consideration in Charging Organizations to All Assistant District Attorneys*, 27 maggio 2010.

³³ [Memorandum from Craig S. Morford, Acting Deputy Attorney General, Dep’t of Justice, on Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non Prosecution Agreements with Corporations, to Heads of Departments Components](#), 7 marzo 2008, disponibile in www.justice.gov.

attraverso efficaci *compliance programs*³⁴, adeguatamente sorvegliati da un *monitor* esterno³⁵.

3. La etero-regolamentazione del mercato: la «*Structural Reform Prosecution*»

Come si è anticipato in premessa, gli accordi con cui i pubblici ministeri sono oramai soliti definire i casi di responsabilità penale delle società sono oggetto di critiche serratissime³⁶, che stanno portando a discutere non solo dell'opportunità di fare ricorso a tali strumenti di *pre-trial diversion*, ma della scelta medesima di rispondere con il diritto penale a questo genere di illeciti.

Da più parti si osserva come le società non abbiano alcun tipo di margine nella conduzione delle trattative: pur di evitare un possibile, devastante *indictment*, e spesso anche la revoca delle licenze per poter operare sul mercato o il *debarment* dalla possibilità di contrattare, sono costrette ad accettare ogni genere di richiesta imposta dalla pubblica accusa. E non sarebbe raro che si determinino a concludere degli accordi pre-processuali in presenza di elementi probatori inconsistenti³⁷ o a condizioni di gran lunga deteriori rispetto a quelle che potrebbero derivare da una sentenza di condanna³⁸. Anzi, talvolta le imprese sono inclini a negoziare pure quando la stessa rilevanza penale di certi comportamenti non sia così scontata.

Diciamo subito che l'aspetto che desta maggiori sospetti e, certamente quello che ai fini di questo studio rileva, sembrerebbe il condizionamento della buona riuscita del periodo di *probation* ad una riorganizzazione aziendale, che deve effettuarsi secondo le prescrizioni offerte dal *prosecutor* e sotto la sua sorveglianza, pena l'esercizio dell'azione penale. In altre parole, l'atteggiamento di collaborazione deve essere concretamente dimostrato anche accettando le "proposte" di carattere aziendalistico che provengono dalla procura: si può trattare dell'imposizione del cambio di *management*, per esempio attraverso la nomina di alcuni membri dei Consigli di amministrazione, subordinata al *placet* del *prosecutor*³⁹; o della revisione di alcune prassi aziendali, con introduzione di

³⁴ La sfida è trovare un adeguato equilibrio tra *risk management* e comportamenti eticamente corretti: interessante a questo proposito il saggio di M.C. REGAN JR, *Risky Business*, 94 Geo. L.J. (2006), p. 1957.

³⁵ V. J. MARTIN, R.D. MCCONNELL, C. SIMON, *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, 33 *Hous. J. Int'l L.* (2011), p. 509.

³⁶ Si osserva, ad esempio, che questo genere di accordi limita la funzione punitiva e deterrente del diritto penale e la condanna sociale che dovrebbe accompagnare ogni *criminal prosecution*: D.M.UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, 72 *Md. L. Rev.* (2013), p. 1331.

³⁷ L. KERN GRIFFIN, *Compelled Cooperation*, cit., p. 339.

³⁸ R.A. EPSTEIN, *Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom*, cit., p. 41.

³⁹ È quanto si è verificato, per esempio, per la conclusione del *deferred prosecution agreement* tra l'U.S. Attorney's Office for the District of New Jersey e la Bristol Myers Squibb.

meccanismi del tutto differenti rispetto a quelli sperimentati in precedenza⁴⁰ ovvero dell'esclusione di certe attività da quelle che costituiscono la *mission* aziendale; o dell'inserimento nell'organigramma di figure nuove, qual è il *monitor* dei *compliance programs* redatti secondo i *desiderata* degli uffici dell'accusa. Senza considerare alcune bizzarre pretese, quale quella di costringere l'impresa a finanziare nuovi corsi universitari: nel *deferred prosecution agreement* stipulato con la Bristol Myers Squibb, è stato previsto che la società dovesse farsi economicamente carico dell'insegnamento di *Business Ethics and Corporate Governance* presso la *Seton Hall University School of Law*, nella quale – guarda caso – si era laureato il pubblico ministero precedente⁴¹.

Oltre, chiaramente, all'indebita ingerenza nella selezione dei processi decisionali, con un'invasione nella programmazione delle strategie aziendali, ha creato più di qualche malumore il sempre più crescente interesse a introdurre forzatamente nella compagine societaria i consulenti esterni (meglio noti come *monitor*, appunto): come abbiamo avuto modo di vedere nel paragrafo che precede, l'attenzione del Dipartimento di Giustizia – originariamente più orientata ad ottenere la rinuncia all'*attorney-client privilege* e alla *work product protection* – è di recente dedicata proprio a questa figura professionale (nella presumibile consapevolezza che si tratta della modalità più sicura e incisiva per entrare nelle società e acquisire ogni informazione utile, passata, presente e futura)⁴². I *monitor*, infatti, hanno accesso incondizionato ai documenti e sono in grado di conoscere tutto ciò che avviene all'interno delle imprese, senza essere ad esse vincolati da un rapporto di dipendenza o di fiducia⁴³. Il che li rende il migliore alleato dei pubblici ministeri: la loro nomina è subordinata all'indice di gradimento presso i *prosecutors*, che possono in questa maniera tenere le redini delle *corporations*, pur senza dover assicurare una loro presenza costante.

Il problema da più parti lamentato è che, però, questa nuova era della responsabilità penale delle società, meglio nota come "*Structural Reform Prosecution*"⁴⁴, comporta che le scelte di *governance* vengano affidate a soggetti – i procuratori – che non ne hanno le necessarie competenze⁴⁵. Con tutti i rischi che questa soluzione comporta: e

⁴⁰ A questo proposito si rivela assai interessante il *deferred prosecution agreement* concluso con la KPMG, costretta a rivedere le sue regole sulla revisione delle imposte alla luce del nuovo modello imposto dal *prosecutor*.

⁴¹ V. il *deferred prosecution agreement* della Bristol Myers Squibb, già citato alla nota n. 39.

⁴² A tal proposito v. *supra* il "*Morford Memo*" (nota n. 33).

⁴³ Sugli enormi poteri riconosciuti ai *monitor* esterni e sull'opportunità di una loro revisione per un migliore funzionamento, v. V. KHANNA – T.L. DICKINSON, *The Corporate Monitor: The New Corporate Czar?*, 105 *Mich. L. Rev.* (2007), p. 1713.

⁴⁴ L'espressione è di B.L. GARRET, *Structural Reform Prosecution*, 93 *Va. L. Rev.* (2007), p. 853. Parla, invece, di «*prosecutorial abuse*», P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted*, 58 *Am. J. Comp. L.* (2010), p. 605. In senso sostanzialmente analogo, cfr. E. PAULSEN, *Imposing Limits On Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* (2007), p. 1434.

⁴⁵ La stessa presenza di *monitor* esterni non è incoraggiante visto che i soggetti sinora nominati e graditi ai pubblici ministeri sono spesso loro stessi ex procuratori, privi di competenze di carattere aziendale. Proprio per questo si auspica in dottrina la creazione di un albo da cui poter attingere e nel quale vengano inseriti solo soggetti altamente qualificati. Così V. KHANNA, *Reforming the Corporate Monitor?*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom*, cit., p. 235.

cioè con pubblici ministeri che, invece di fare il loro lavoro, siedono nei consigli di amministrazione e ritengono di poter dirigere organizzazioni finanziarie assai complesse⁴⁶. Non solo. Appare assai discutibile che il tutto avvenga al di fuori del controllo giudiziale⁴⁷. Come si è detto, infatti, i *non prosecution agreements* non prevedono alcun intervento da parte del giudice⁴⁸; i *deferred prosecution agreements* presuppongono che il *deferment* sia autorizzato dall'autorità giudiziaria procedente, la quale sembrerebbe non avere però alcuna voce in capitolo in merito al contenuto dell'accordo. In altre parole, il suo coinvolgimento nel procedimento sembrerebbe puramente formale, come dimostra il fatto che, sinora, l'autorizzazione non sia stata mai negata, nonostante qualche variante a questo proposito si cominci a intravedere⁴⁹.

D'altra parte, così come la garanzia giudiziale difetta al momento della ratifica dell'accordo, manca altresì nel momento patologico dell'eventuale violazione dello stesso: qualora il pubblico ministero dovesse ritenere non adempite le prescrizioni imposte, potrebbe decidere di esercitare l'azione penale e non vi sarebbe modo per neutralizzare in maniera tempestiva questo intervento⁵⁰. Anche questa circostanza inevitabilmente dimostra lo squilibrio nel rapporto tra le due parti del contratto: la società è obbligata ad assecondare ogni richiesta del *prosecutor*, consapevole di avere

⁴⁶ Assai critica al riguardo, J. ARLEN, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom*, cit., p. 66 s. Al riguardo, della stessa Autrice, con M. KAHAN, v. anche *Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution – Preliminary Draft*. Osserva come dopo l'avvento dei *deferred prosecution agreements*, lo strumento penale abbia perso la sua naturale vocazione, quella di punire, per regolare, L. KERN GRIFFIN, *Inside-Out Enforcement*, cit., p. 122.

⁴⁷ Si osserva in dottrina come «a DPA (...) erodes the most elementary protections of criminal law, by turning the prosecutor into judge and jury, thus undermining our principles of separation of powers»: così R.A. EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket*, in *Wall Street Journal*, 28 novembre 2006.

⁴⁸ Ne auspicano un maggiore coinvolgimento, tra gli altri, B.M. GREENBLUM, *What Happens To A Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements*, 105 *Colum. L. Rev.* (2005), p. 1863. Più di recente, nello stesso senso, C.E. GOLUBIC – A.D. LCHY, *The “Too Big To Jail” Effect and the Impact on the Justice Department’s Corporate Charging Policy*, 65 *Hastings L.J.* (2014), p. 1293.

⁴⁹ Ad oggi, il diniego giudiziale ha riguardato però un accordo transattivo tra la Citigroup e la SEC, Autorità federale di vigilanza sui mercati borsistici, in merito ad un'operazione fraudolenta di cartolarizzazione di strumenti finanziari ad alto rischio con rivendita sul mercato dei titoli azionari, senza un'adeguata informazione: *United States District Court-Southern District of New York, U.S. Securities and Exchange Commission v. Citigroup Global Market Inc.*, 28 novembre 2011. Ciò non di meno, con riguardo al *deferred prosecution agreement* della HSBC, il giudice dell'*U.S. District Court* John Gleeson dell'*Eastern District* di New York, sembrerebbe aver segnato un cambio di direzione, distinguendo tra *non prosecution* e *deferred prosecution agreement*. Sicché alcuni commentatori ne hanno implicitamente desunto che «(...) once prosecutors and a corporate defendant put a deferred prosecution before the court, they have irreversibly injected the court's supervisory authority into the process, effectively conceding that the court may approve or reject the agreement». Così J. WARIN, *2013 Mid-Year Update on Corporate Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements*, *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 24 luglio 2013. Più di recente, per il ruolo sempre meno formale del giudice nella valutazione dell'accordo ai fini dell'autorizzazione del *deferment*, si vedano le procedure per la sottoscrizione dei *deferred prosecution agreements* con la Saena Tech Corporation's e con la Fokker Services B.V.'s, descritte nel rapporto *2014 Year-End Update on Corporate Non-Prosecution Agreements (NPAS) and Deferred Prosecution Agreements (DPAS)*, 6 gennaio 2015, p. 9 s.

⁵⁰ In questo senso *Stolt-Nielsen v. United States*, 442 F.3d 177 (3d circ. 2006). A commento v. H.W. GOLDSTEIN, *When the Government End A Deferred Prosecution Pact*, in *New York Law Journal*, 4 maggio 2006.

assai poche garanzie qualora questi decida di sciogliere il vincolo e cosciente del fatto che, dopo aver cooperato con l'ufficio della procura o con i suoi collaboratori, consentendo loro di entrare in possesso di informazioni riservate e di documenti strategici, il destino processuale – in caso di *indictment* – sarebbe segnato.

Queste considerazioni inducono a concludere che le *corporations, obtorto collo*, non possono rischiare un processo e, una volta intrapresa la strada della trattativa per la stipula di un *pre-trial diversion*, non possono più tornare indietro.

Vi è però qualcosa di singolare in questo nuovo approccio dei *prosecutors*: si tratta come si è accennato della tendenza al superamento delle caratteristiche tradizionali del processo penale statunitense. L'autorità giudiziaria, come dicevamo in premessa, non soltanto non è più unicamente un arbitro, ma, attraverso i pubblici ministeri, detta le regole nell'economia. E, si badi bene: non bisogna semplicisticamente pensare che ci troviamo di fronte ad una ristrutturazione di quelle imprese che sarebbero responsabili di illeciti verificatisi al loro interno. Non va, infatti, sottovalutata l'importante funzione normativa che i *deferred* e i *non prosecution agreements* possono assolvere: le scelte di riorganizzazione aziendale assunte nei casi concreti inevitabilmente finiscono per condizionare tutte le società che appartengano al medesimo settore⁵¹. Non fosse altro perché si potrebbe ritenere che il ripensamento delle prassi aziendali in uso secondo i criteri desumibili dalle intese intervenute con altre società sia in grado di mettere al riparo l'impresa da eventuali problemi con la giustizia.

Parrebbe, dunque, che gli accordi in esame siano diventati il mezzo più comune per etero-disciplinare il mercato, immettendovi delle regole che non solo gli operatori del mercato non hanno ideato, ma che verosimilmente non avrebbero mai introdotto⁵².

4. *Too big to fail*

Le chiavi di lettura delle nuove modalità di composizione della *corporate criminal liability* negli Stati Uniti possono essere assai diverse. Se da una parte, infatti, potrebbe sembrare che le società che finiscono nel mirino dei pubblici ministeri rappresentino la parte contraente debole, costrette come sono ad accettare che le proprie strategie aziendali vengano decise dai rappresentanti dell'accusa, da un'altra prospettiva di osservazione l'assetto pare completamente differente. Questi accordi non sarebbero molto di più che un palliativo, per mostrare il pugno duro contro quei colossi finanziari che, invece, definendo le loro possibili pendenze prima del *trial*, di fatto andrebbero a transigere a condizioni ben più vantaggiose di quelle che potrebbero essere loro imposte a fine processo: per esempio, accettando di pagare sanzioni pecuniarie apparentemente assai elevate, ma che in effetti sono ben più modeste di quelle che verrebbero applicate dai giudici e certamente inferiori al profitto conseguito dalle condotte illecite. Ma non è

⁵¹ R.E. BARKOW, *The Prosecutors as Regulatory Agency*, cit., p. 177.

⁵² Ritengono che sia pertanto arrivato il momento di rivedere questa tipologia negoziale di risoluzione delle controversie, R.J. RIDGE – M.A. BAIRD, *The Pendulum Swings Back: Revisiting Corporate Criminality And The Rise Of Deferred Prosecution Agreements*, 33 *U. Dayton L. Rev.* (2008), p. 187.

tutto: spesso le società che si presume abbiano commesso un reato si trovano nel fuoco incrociato dei pubblici ministeri e delle autorità di vigilanza del settore in cui l'illecito è maturato⁵³, che operano tra loro in stretta sinergia⁵⁴: rischiano, pertanto, per la medesima violazione, tanto l'applicazione di sanzioni penali che di sanzioni amministrative⁵⁵. Attraverso gli accordi pre-processuali, invece, è consentito definire tutte le pendenze in essere e non solo quelle di stretta competenza del pubblico ministero.

Non va tra l'altro sottovalutato un dato assai significativo: se si esaminano i *deferred* e i *non prosecution agreements* ad oggi firmati, si può facilmente verificare che le imprese coinvolte sono quelle finanziariamente più importanti, quelle, cioè, su cui si regge l'economia degli Stati Uniti. Non che le altre, di dimensioni più ridotte, non trovino un accordo: generalmente, però, lo fanno accettando di patteggiare un *guilty plea*, dunque con una contropartita certamente meno allettante. Ed è questa la ragione per la quale, guardando soltanto ai numeri complessivi della *pre-trial diversion*, i *plea-agreements* e i *deferred/non prosecution agreements*, si equivalgono⁵⁶.

Non solo, e quanto si sta per evidenziare è viepiù rilevante ai fini delle conclusioni di questo studio: da un'indagine statistica assai interessante, è emerso che i *deferred* e i *non prosecution agreements* sinora più convenienti per le imprese, sono quelli siglati con i colossi finanziari statunitensi. Il Dipartimento di Giustizia, infatti, si è mostrato maggiormente severo quando ha avuto a che fare con società straniere: il ricorso a questo genere di accordo è meno frequente e, anche quando lo si impieghi, l'importo delle sanzioni pecuniarie, a parità delle altre condizioni, è sensibilmente più alto⁵⁷.

E non si tratta dell'unica debolezza. Nel paragrafo precedente si è avuto modo di osservare con quanta determinazione i *prosecutors* possano incidere mediante questi

⁵³ V. a proposito del ruolo delle agenzie e dell'opportunità di ristrutturarle in modo da limitare ad esse la funzione di controllo e repressione degli illeciti societari, S. BUELL, *Potentially Perverse Effects of Corporate Civil Liability*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom*, cit., p. 87 s. Sul rapporto tra Dipartimento di Giustizia e SEC, che è verosimilmente la più importante di queste agenzie e quella con cui il Dipartimento più facilmente collabora, v. A. WEISSMANN – D. NEWMAN, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, 82 *Ind. L.J.* (2007), p. 448.

⁵⁴ V. D.R. RICHMAN, *Prosecutors and Their Agents – Agents and Their Prosecutors*, 103 *Colum. L. Rev.* (2003), p. 749.

⁵⁵ In merito al cumulo delle sanzioni di natura penale con altre che abbiano una diversa denominazione, va osservato come negli Stati Uniti, diversamente da quanto si sta verificando nell'esperienza dell'Unione Europea, non si ritiene che vi sia violazione del *ne bis in idem*, se la sanzione già applicata non sia qualificata dalla legge come penale. Con la conseguenza che, negli U.S.A., il medesimo fatto può essere sanzionato con strumenti diversi: *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989); *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997). Segnala le differenze a questo proposito tra U.S.A. e U.E., M. BOSE, *The consecutive application of different types of sanctions and the principle of ne bis in idem: The EU and the US on different tracks?*, relazione tenuta al convegno *Challenges in the field of economic and financial crime in Europe*, Lussemburgo, 1-3 dicembre 2014, inedita.

⁵⁶ Per un'indagine empirica sui casi di *corporate criminal liability* definiti con un *plea agreement* ovvero con un *deferred/non prosecution agreement*, v. C.R. ALEXANDER – M.A. COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective On Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, 52 *Am. Crim. L. Rev.* (2015), p. 537.

⁵⁷ Cfr. B.L. GARRET, *Too Big To Jail*, cit., p. 55. Dello stesso Autore, già in precedenza a questo riguardo, v. B.L. GARRET, *Globalized Corporate Prosecutions*, 97 *Va. L. Rev.* (2011), p. 1775.

strumenti di *pre-trial diversion* sulle strategie aziendali, modificate attraverso nuovi *compliance programs* e vigilate da professionisti selezionati dagli stessi uffici della procura. Ebbene, da un'analisi in concreto delle conseguenze dell'adozione dei *deferred* e dei *non prosecution agreements*, è emerso che questi *compliance programs* spesso sono pura apparenza⁵⁸: un modo per pubblicizzare dei cambiamenti comportamentali destinati a rimanere sulla carta, come d'altra parte è dimostrato dal fatto che le medesime società abbiano concluso nel tempo più di un accordo⁵⁹. E la stessa nomina dei *monitors*, su cui sembrava si giocasse – dopo le polemiche suscitate dalle strumentalizzazioni della rinuncia all'*attorney-client privilege* e alla *work product protection* – la nuova scommessa di tali meccanismi negoziali, per entrare in possesso di informazioni privilegiate dall'interno dell'impresa, rappresenta una clausola contrattuale a cui è consentito rinunciare⁶⁰.

Queste osservazioni ne stimolano altre. Abbiamo visto in precedenza come la collaborazione richiesta alle società sia tra l'altro volta all'individuazione delle responsabilità individuali: come se ciò che importasse fosse proprio colpire le persone fisiche. Ma a parte il fatto che anche l'aspetto della proficuità della collaborazione alle indagini va in qualche misura rivalutato alla luce delle ultime considerazioni, si deve rilevare – sempre attraverso l'analisi dei dati concreti – che nemmeno processare i veri responsabili degli illeciti interessa in maniera significativa. In particolar modo negli ultimi anni, i processi, se ci sono stati, hanno riguardato dipendenti di seconda linea, autori materiali dei fatti, ma quasi mai i rappresentanti del *management*.

Le giustificazioni della rinuncia ad agire contro le persone fisiche possono essere diverse: in effetti provarne la responsabilità si rivela assai complicato. Non di rado, infatti, si tratta di condotte fortemente segmentate, a cui partecipa un numero elevato di soggetti, per i quali non è semplice dimostrare la consapevolezza del disegno complessivo. Ciò posto, non si può omettere di valutare che, soprattutto in determinati contesti – si pensi ad esempio al sistema bancario e allo scandalo dei titoli “avvelenati” – l'elemento soggettivo non può *a priori* essere escluso, almeno nel momento in cui emerge che circolavano dei *report* che denunciavano la pericolosità 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 ha dichiarato per giustificarsi, che le responsabilità individuali, in certi settori, vadano circoscritte, dal momento che certe

⁵⁸ V. KIMBERLY – D. KRAWIEC, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 *Wash. U. L.Q.* (2003), p. 487. V. altresì W.S. LAUFER, *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, 52 *Vand. L. Rev.* (1999), p. 1343.

⁵⁹ Riflette pertanto sulle cause di questo fallimento e sui possibili correttivi della “*New Governance*”, M.H. BAER, *Governing Corporate Compliance*, 50 *B.C. L. Rev.* (2009), p. 949.

⁶⁰ Dei *deferred* e *non prosecution agreements* conclusi tra il 2001 e il 2012, solo nel 25% dei casi è stata prevista la nomina di un monitor (più nello specifico, solo in 65 accordi tra 255 conclusi). L'informazione è tratta da B.L. GARRET, *Too Big To Jail*, cit., p. 174.

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 finanza⁶¹.

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 pensare che la scelta di non esercitare l'azione penale nei confronti delle persone fisiche sia un'ulteriore concessione fatta alle società *too big to fail*, tanto più discutibile perché si tratterebbe di una condizione non esplicitata negli accordi.

È probabile che colgano nel segno quegli studiosi che ritengono che le cause di certe scelte, compresa l'ultima menzionata, siano 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. Non va poi trascurato il fatto che il Governo americano abbia delle partecipazioni in alcune di queste società⁶² e che, fino ad un certo momento, il Governo abbia in parte condiviso alcune decisioni che si sono poi rivelate finanziariamente assai rischiose, se non fallimentari⁶³.

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 certe indagini, 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 equa⁶⁴, con soluzioni accettabili per le *corporations*⁶⁵ e che in fin dei conti si riteneva potessero essere accettate anche dall'opinione pubblica⁶⁶.

⁶¹ V. J.S. RAKOFF, *The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executive Been Prosecuted?*, in *The New York Review of Books*, 9 gennaio 2014.

⁶² V. L. KERN GRIFFIN, *Inside-Out Enforcement*, cit., pp. 126-127.

⁶³ Si pensi, in particolare, alla semplificazione nella concessione dei mutui, che è stata auspicata dal Governo americano proprio come strumento di maggiore sostegno per i cittadini. Così J.S. RAKOFF, *The Financial Crisis*, cit.

⁶⁴ 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*, edited by A. HAREL – K.N. HYLTON, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 231 s.

⁶⁵ 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 *Indice pen*, 2013, p. 738.

⁶⁶ 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 il sistema. Così B.A. BOHRER – B.L. TRENCHER, *Prosecution Deferred: Exploring the Unintended Consequences And Future Of Corporate Cooperation*, 44 *Am. Crim. L. Rev.* (2007), p. 1481.

Ma in ogni caso, quale che sia la ragione prevalente, i *deferred* e i *non prosecution agreements* rappresentano, se non (o non solo) un modo per regolamentare le società commerciali, uno strumento per preservarle, soprattutto se statunitensi. In questo modo, però, i pubblici ministeri sono diventati loro stessi attori del mercato e il mercato, grazie al loro intervento, sopravvive. E ciò a ben vedere significa la fine dello Stato reattivo e del liberismo tradizionalmente inteso, insieme alla giustizia del *laissez faire*.